

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 LXXXIX • Septiembre-Octubre 2013 • Núm. 739

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

Don Luis Fernández del Pozo
Director del Servicio de Estudios
del Colegio de Registradores de la
Propiedad y Mercantiles de España

Don Francisco Javier Gómez Gállico
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 Gállico
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 José Antonio Nortes Triviño
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 CRPME
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

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 Gállego
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
Decano del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles
de España

Don Luis Fernández del Pozo
Director del Servicio de Estudios
del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles
de España

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

Comité editorial

con funciones de evaluación externa

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

Don Vicente Guilarde 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

S U M A R I O

Págs.

ESTUDIOS

«La <i>legalización administrativa</i> de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)», por RONCESVALLES BARBER CÁRCAMO.....	2905
«Actualidad de los cuasi contratos. Revitalización del artículo 1891 del Código Civil para la tutela de los consumidores-inversores en el sector financiero (Un estudio necesario en tiempos de crisis)», por FRANCISCO DE LA TORRE OLID.....	2951
«La exclusión de los negocios jurídicos sobre bienes inmuebles de la legislación de contratos del sector público», por SOFÍA DE SALAS MURILLO.....	2983
«Adquisición de productos financieros y los riesgos de asimetría en la información», por ESTHER MUÑIZ ESPADA	3021
«Fraccionando el dominio: las tenencias intermedias para facilitar el acceso a la vivienda», por SERGIO NASARRE AZNAR y HÉCTOR SIMÓN MORENO	3063

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

«Reflexiones sobre la Ley 1/2013 de protección a los deudores hipotecarios», por MATEO JUAN GÓMEZ	3125
---	------

DICTÁMENES Y NOTAS

«Despachos de abogados, sociedades profesionales, socios, colaboradores, auxiliares, sustitutos... ¿quién responde?», por GLORIA ORTEGA REINOSO.....	3153
--	------

DERECHO COMPARADO

«Bases para una legislación actualizada del Derecho Comercial en la República Argentina», por MAURICIO BORETTO	3195
«Los secretos industriales en Derecho estadounidense», por HÉCTOR DANIEL MARÍN NARROS	3279

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

Resumen de Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, coordinado por JUAN JOSÉ JURADO JURADO	3317
--	------

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general:

— «El ejercicio de la guarda de menores tras la ruptura matrimonial y la responsabilidad solidaria de los padres por sus infracciones», por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	3357
--	------

1.2. Derecho de familia:

— «La protección de los derechos de los menores de edad en Internet», por ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT	3371
— «Evolución de la supresión y restricción del derecho de visita del progenitor no custodio desde el estudio jurisprudencial», por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE.	3423

1.3. Derechos reales:

— «Una revisión jurisprudencial de las cláusulas suelo y techo del préstamo hipotecario a la luz de la STS de 9 de mayo de 2013», por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA	3440
---	------

1.4. Sucesiones:

— «Sobre la noción de herencia: propuesta y revisión de su concepto a la luz de la doctrina y de la jurisprudencia», por M. ^a CARMEN NÚÑEZ MUÑIZ.....	3457
--	------

1.6. Responsabilidad Civil:

- «Responsabilidad por ruptura de promesa de matrimonio: acción de resarcimiento de gastos y obligaciones por el incumplimiento sin causa de los esponsales», por ENCARNACIÓN ABAD ARENAS y MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ. 3496

1.7. Concursal:

- «La reforma del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, “antidesahucios”», por TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS 3522

2. MERCANTIL

- «La imposible moderación de la cláusula penal abusiva en un contrato de arrendamiento entre arrendador profesional y arrendatario consumidor según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La aplicación de esta doctrina al supuesto de desistimiento unilateral *ad nutum* del arrendatario», por FRANCISCO REDONDO TRIGO 3566

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

- «La inscripción en el Registro de la Propiedad de sentencias firmes anulatorias de instrumentos de planeamiento urbanístico», por VICENTE LASO BAEZA 3596

ACTUALIDAD JURÍDICA

- Información legislativa y de actividades 3611

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS:

- «Retos de la dogmática civil española», de JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA y JOAQUÍN RAMS ALBESA, por CÉSAR HORNERO MÉNDEZ ... 3649

ESTUDIOS

La *legalización administrativa* de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)

por

RONCESVALLES BARBER CÁRCAMO
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de La Rioja

SUMARIO

- I. JUSTIFICACIÓN.
- II. *STATUS QUESTIONIS*: LA DECIDIDA ADMISIÓN REGISTRAL DE LA MATERNIDAD SUBROGADA Y SUS EFECTOS.
- III. EL ACCESO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN AL REGISTRO CIVIL: RECONOCIMIENTO *VERSUS* LEY APLICABLE:
 1. PUNTOS DE PARTIDA.
 2. TÍTULOS CAUSANTES DE LA INSCRIPCIÓN:
 - 2.1. *Sentencia dictada por Tribunales extranjeros en procedimiento contencioso o de jurisdicción voluntaria.*
 - 2.2. *Documento público extranjero.*
 - 2.3. *Certificación del asiento extendido en Registro extranjero.*
- IV. VÍAS DE IMPUGNACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN INDEBIDAMENTE PRACTICADA:
 1. PUNTO DE PARTIDA.
 2. LA ACCIÓN DE RECTIFICACIÓN REGISTRAL.
 3. LA IMPUGNACIÓN DE LA FILIACIÓN.
 4. LA VÍA PENAL.
- V. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN FRANCIA.

- VI. EL CONTROL DEL ORDEN PÚBLICO Y LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.
- VII. LA PRESENCIA DE FRAUDE DE LEY.
- VIII. EL INTERÉS DE LOS MENORES.
- IX. CONCLUSIÓN.

I. JUSTIFICACIÓN

Motiva este trabajo la voluntad de dar cuenta y llamar la atención sobre el paulatino desarrollo que está experimentando en nuestro país la eficacia otorgada por vía registral a un medio alternativo de acceder a la filiación como es el recurso en el extranjero a la maternidad subrogada o gestación por sustitución.

Al verdadero revuelo mediático y doctrinal que la RDGR de 18 de febrero de 2009 (*RJ* 2009/1735), su exitosa impugnación judicial por la SJPI, número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010 (*AC* 2010/1707), la ulterior Instrucción de la propia Dirección General de 5 de octubre de 2010 (*RCL* 2010/2624) y la confirmación en apelación por la SAP de Valencia (Sección 10.^a), de 23 de noviembre de 2011 (*JUR* 2011/420242) suscitaron, ocasionando la publicación de numerosos trabajos al respecto¹, ha sobrevenido cierto silencio. Que bien puede calificarse de *impasse* respetuoso y expectante ante el fallo aún pendiente del Tribunal Supremo, que ha de resolver el recurso de casación frente a la mencionada sentencia de la Audiencia de Valencia, radicalmente contraria a las tesis de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Ante este atribulado folletín jurídico, dos datos fácticos llaman de inmediato la atención: la rápida y sucesiva cronología de las distintas resoluciones, y la antagónica argumentación seguida por la vía registral y la judicial. Lo primero es relevante, porque cada decisión encuentra explicación en la anterior, enmendando en ocasiones el rumbo de la cuestión jurídica debatida. Lo segundo, aun siendo habitual en materia de filiación dada la diferente naturaleza de sus títulos de determinación, no encuentra ni explicación ni justificación desde

¹ Entre otros, que se citarán a lo largo de este trabajo, vid. DÍAZ ROMERO, «La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico», en *Diario La Ley*, núm. 7527, 14 de diciembre de 2010; FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, «Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, octubre de 2011, págs. 127-146; DE LA IGLESIA MONGE, «Actualidad de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico. Inscripción de los hijos nacidos en el extranjero mediante dicha técnica», en *RCDI*, núm. 725, págs. 1611-1797; MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, «Registro de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y su articulación en el régimen de reconocimiento de resoluciones judiciales en el Derecho Internacional español», en *RCDI*, núm. 731, págs. 1363-1391; QUIÑONES ESCÁMEZ, «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGR de 18 de febrero de 2009», *Indret*, 3/2009.

tal dato incontestable. Sólo manifiesta la dificultad del supuesto a resolver. Porque al tratarse de una situación privada internacional, plantea de partida el problema metodológico que hoy la doctrina de Derecho Internacional Privado no duda en calificar de «tópico estrella», esto es: si debe abordarse desde el método conflictual o de la determinación de la ley aplicable, o por el contrario desde el del reconocimiento². Así pues, confluye en él la normativa conflictual o de las condiciones para el control del reconocimiento, con la sustantiva y la registral, exigiendo al intérprete extremar el celo en la elección y aplicación de la norma. Además, resultan en él invocados conceptos jurídicos indeterminados como el orden público, el interés del menor y el fraude de ley, de identificación y contornos difusos y *per se* abiertos a la discusión. Por si todo ello fuera poco, el fondo de la cuestión interpela principios morales, éticos, culturales e ideológicos que si nunca están ausentes de la argumentación jurídica, aquí se presentan con especial intensidad.

Pues bien, este *impasse* doctrinal contrasta con la acelerada actividad que la Dirección General de los Registros y del Notariado viene manteniendo, de modo que a la mencionada, famosa e impugnada RDGR de 18 de febrero de 2009 han seguido otras quince más en el año 2011, con supuestos de hecho similares, de las que doce admiten la inscripción como hijos de ciudadanos españoles a nacidos en el extranjero mediando contratos de maternidad subrogada, y tres la rechazan. La cronología, según observaremos en el análisis que se abordará en el epígrafe siguiente, sigue siendo relevante, porque revela la renuencia de algunos Registros Consulares a la mencionada Instrucción de 5 de octubre de 2010, que de hecho les vincula (art. 9.2 LRC).

Ante esta reiteración de Resoluciones sobre un mismo tema, dos observaciones indiscutibles: una, la práctica de nacionales españoles de recurrir a una técnica de reproducción asistida prohibida en nuestro país para lograr el deseo de ser padres se está extendiendo³, y ha dejado de ser una rareza o extravagancia (sin que quepa tampoco calificarla de algo habitual). Y dos, existe ya una consolidada doctrina administrativa sobre el reconocimiento y la inscripción en España de una filiación que nuestra legislación sustantiva y registral rechaza por su manifiesta incoherencia e incompatibilidad con nuestro ordenamiento.

² La expresión es de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, quien expone dicha alternativa metodológica de forma sintética pero magistral en «Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo X, 2010, págs. 364-369.

³ Facilitada por Internet, donde se anuncian agencias mediadoras que ofrecen sus servicios a clientes españoles en distintos países, con cobertura total de sus aspectos médicos y legales, incluida la inscripción registral de los hijos. Puede comprobarlo el lector, entre muchas otras, en las siguientes direcciones: <http://www.demabogados.com>; <http://es.mother-surrogate.com>; <http://www.socalfertility.com/es/gestación-por-sustitucion/>; <http://www.abogadosancora.com/category/gestacion-subrogada/>.

Lógicamente, una vez inscrita la filiación en el Registro Civil, produce los efectos jurídicos que le son propios. Y así, los Tribunales de lo Social están reconociendo permisos y prestaciones de maternidad a quienes el Registro Civil acredita como madres legales, aun siendo de sexo masculino (así en la STSJ de Madrid, de 18 de octubre de 2012 —AS 2012/2503—) y no habiendo mediado parto ni adopción (así en la STSJ de Asturias, de 20 de septiembre de 2012). Lo cual supone, a la postre, dar carta de naturaleza y efectos típicos a un contrato sancionado con nulidad en nuestro ordenamiento, que la mayoría de la doctrina estima además prohibido.

La lesión que esta situación comporta para la coherencia de nuestro ordenamiento jurídico justifica este trabajo, que pretende analizar los fundamentos que han basado la admisión por la vía de hecho de la maternidad subrogada y el encaje posterior que ésta ha de tener en nuestro Derecho.

II. *STATUS QUESTIONIS*: LA DECIDIDA ADMISIÓN REGISTRAL DE LA MATERNIDAD SUBROGADA Y SUS EFECTOS

El supuesto pionero y aún pendiente de resolución judicial firme se inicia con la pretensión de un matrimonio de españoles formado por dos varones, de inscribir como hijos a dos gemelos nacidos en San Diego (California) mediante gestación por sustitución. Los solicitantes se dirigen al Registro Consular de España en Los Ángeles y aportan certificados de nacimiento de los menores, emitidos por el Registro Civil de California, donde constaba la paternidad de los promotores. El Registro Consular deniega la inscripción con fundamento en la nulidad del contrato de maternidad por sustitución. Sin embargo, la RDGR (1.^a), de 18 de febrero de 2009 (RJ 2009/1735) estima el recurso de los varones, revoca el auto y ordena la práctica de la inscripción, considerando que en aplicación del artículo 81 RRC, el control de legalidad a realizar por el encargado del Registro Consular debe limitarse a los requisitos formales del título en cuya virtud se pretende la inscripción: documento público autorizado por una autoridad registral extranjera con funciones equivalentes a las españolas. Y también, «como no puede ser de otro modo» (Fundamento de Derecho IV, *in fine*) a comprobar que la certificación registral extranjera «no produzca efectos contrarios al orden público internacional español», efectos que desecha la Resolución al advertir que nuestro Derecho admite la adopción por matrimonio homosexual⁴ y la doble maternidad por

⁴ RDGR de 18 de febrero de 2009 (RJ 2009/1735): «la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento y de la filiación de los nacidos en California en favor de dos sujetos varones no vulnera el orden público internacional español ya que también en Derecho español se admite la filiación en favor de dos varones en casos de adopción, sin que quepa distinguir

naturaleza⁵, que la inscripción de la filiación es la solución más favorable al superior interés del menor y su derecho a tener una identidad única, que no existe en el supuesto fraude de ley alguno, y que es inaplicable al supuesto el artículo 10 LTRHA⁶. La Resolución finaliza con la justificación de la nacionalidad española de los menores por *ius sanguinis*, fundada en la dicción legal «nacidos de padre o madre españoles» (art. 17.1 a) CC), que requeriría sólo «indicios racionales de su generación física por progenitor español» y no la previa determinación de su filiación⁷.

Dado que el objeto de este epígrafe es presentar, de forma cronológica, las diversas decisiones, administrativas y judiciales, que han resuelto el problema objeto de este trabajo, no abundaré en el comentario a los argumentos sobre los que se sustenta la Resolución referida. Sólo diré que su trazo grueso, evidenciado en la interesada omisión del artículo 23 LRC, del que traen causa los artículos 81 y 85 RRC en que descansa, así como en la incorrecta y por ende frágil batería de argumentos favorables a la adecuación con el orden público internacional español de una inscripción registral que acredita como padres biológicos de los menores a dos hombres, explican que mereciera las críticas tanto de la doctrina contraria a sus tesis y por ende a la solución finalmente adoptada⁸, como de quienes compartiendo ésta, discrepan de su argumentación⁹.

Presentado recurso contra esta Resolución por el Ministerio Fiscal, la SJPI, número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010 (AC 2010/1707) lo estima.

entre hijos adoptados e hijos naturales, ya que ambos son iguales ante la Ley (art. 14 de la Constitución Española). Si la filiación de un hijo adoptado puede quedar establecida en favor de dos sujetos varones, idéntica solución debe proceder también en el caso de los hijos naturales».

⁵ RDGR de 18 de febrero de 2009 (RJ 2009/1735): «Por esta razón, no permitir que la filiación de los nacidos conste en favor de dos varones resultaría discriminatorio por una razón de sexo, lo que está radicalmente prohibido por el artículo 14 de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978». Es llamativo que la Dirección General pase por alto cómo el hecho del parto ofrece la justificación objetiva y razonable que impide tildar al régimen legal de discriminatorio. Más adelante, la Dirección General concluye que la previsión del artículo 7.3 LTRHA implica que «la filiación natural no se determina necesariamente por el hecho de la vinculación genética entre los sujetos implicados», y que por ello «no existen obstáculos jurídicos a la inscripción en el Registro Civil español de una certificación registral extranjera que establezca la filiación a favor de dos varones españoles».

⁶ Para otra opinión crítica al respecto, vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Hijos made in California», en *Aranzadi Civil*, núm. 3.2009, BIB 2009/865.

⁷ En general, la doctrina no ha centrado su análisis en la efectiva nacionalidad española de los menores, partiendo sin duda del principio favorable a reconocérsela en cuanto exista algún indicio. Refleja dudas al respecto a lo largo de todo su trabajo, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *loc. cit.*

⁸ Es el caso, entre otros, de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *loc. cit.*; HUALDE MANSO, «De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada», en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10/2012, BIB 2012/132; SALAS CARCELLER, «El Registro Civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10/2011, BIB 2012/2946.

⁹ Es el caso de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *loc. cit.*, págs. 348-353.

Esta sentencia declara que en aplicación del artículo 23 LRC, la certificación extranjera será inscribible, «siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española». Esto es, observa que como la propia Dirección General ha sostenido «de forma permanente» en otras inscripciones de nacimiento a partir de certificaciones de Registro extranjero, el control a realizar por el encargado del Registro no es sólo meramente formal. Así, siendo imposible la paternidad biológica del matrimonio demandante, que hace materialmente irreal el hecho inscrito, y contrariando abiertamente el supuesto la legalidad prescrita en el artículo 10 LTRHA, la sentencia ordena la cancelación de la inscripción practicada en el Registro Consular de Los Ángeles¹⁰.

Después de dicha sentencia, la Dirección General dictó la Instrucción de 5 de octubre de 2010 (RCL 2010/2624), en la que retractándose de su anterior criterio, rechaza la inscripción en España de una filiación surgida de un contrato de gestación por sustitución a partir de la certificación de un Registro extranjero o de la simple declaración del solicitante¹¹. A fin de controlar «los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado» y entendiendo que con ello se da cumplimiento al artículo 10 LTRHA, que «exige» para la determinación de la paternidad en estos casos el ejercicio de las acciones judiciales pertinentes, establece como título necesario para la inscripción la resolución judicial extranjera que determine la filiación del nacido, junto con el auto judicial de *exequátur*. Con una salvedad: si aquélla se hubiera dictado en un procedimiento similar a la jurisdicción voluntaria española, el encargado del Registro Civil podrá inscribir previo un reconocimiento incidental, donde se constatarán los cinco requisitos enunciados en el punto 3 de la Primera directriz de la Instrucción. Que son: la regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados; la competencia judicial internacional del Tribunal de origen, basada en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española; la garantía de los derechos procesales de las partes, y en particular de la «madre gestante»; el respeto a sus derechos y al interés superior

¹⁰ Para un comentario de esta sentencia, vid. DE VERDA Y BEAMONTE, «Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)», en *La Ley*, núm. 7501, 3 de noviembre de 2010.

¹¹ Directriz segunda de la Instrucción: «En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante». Adviértase que la defectuosa redacción plantea si cabría la inscripción en caso de que en la certificación registral extranjera sí constare la identidad de la madre gestante. La respuesta negativa se ha impuesto en la práctica registral ulterior, según expondré seguidamente, y se deduce de la exposición de motivos o justificación de la propia Instrucción: «Para garantizar la protección de dichos intereses, la presente Instrucción establece como requisito previo para la inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución, la presentación ante el encargado del Registro Civil de una resolución judicial dictada por Tribunal competente».

del menor, y la firmeza de la resolución e irrevocabilidad de los consentimientos prestados conforme a la legislación extranjera aplicable.

Este cambio de criterio seguido por la Dirección General puede decirse que no contentó a nadie. Tratándose de colocar en una posición intermedia, esta Instrucción da una de cal, admitiendo la inscripción, y otra de arena, exigiendo para ello una resolución judicial del país de origen, sometida por ende para su eficacia al *exequátur* de los Tribunales españoles, o bien una resolución en procedimiento semejante al de nuestra jurisdicción voluntaria, sometida entonces a un reconocimiento incidental registral para constatar el cumplimiento de unos requisitos que inventa. Con ello, logra que la doctrina la califique de «ilegal», por excluir la certificación extranjera como título a partir del cual practicar la inscripción, según admite el artículo 23 LH, y por atribuirse indebidamente la Dirección General un papel legislativo, al establecer para el reconocimiento incidental registral unos requisitos sin previsión legal alguna¹².

Personalmente, considero que la Dirección General adopta con esta Instrucción una actitud tramposa. Remitiendo en apariencia la generalidad de los casos al *exequátur*, pretende contentar a quienes, contrarios a la recepción en el Derecho español de la filiación surgida de contratos de gestación por sustitución, ven en la exigencia de adecuación con el orden público español contemplada en el artículo 954.3 LEC/1881 un obstáculo insalvable. Pero en realidad, la mayoría de los casos proceden de contratos celebrados en los Estados Unidos de América, donde la determinación de la filiación no procede de sentencia dictada en procedimiento contencioso, sino equivalente a nuestra jurisdicción voluntaria. Y a tales decisiones, y en atención a su diferente naturaleza y efectos, el Tribunal Supremo ha negado el acceso al procedimiento de *exequátur*, desplazando su homologación a un «reconocimiento incidental» a realizar por el órgano o autoridad ante la que quieran hacerse valer sus efectos. En nuestro caso, al encargado del Registro Civil.

Siendo la Dirección General consciente de que la mayoría de los casos de filiación surgida de gestación subrogada se subsumirán en este control incidental registral o administrativo y no judicial, establece sus requisitos, con evidente falta de legitimación. Y contrariando la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo, que ante la ausencia de regulación legal sobre los requisitos y efectos para el reconocimiento en España de resoluciones judiciales de jurisdicción voluntaria, ha entendido siempre que su control incidental debe comprobar no sólo los requisitos formales del acto extranjero, sino también su adecuación a la ley aplicable conforme a la norma de conflicto española, según se expone

¹² En este sentido, ÁLVAREZ GONZÁLEZ: «si la DGRN no tiene competencia para modificar el régimen de la inscripción en el Registro Civil de los casos que nos ocupan instaurando nuevas vías, tampoco la tiene para excluir vías existentes», *loc. cit.*, pág. 358, y más adelante, en pág. 377, insiste en la ilegalidad de la Instrucción.

en detalle más adelante. De modo que aplicando esta doctrina jurisprudencial, y dado que la norma de conflicto (art. 9.4 CC) remite a la ley personal del hijo, devendría aplicable el artículo 10 LTRHA y no cabría inscribir la filiación atribuida en el extranjero.

Ciertamente, esta doctrina jurisprudencial ha sido fuertemente criticada por la doctrina de Derecho Internacional Privado. Pero plantea la cuestión de cómo se resolverá esta sustancial discrepancia entre el posibilismo al reconocimiento sostenido por la Dirección General, y la negativa a que conduce la aplicación de la jurisprudencia, coherente con la legislación en vigor y la que lo estará (léase nueva Ley de Registro Civil) según expondré más adelante¹³.

Más allá de este tema central, la Instrucción incurre en el injustificado silencio de omitir el orden público como requisito para el reconocimiento de la resolución extranjera. De nuevo, el silencio resulta tan sospechoso como el de la Resolución sobre el artículo 23 LRC. Que el control del orden público es aplicable también a las resoluciones de jurisdicción voluntaria es indudable, por pura lógica del sistema, y así lo admite unánimemente la doctrina. *Ad futurum*, se explicita en el artículo 96 de la nueva Ley del Registro Civil. Su identificación, y la resolución de este caso a partir de él, puede resultar más o menos difícil y opinable, según revela la argumentación de la Resolución de 2009 y el debate doctrinal abierto sobre el que nos detendremos más adelante, pero de ninguna manera puede hurtarse.

Siguiendo con el orden cronológico que he preferido para esta exposición, la RDGR (1.^a), de 3 de mayo de 2011 (*JUR* 2012/107637), inicia la vía de aplicación de la expuesta Instrucción y por ende de rectificación de la doctrina asentada en la impugnada RDGR de 18 de febrero de 2009. El supuesto es casi idéntico al de ésta, y podemos denominarlo «tipo»: un matrimonio de dos hombres españoles solicita en marzo de 2010 la inscripción de una niña en el Registro Consular de Los Ángeles, aportando la certificación de nacimiento expedida por el Registro americano. La inscripción se deniega unos meses antes de la emisión de la Instrucción de 5 de octubre, alegando el encargado dos motivos. Uno: que en aplicación de los artículos 16 LRC y 68 y 95 RRC, y por tratarse de promotores domiciliados en España, la inscripción debería practicarse primero en el Registro Civil Central y sólo posteriormente trasladarse al Consular; y dos: que la prohibición recogida en el artículo 10 LTRHA impide materialmente la inscripción. Los solicitantes interponen recurso ante la Dirección General, que «por razones de economía procesal» solicita durante su tramitación la resolución judicial dictada por los Tribunales americanos (en concreto, the Superior Court, equivalente al Juzgado de Primera Instancia, de Los Angeles) en cuya virtud se practicó la inscripción de nacimiento en el Registro americano. La Dirección

¹³ Advierte también de ello ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *loc. cit.*, pág. 360 y sigs.

General desestima la alegación sobre competencia del Registro Civil Central, embarcándose en una enrevesada, innecesaria y desacertada argumentación que basándose en la analogía del supuesto con la práctica seguida para las adopciones internaciones, concluye admitiendo con acierto un fuero registral electivo entre dicho Registro y los Consulares¹⁴. Y para negar la aplicación al supuesto del artículo 10 LTRHA, la Dirección General añade a los argumentos aportados en la Instrucción para justificar la imposibilidad de practicar la inscripción a partir de una certificación extranjera uno nuevo: el de que ésta es un mero reflejo de la resolución judicial que determinó la filiación, y que por tanto ha de reconocerse como trámite previo para practicar la inscripción, en aplicación del artículo 83 RRC. Se convierte así en el adalid más firme contra su propia tesis mantenida en la RDGR de 18 de febrero de 2009, al llegar a afirmar que admitiendo «la inscripción directa de una certificación registral extranjera» se alcanzaría diferente solución que si el solicitante optara por solicitar el reconocimiento en España¹⁵. Lo que parece tanto como decir: asumido que el control previsto

¹⁴ *Enrevesada e innecesaria*, porque las previsiones de los artículos 16 LRC y 68.2 RRC, interpretadas desde el respeto al sistema de fuentes, no pueden conducir a la contradicción del primero por el segundo, de modo que la inversión del orden de intervención que prevé no puede estimarse imperativa, como bien entiende la RDGR de 3 de mayo de 2011, al afirmar que «existe en estos casos una suerte de fuero registral efectivo que ha venido permitiendo al particular solicitar la inscripción bien en el Registro Civil Central, bien, concurriendo cualquier interés legítimo para ello, en el Registro Civil Consular del lugar del nacimiento». *Desacertada*, porque asimilar la gestación por sustitución con la adopción internacional implica incurrir en un error de base cual es la confusión entre la determinación de la filiación natural y la constitución de la adoptiva, común a partir de la indebida alegación del principio de equiparación de los hijos cuya ubicación son los efectos de la filiación. Que llevado al absurdo puede terminar conduciendo a admitir la inscripción en el Registro Civil del domicilio de los adoptantes/progenitores, conforme a lo dispuesto en el artículo 16.3 LRC.

La nueva Ley acoge también este fuero electivo para los particulares entre la Oficina Central del Registro Civil y las Consulares. Respectivamente, los artículos 21.2.2.^a y 24.1.^a nueva LRC atribuyen a una y otras la competencia para las inscripciones a partir de documentos auténticos extranjeros, judiciales y extrajudiciales, y de certificaciones de Registros extranjeros. Sin embargo, y de forma claramente contradictoria, el apartado VI *in fine* de la exposición de motivos de la Ley declara: «La complejidad inherente a las situaciones internacionales justifica que la inscripción de documentos extranjeros judiciales y no judiciales, así como de certificaciones extranjeras, corresponde con carácter exclusivo a la Oficina Central del Registro».

¹⁵ RDGR de 3 de mayo de 2011: «Admitir la inscripción directa de una certificación registral extranjera que refleje la filiación declarada por los Tribunales del país de procedencia de aquella sin exigir la homologación o reconocimiento judicial de la correspondiente resolución judicial en España supone atribuir eficacia *ultra vires* a la certificación en virtud de un tratamiento más favorable que el que se dispensa a la resolución de la que trae causa y es tributaria. A ello hay que añadir que una interpretación en tales términos conduciría al inadmisibles resultado de ofrecer un tratamiento diferente a la misma resolución judicial en atención a que el recurrente optara por solicitar el reconocimiento en España de la propia resolución o se decantara por solicitar la inscripción directa de la certificación registral californiana en virtud del cauce contemplado en el artículo 23 de la Ley del Registro Civil y 81 y 85 de su Reglamento de desarrollo».

por el artículo 23 LRC sobre la «realidad del hecho y su legalidad conforme a la Ley española» es un mero control formal, exijamos un control del supuesto más garantista y acorde con la legalidad española y sometamos el supuesto al régimen de reconocimiento de resoluciones judiciales. Pero seguidamente, y tras recordar que no procede la aplicación del artículo 10 LTRHA porque no nos hallamos ante la petición de una tutela declarativa, sino de reconocimiento de una decisión extranjera similar a la jurisdicción voluntaria, aplica las condiciones establecidas en la Instrucción, omitiendo por tanto cualquier mención al orden público, para proceder a la inscripción solicitada.

Tras ésta, las Resoluciones favorables a la inscripción se suceden, ante supuestos en esencia idénticos al relatado: RDGR (4.^a) de 6 de mayo de 2011 (*JUR* 2012/110698), también procedente del Registro Consular de Los Ángeles; RDGR (6.^a) de 6 de mayo de 2011 (*JUR* 2012/147776), frente a la negativa del Registro Consular de Chicago; RRDGRN (1.^a y 2.^a) de 9 de junio de 2011 (*JUR* 2012/151437 y 2012/151438), ambas procedentes de Los Ángeles, con la particularidad de que en la segunda, la negativa del encargado del Registro es posterior a la Instrucción referida; RDGRN (3.^a) de 9 de junio de 2011 (*JUR* 2012/151439), procedente de San Francisco, de inscripción de dos gemelas como hijas de un padre solo¹⁶; RRDGR (4.^a y 5.^a) de 23 de septiembre de 2011 (*JUR* 2012/168313 y 2012/168314), también de Los Ángeles; RDGR (2.^a) de 30 de noviembre de 2011, siendo la negativa a la inscripción del Registro Consular de Los Ángeles posterior en meses a la Instrucción de 5 de octubre, pese a lo cual el encargado sigue denegando la inscripción (en fecha 4 de febrero de 2011); y RDGR (4.^a) de 22 de diciembre de 2011 (*JUR* 2012/307190), negativa del Registro Civil Central a inscribir dos gemelas como hijas de un matrimonio heterosexual nacidas a través de gestación por sustitución en California.

Mención aparte merecen dos Resoluciones, también favorables a la inscripción. En la RDGR (1.^a) de 27 de junio de 2011 (*JUR* 2012/151441), procedente del Registro Consular de Chicago, la negativa del encargado se basaba exclusivamente en la competencia del Registro Civil Central para la inscripción. La Dirección General, reiterando su doctrina sobre la concurrencia de dicho

¹⁶ Esta Resolución menciona la particularidad de que la madre gestante estaba casada, habiéndose entonces de acreditar, además del respeto a los derechos de la madre gestante, los de su cónyuge. Lo que la Resolución considera cumplido por mencionarse en la decisión judicial californiana ni la madre gestante ni su cónyuge ostentarán «en ningún momento, ningún derecho ni responsabilidad parental (incluidas la guardia y custodia y el derecho de visita) financiera ni de otro tipo con respecto a dichas menores, colectiva ni individualmente», habiendo prestado para ello los cónyuges un consentimiento libre y voluntario acreditado en la declaración suscrita por ambos en la que se hace constar que saben y comprenden que el recurrente «será declarado para siempre y a todos los efectos el padre genético y natural y único tutor de las dos hijas del solicitante, de las que (la requerida) como gestante por subrogación a favor del solicitante, quedó embarazada a consecuencia de tecnologías de reproducción asistida».

Registro con el consular en estos casos, ordena la práctica de la inscripción, sin referencia alguna al problema sustantivo existente. En la RDGR (1.^a) de 12 de diciembre de 2011 (*JUR* 2012/307191) un matrimonio heterosexual pretende la inscripción fuera de plazo de una niña con pasaporte y tarjeta de la Seguridad Social americana, a lo que el Registro Civil Central se niega al observar que no se ha probado suficientemente la identidad de la madre. Interpuesto recurso, los promotores aportan la sentencia americana que revela la gestación por sustitución: acogiéndose a los principios de economía procesal e interés del menor, la Dirección General ordena la inscripción tras comprobar el cumplimiento de los requisitos de la Instrucción, sin mencionar siquiera el fraude de ley con el que se inició el expediente.

Con esta extensa exposición, quisiera haber trasladado a mi paciente lector, además de la explicación del título de este trabajo, dos datos que estimo de interés: la insumisión del Registro Consular ante el que con mayor frecuencia se plantea el supuesto-tipo, Los Ángeles, que sigue denegando la inscripción con posterioridad a la vinculante Instrucción de 2010, y lo irrelevantes que resultan para la Dirección General los datos que determinan la filiación a partir de una adopción a favor de alguno de los solicitantes. Tras haber encontrado el cómodo asidero de la resolución judicial extranjera que declara la filiación, no se detiene en más. En suma, doce Resoluciones favorables a la inscripción, además de la inicial de 2009, revelan una suerte de régimen registral de filiación alternativo, construido a partir del reconocimiento de una decisión de jurisdicción voluntaria extranjera. Alternativo y opuesto al vigente en España, y cuya provisionalidad no atenúa la incoherencia en que ha sumido al sistema.

Además de a la decidida admisión de la maternidad subrogada procedente de los EE.UU. de América, la aplicación de la Instrucción de 2010 ha conducido a la Dirección General de los Registros a la negativa de la procedente de la India. Las RRDGR (5.^a) de 6 de mayo de 2001 (*JUR* 2012/114782) (2.^a) de 23 de septiembre de 2011 (*JUR* 2012/168312) y (1.^a) de 30 de noviembre de 2011 (*JUR* 2012/303071), deniegan la petición de inscripción de nacimiento de menores nacidos en Mumbai como hijos de hombres solteros españoles, a partir de la certificación del Registro indio en que constan como tales, por no aportar la resolución judicial requerida donde conste la filiación del nacido. En la primera de ellas, el promotor intentó el reconocimiento de la menor, desdiciéndose así de lo anteriormente declarado sobre la mediación de una gestación subrogada: la Dirección General también lo deniega, remitiendo al solicitante a la acción de reclamación de la paternidad¹⁷.

¹⁷ RDGR de 6 de mayo de 2011: «al margen de que los hechos alegados no aparecen acreditados por prueba alguna más allá de su mera alegación, es lo cierto que —sin necesidad de prejuzgar los mismos— si bien la filiación no matrimonial paterna, con arreglo a la Ley española expresamente invocada por el recurrente, puede quedar determinada legalmente

En fechas coetáneas a estas últimas Resoluciones, la SAP de Valencia (15.^a), de 23 de noviembre de 2011 (*JUR* 2011/420242), confirmó la del Juzgado que había ordenado la cancelación de la inscripción ordenada por la Resolución de 18 de febrero de 2009, detonante de este apasionante tema. La Audiencia apoya su decisión en el artículo 23 LRC y la contrariedad de la certificación registral americana con la legalidad española; advierte que no cabe su reconocimiento porque contraría además el orden público internacional español; señala que tampoco conforme al criterio de la ulterior Instrucción, de 5 de octubre, procedería la inscripción¹⁸; rechaza el argumento de la discriminación respecto de lo admitido por el artículo 7.3 LTRHA¹⁹, y niega finalmente la vulneración del interés del menor, cuya inscripción como hijo del matrimonio demandante encontraría cauce en el Derecho español a través del artículo 10 LTRHA y los artículos 175 y siguientes del Código Civil²⁰.

Al ilustrar la clara confrontación entre el tratamiento registral y judicial que la gestación por sustitución está recibiendo en nuestro país, se suma otra Resolución reciente. El AAP de Madrid (Sección 24.^a), de 3 de diciembre de 2012 (*JUR* 2013/15881), niega el *exequátur* a una sentencia dictada por el Tribunal del Distrito del Condado de Boulder en el Estado de Colorado (EE.UU.), por contrariar el orden público y no cumplirse por ende el requisito establecido en el número 3 del artículo 954 de la LEC de 1881.

Como adelantaba, los efectos de la inscripción registral se manifiestan con claridad en las sentencias dictadas por la jurisdicción social, que ilustran la situación jurídica a que la innovación del ordenamiento civil llevada a cabo por la Dirección General de los Registros ha conducido. Las SSTSJ (Sala de lo Social)

por el reconocimiento del padre, su validez y eficacia dependen de la concurrencia de una serie de requisitos tanto formales —su formalización ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público— como materiales —consentimiento expreso del representante legal del menor o incapaz reconocido o la aprobación judicial— que en este caso no han sido acreditados (cfr. art. 120, núm. 1 y 124 del CC)».

¹⁸ El análisis precedente nos permite discrepar en este punto de la sentencia: la Dirección General habría admitido la aportación de la sentencia americana y a partir de ella habría admitido la inscripción, conforme a la doctrina que ha desarrollado tras la publicación de la Instrucción.

¹⁹ SAP de Valencia (15.^a), de 23 de noviembre de 2011 (*JUR* 2011/420242): «las parejas de dos mujeres no necesitan acudir a otra mujer a la que encomendar la gestación: de modo que no puede considerarse discriminatorio el tratar desigualmente lo que es desigual; por otro lado, en el supuesto de que una pareja de mujeres acudiera a la gestación por sustitución, también le sería aplicable la prohibición, de modo que la misma no implica una discriminación por razón de sexo, sino que se fundamenta en la modalidad utilizada para la procreación de los menores, que la ley española considera nula».

²⁰ SAP de Valencia (15.^a), de 23 de noviembre de 2011 (*JUR* 2011/420242): «Es cierto que toda resolución que afecte a los menores de edad debe tener como guía el principio del interés del menor (...), pero la satisfacción de dicho interés no puede conseguirse infringiendo la ley, máxime cuando la propia ley española ofrece cauces para la inscripción de la filiación de los menores a favor de los demandados (art. 10 LTRHA y arts. 175 y sigs. CC)».

de Castilla y León (Valladolid), de 5 de mayo de 2010 (*JUR* 2010/215499); Asturias, de 20 de septiembre de 2012, y Madrid, de 18 de octubre de 2012 (*AS* 2012/2503) reconocen el permiso y la prestación por maternidad instada tras la inscripción en el Registro Civil español de hijo nacido en California mediante gestación por sustitución, en las dos primeras de matrimonio heterosexual, en la tercera de matrimonio homosexual masculino²¹. La argumentación en las tres es similar, y se caracteriza por la perplejidad de los juzgadores para subsumir en los preceptos de la legislación laboral y de Seguridad Social²² la filiación acreditada por el Registro Civil, para terminar optando por su asimilación con la adopción, bien con fundamento en la analogía, bien en una interpretación «generosa» de aquélla.

Siendo la argumentación de la sentencia de Valladolid sustancialmente menos elaborada²³, las otras dos desechan que proceda aplicar el artículo 10 LTRHA para denegar la petición, dada la eficacia acreditativa de la filiación ostentada por la inscripción registral. A partir de ello, la sentencia asturiana funda la procedencia de la prestación por maternidad en «la interpretación generosa» del artículo 2.2 del Real Decreto 295/2009²⁴, desarrollo reglamentario de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, que al considerar jurídicamente equiparables la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple, a las instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para aquéllas, cualquiera que sea su denominación «lleva a concluir que los supuestos de filiación están también amparados en la norma». Por su parte, la sentencia madrileña advierte que al no mediar ni maternidad

²¹ Esta diferencia explica que mientras en los casos resueltos por las sentencias de Valladolid y Asturias, los nacidos fueron inscritos sin problemas como hijos del matrimonio solicitante en los Registros Civiles Consulares de Chicago y Los Ángeles, en la de Madrid la negativa de este último ocasionó la referida RDGR de 3 de mayo de 2011.

²² Que respectivamente refieren la suspensión del contrato de trabajo a la maternidad o la paternidad, la adopción y el acogimiento [arts. 45.1.d) y 48 bis ET] y la prestación de maternidad a «la maternidad, la adopción y el acogimiento» (art. 133 bis LGSS).

²³ El único argumento aportado en ella para acceder a la prestación es: «no discutiéndose la filiación de la recién nacida como hija de la demandante, debe incluirse a la demandante en alguna de las situaciones que dan lugar al derecho de prestación por maternidad. Cuando menos, debería equipararse el supuesto de la actora al de la adopción, en el que tampoco ha existido parto pero que sí aparece recogida en el mencionado artículo como situación generadora de la prestación aquí reclamada».

²⁴ Artículo 2.2 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo: «Se considerarán jurídicamente equiparables a la adopción y al acogimiento preadoptivo, permanente o simple, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple, cuya duración no sea inferior a un año, cualquiera que sea su denominación». En realidad, esta previsión ya estaba vigente, porque fue introducida en la Disposición Adicional 5.ª de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la Vida laboral y familiar.

ni adopción ni acogimiento, el supuesto constituye una laguna legal que por su identidad de razón permite el reconocimiento de la prestación «como si de una adopción se tratase».

A mi entender, el razonamiento esencial de estas sentencias es acertado: revela por una parte la eficacia de la inscripción registral como título acreditativo de la filiación, en tanto no sea impugnada (arts. 2 y 3 LRC), y por otra la terquedad con que se imponen los hechos al Derecho, aunque se intente su tergiversación a través de una calificación inadecuada. La analogía con la adopción pone de manifiesto cómo, diga lo que diga el Registro Civil, no hay maternidad porque no hay filiación biológica. Las mujeres que en las sentencias de Valladolid y Asturias piden el permiso y la prestación no han parido, y el hombre de la sentencia madrileña, obviamente, tampoco, pese a que su pretensión no sean los *subsídios* ligados a la paternidad²⁵: recuérdese que en ambos casos se insta el permiso y la prestación por *maternidad*. Así las cosas, la igualdad de razón no radica tanto en la existencia de filiación como en la situación fáctica de tener a cargo un menor. Desde tales consideraciones, insisto, las soluciones de la jurisdicción social son justas²⁶, y vienen propiciadas por la actuación de la Dirección General de los Registros, que a través de un Reglamento ha establecido una nueva clase de filiación en nuestro Derecho²⁷.

Hasta aquí el relato de la situación fáctica en que la gestación por sustitución se encuentra hoy en España, y del recorrido jurídico que nos ha conducido hasta aquí. En adelante nos plantearemos si esta situación es ajustada a Derecho y, en caso contrario, cómo puede enmendarse.

²⁵ Como acertadamente señala la sentencia, el supuesto no es subsumible en el permiso de maternidad que el artículo 48.4 ET permite distribuirse entre ambos progenitores, porque éste, además de venir determinado por el parto, trae causa del de la madre. No es baladí recordar que el permiso de maternidad es sustancialmente más largo que el de paternidad: dieciséis semanas frente a cuatro (arts. 48.4 y 48 bis ET).

²⁶ Calificación que, por el contrario, no merece la sentencia del Juzgado de lo Social, número 25 de Barcelona, de 14 de mayo de 2011 (*JUR* 2013/34202). La maternidad del solicitante no había accedido aún al Registro Civil español, pero la sentencia considera acreditada la filiación a partir de la sentencia de California, cuya eficacia probatoria entiende ligada exclusivamente al cumplimiento de los requisitos formales previstos en la LEC. Lo cual, unido al interés prevalente de los menores, «de estar con su padre las primeras 18 semanas de vida», basta a la sentencia para estimar en su favor la prestación de maternidad. Olvida con ello que la eficacia de las declaraciones de voluntad incorporadas en documentos públicos extranjeros será la determinada por las normas españolas y extranjeras aplicables en materia de capacidad, objeto y forma de los negocios jurídicos (art. 323.3 LEC), lo cual conduce necesariamente a la nulidad del contrato de gestación subrogada por aplicación del artículo 10 LTRHA.

²⁷ Adviértase cómo tal entendimiento es el que se desprende de la siguiente afirmación de la STSJ de Madrid, de 18 de octubre de 2012: «con igual o mayor razón sería extensible ese derecho a quienes, como el demandante, ostentan legalmente esa condición aunque derive de otro título al que el ordenamiento español, por medio de lo que la Dirección General de los Registros y Notariado ha interpretado y resuelto».

III. EL ACCESO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN AL REGISTRO CIVIL: RECONOCIMIENTO *VERSUS* LEY APLICABLE

1. PUNTOS DE PARTIDA

Partiendo de que el contrato por el que se conviene la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero es nulo de pleno derecho en virtud del artículo 10.1 LTRHA. Teniendo en cuenta que el artículo 26.2.c).2.^a de la misma Ley contempla como infracción muy grave «la práctica de cualquier técnica no incluida en el anexo ni autorizada como técnica experimental en los términos previstos en el artículo 2» y que la gestación por sustitución o maternidad subrogada no se encuentra en ninguno de tales supuestos. Considerando que el artículo 220.2 Cpe. califica como delito el hecho de entregar a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación, bien se realice por sus propios ascendientes o por otras personas, y con independencia de que medie o no precio. Que el artículo 221.1 Cpe. también tipifica como delito la entrega, mediando compensación económica, de un hijo a otra persona para establecer una relación análoga a la de filiación, y el artículo 221.2 Cpe., su recepción y la intermediación, *aunque la entrega del menor se hubiere hecho en país extranjero*. Pues bien, de todo ello resulta más que fundado concluir que la gestación por sustitución está prohibida en España, y de ahí las sanciones civiles, administrativas e incluso penales que a su realización prevé nuestro ordenamiento.

Desde ese punto de partida, ha de resaltarse que la expuesta admisión administrativa de un modo de acceder a la relación de filiación no admitido por nuestro Derecho Civil ha venido propiciada no por la aplicación a un supuesto con elemento extranjero de las normas de conflicto españolas, sino por el reconocimiento de efectos en España de una resolución judicial extranjera. Esta observación ubica el objeto de este trabajo, como señalaba al inicio del mismo, en el centro de la actual polémica sobre el método más adecuado y técnico para el abordaje de los efectos de las situaciones privadas internacionales. Pues bien, en la alternativa entre resolver la problemática planteada por la gestación de sustitución desde la perspectiva de la Ley aplicable o desde el método del reconocimiento, se aprecia que en todas las instancias, administrativas y judiciales, se ha optado por el segundo de los términos.

Y ello porque ante el Derecho español no se ha planteado la determinación de la filiación de los hijos nacidos en América de dos españoles. En este caso, conforme al artículo 9.4 del Código Civil, se aplicaría la ley personal del hijo y por tanto el artículo 10 LTRHA y concordantes nos conduciría a determinar la filiación materna a favor de la madre gestante. Y ello sucedería tanto si los solicitantes se dirigieran al Registro Civil (Consular, Central o Municipal) como al juez, instando de ellos la determinación de una filiación. En ambos casos, se

aplicarían los títulos contemplados por el Derecho español para la determinación de la filiación, respectivamente, en los ámbitos registral y judicial.

Además, en sede judicial no cabría alegar, para reconocer efectos en España al contrato de gestación por sustitución, la eficacia probatoria en el proceso de los documentos públicos extranjeros. Dicha eficacia se somete en los artículos 319 y 323 LEC (como criterio subsidiario a la existencia de convenio internacional al respecto) a los requisitos de cumplimiento de la legalidad en el país de origen y legalización o apostilla en España, a los que el artículo 144 LEC añade la exigencia de traducción. Pues bien, si en un proceso español se ofrece como prueba de la filiación un documento público extranjero que recoja un contrato de gestación subrogada celebrado por españoles, el artículo 323.3 LEC conducirá necesariamente a negarle eficacia probatoria alguna. Porque la remisión a las normas españolas sobre capacidad y objeto de los negocios jurídicos implicará la nulidad de tal contrato.

Pero en los supuestos que hemos analizado, la filiación ya está determinada, en virtud de la decisión de autoridades extranjeras²⁸, y consta como tal en un Registro Civil extranjero que la acredita. La cuestión es, entonces, de reconocimiento por el Derecho español de los efectos producidos por una situación jurídica creada al amparo de un Derecho extranjero. Lo cual plantea determinar las condiciones del reconocimiento, que dependen de dos cuestiones: una, cuál es la eficacia pretendida y dos, qué naturaleza tiene el título que sustenta la pretensión. La primera está clara: las partes instan la inscripción de la resolución extranjera en el Registro Civil español para gozar de sus importantes efectos en orden a la legitimación y prueba de la filiación. En cuanto a la segunda, el escaso desarrollo normativo que sobre las condiciones del reconocimiento denuncia la doctrina de Derecho internacional privado²⁹ resulta atenuado, al menos *ad futurum*. Porque la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que entrará en vigor el 22 de julio de 2014, ha tratado de introducir claridad y sistema en el acceso al Registro Civil español de las resoluciones judiciales extranjeras, los documentos extrajudiciales y las certificaciones de asientos extendidos en Registros extranjeros. Para ello, ha dedicado su Título X (arts. 94 a 100) a las normas de Derecho internacional privado, que nos permite así abordar nuestro análisis tanto desde la perspectiva del Derecho vigente como del que pronto lo estará, distinguiendo según el título que pretenda acceder al Registro.

²⁸ Empleo esta denominación voluntariamente genérica y no la de «sentencia judicial extranjera» para no inducir al error de creer determinada la filiación por una sentencia judicial con los efectos que le son propios.

²⁹ ÁLVAREZ GONZÁLEZ señala que «al método del reconocimiento le falta el desarrollo y especialización que tiene el de la ley aplicable», consecuencia de haber sido su aplicación paradigmática durante muchos años, *loc. cit.*, pág. 365.

2. TÍTULOS CAUSANTES DE LA INSCRIPCIÓN

2.1. *Sentencia dictada por Tribunales extranjeros en procedimiento contencioso o de jurisdicción voluntaria*

Para la inscripción en el Registro Civil español de una sentencia extranjera, el artículo 83 LRC exige la previa obtención del *exequátur* cuando «para tener fuerza en España» aquélla lo precisare. Remite así a los artículos 951 a 958 LEC/1881, que prevén para ello, en primer lugar, la aplicación de lo dispuesto en el Convenio Internacional que existiere³⁰, y a falta de él, la obtención del *exequátur*, previa comprobación de las condiciones contempladas en el artículo 954 LEC.

Si la resolución judicial no fuera contenciosa, sino que se hubiera dictado en un procedimiento de naturaleza equivalente a nuestra jurisdicción voluntaria, la doctrina tradicional mayoritaria y la jurisprudencia del Tribunal Supremo negarían la procedencia de dicho procedimiento, con fundamento en la falta de fuerza ejecutiva y de cosa juzgada material de aquélla. A partir de las diferentes naturaleza, funciones y efectos entre la jurisdicción voluntaria y la contenciosa, el Tribunal Supremo viene a negar que proceda siquiera una aplicación analógica del procedimiento del *exequátur*, remitiendo tales actos a un denominado reconocimiento incidental o automático, a cargo de la autoridad ante quien se pretendan los efectos, quien habrá de comprobar el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley³¹. Entre ellos, además de los contemplados por la LEC³², el Tribunal Supremo exige la adecuación del acto a la ley aplicable según la norma de conflicto española³³.

³⁰ Pese a que el artículo 952 LEC/1881 sigue recogiendo en segundo lugar el sistema de reciprocidad, de hecho no funciona por la dificultad de la prueba, a aportar por quien lo invoca, de modo que el Tribunal Supremo ha asentado una jurisprudencia que elimina dicho sistema y se centra de forma casi exclusiva en el de las condiciones recogido en el artículo 954 LEC.

³¹ ATS de 1 de diciembre de 1998 (*RJ* 1998/10540): «Atendiendo a estas características, esta Sala ha venido negando el reconocimiento a los actos de semejante naturaleza a través del procedimiento de *exequátur* regulado en los artículos 951 y siguientes de la LEC. Ya desde antiguo (cfr. ATS de 7-2-55), se había puesto de relieve las singulares diferencias existentes entre las resoluciones recaídas en los expedientes de jurisdicción voluntaria y las sentencias dictadas en los juicios contenciosos (vid. AATS de 16-7-96 y 16-9-97), diferencias que se revelan tanto en la causa y forma en que se produce la actuación jurisdiccional, como en la función que la ley reserva a la intervención del órgano jurisdiccional y, en fin, en los efectos que despliegan uno y otro tipo de decisiones». En igual sentido, ATS de 31 de julio de 2003 (*RJ* 2003/6266).

³² En este punto, ha de advertirse que incluso los autos posteriores a la vigencia de la LEC 2000 remiten a los artículos 600 y 601 LEC/1881, que contemplaban los requisitos a cumplir por los documentos extranjeros para producir efectos en España. A señalar que en primer lugar, el artículo 600 establecía: «Que el asunto o materia del acto o contrato sea lícito y permitido por las Leyes de España». Vid. AATS de 18 de julio de 2000 (*RJ* 2000/7140), 24 de septiembre de 2002 (*JUR* 2002/238646) y 31 de julio de 2003 (*RJ* 2003/6266).

³³ En este sentido, ATS de 1 de diciembre de 1998 (*RJ* 1998/10540): «Estas diferencias (...) desplazan la cuestión de la homologación de los actos de jurisdicción voluntaria al reco-

De manera que en materia de gestación por sustitución, el artículo 9.4 del Código Civil nos conduciría a la aplicación del artículo 10 LTRHA y a la negativa de la inscripción en el Registro. Además, el Tribunal Supremo exige en sus autos la comprobación de «la identidad sustancial de la institución extranjera con la que regula nuestro ordenamiento jurídico, acaso por medio del control del orden público que autoriza el artículo 600 LEC, si no cabe de ninguna otra forma»³⁴. De manera que, como no podía ser de otra forma, se incluye el control de la adecuación al orden público en esta vía del reconocimiento incidental o automático.

Como he apuntado, la Instrucción de 5 de octubre de 2010 aplica esta jurisprudencia solo parcialmente, omitiendo tanto el requisito del control conflictual como el del orden público, serios obstáculos para la admisión de la gestación subrogada. Con ello sigue también sólo en parte a la doctrina de Derecho Internacional Privado, que negando con firmeza la procedencia de dicho control conflictual³⁵, asume sin fisuras el del orden público³⁶. En este punto, la Ins-

nocimiento por vía incidental por el órgano o autoridad ante la cual quieran hacerse valer los particulares efectos que se deriven de él, el cual, tratándose de la eficacia en España de una adopción constituida en el extranjero, además de la verificación de los requisitos establecidos en los artículos 600 y 601 LEC, deberá atender a los que determine la correspondiente norma material a la que apunte la norma de conflicto española, incluidos, en su caso, los convenios internacionales en los que España sea parte y que resulten aplicables por razón de la materia y de la fecha de la constitución de la adopción o de la solicitud de reconocimiento». En el mismo sentido, AATS de 29 de septiembre de 1998 (*RJ* 1998/9004), 18 de julio de 2000 (*RJ* 2000/7140), 24 de septiembre de 2002 (*JUR* 2002/238646) y 31 de julio de 2003 (*RJ* 2003/6266), entre otros.

³⁴ Las palabras se reiteran en todos los autos citados.

³⁵ CARRASCOSA GONZÁLEZ: «Las normas de conflicto se aplican para determinar la ley aplicable a las situaciones privadas internacionales, no para determinar las condiciones que debe reunir una sentencia extranjera para obtener su reconocimiento en España. Por ello, el artículo 9.4 del Código Civil se aplica para fijar la Ley aplicable a la filiación cuando dicha cuestión se plantee ante las autoridades españolas, pero no es aplicable al reconocimiento de sentencias extranjeras en materia de filiación», «La filiación en el Derecho Internacional Privado», en *Tratado de Derecho de la Familia*, dir.: YZQUIERDO TOLSADA y CUENA CASAS, vol. VI, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2011, pág. 484. En concreto para las resoluciones de jurisdicción voluntaria, DE MIGUEL ASENSIO: «Al igual que ocurre en lo relativo al efecto constitutivo de las sentencias contenciosas, la extensión a España de la eficacia constitutiva y como hecho jurídico vinculante de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria depende de que las mismas cumplan las condiciones para su reconocimiento procesal. Es decir, con carácter general, cabe afirmar que en nuestro ordenamiento no encuentra acogida el llamado reconocimiento conflictual, que hace depender la extensión a nuestro país de efectos producidos por resoluciones judiciales extranjeras de lo que establezca el ordenamiento a que se remita la norma de conflicto en la materia», en *Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria*, Madrid, Eurolex, 1997, pág. 140.

³⁶ En este sentido, vid. DE MIGUEL ASENSIO, *ob. cit.*, págs. 177 y sigs. CARRASCOSA GONZÁLEZ, por su parte, le afea a la Instrucción su silencio, advirtiendo: «Mediante *reductio ab absurdo* podría afirmarse que, si en el futuro un país permitiese que un nacido tras una gestación por sustitución tuviese tres progenitores legales, la resolución judicial de jurisdic-

trucción parece seguir sin matices el criterio de la RDGR de 18 de octubre de 2009, que zanjó la conformidad con el orden público español de la gestación por sustitución. Aún con todo, una cosa es partir de su conformidad, y otra excluirlo como requisito para la eficacia de un acto de jurisdicción voluntaria.

Ante esta situación de ruptura con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tiene interés contemplar la regulación contenida al respecto en la nueva Ley del Registro Civil (en adelante, Ley 20/2011). Su artículo 96 ha explicitado legalmente este doble régimen de reconocimiento para la inscripción en el Registro Civil de las resoluciones judiciales extranjeras, pero con un importante matiz: el *exequátur* y el reconocimiento incidental se contemplan como alternativas a elegir por el interesado tanto para las resoluciones contenciosas como para las de jurisdicción voluntaria. Si esta novedosa regulación resulta sorprendente para las primeras³⁷, representa para las segundas la recepción legal de una doctrina minoritaria que venía demandando la sumisión al *exequátur* de los actos de jurisdicción voluntaria con eficacia constitutiva, para procurarles de forma general carácter vinculante, aun sin efectos de cosa juzgada material³⁸.

Además, la Ley 20/2011 establece los requisitos para el reconocimiento incidental ante el encargado del Registro, entre los que se encuentra la no incompatibilidad manifiesta de la inscripción con el orden público español³⁹, de modo idéntico al procedente para la resolución judicial contenciosa. La doctrina señala el carácter excepcional de este filtro, para impedir el acceso sólo de las

ción voluntaria en la que constase tal filiación múltiple del menor, debería ser reconocida en España, pues la Instrucción no ha incluido esta circunstancia como motivo de denegación del reconocimiento de resoluciones extranjeras», *loc. cit.*, pág. 503. También ÁLVAREZ GONZÁLEZ la echa de menos, observando que «ésta suministra una cobertura más confortable y proporciona un mecanismo más flexible para dar una respuesta al caso concreto», *loc. cit.*, pág. 359.

³⁷ En el mismo sentido, vid. MARCHAL ESCALONA, «Comentario al artículo 96», en *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, dir.: COBACHO GÓMEZ, J. A. y LECIÑENA IBARRA, A., Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, pág. 1321. Muy crítico con tal solución legal se muestra ESPINAR VICENTE, quien califica de «peligrosísima vía» el permitir el reconocimiento incidental de una sentencia por un órgano no jurisdiccional, acusa al legislador de confundir los efectos constitutivos de una inscripción con los de una sentencia, y tras reafirmar que «el reconocimiento del mandato de un poder judicial extranjero sólo puede ser asumido por el poder judicial español», desliza la posible inconstitucionalidad del precepto: vid. «Algunas reflexiones sobre la nueva Ley del Registro Civil», en *Diario La Ley*, núm. 7771, 9 de enero de 2012, pág. 9 de la versión *on line*.

³⁸ En este sentido, DE MIGUEL ASENSIO, *ob. cit.*, págs. 102-108. El autor señala que, a partir de la generalización de las posturas del Tribunal Supremo, la doctrina mayoritaria se inclina por negar la posibilidad de *exequátur* a las decisiones de jurisdicción voluntaria.

³⁹ Textualmente, el artículo 96.2.2.º enuncia los siguientes requisitos: «a) La regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados. b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española. c) Que todas las partes fueron debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento. d) Que la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español».

resoluciones que procesal o materialmente sean absolutamente incompatibles con los valores y principios básicos e irrenunciables de nuestro Derecho. De ahí que el Tribunal Constitucional haya declarado que la finalidad de este control es salvaguardar los derechos fundamentales constitucionales. Ahora bien, a partir de ahí es difícil formular criterios generales. De hecho, la gestación por sustitución plantea controversia entre quienes ven en este control una barrera insuperable y quienes consideran habría que atender al caso concreto⁴⁰. Por el carácter básico y polémico de esta cuestión, dejo su estudio detenido para un epígrafe independiente. En este lugar, sólo quería dejar de manifiesto la injustificada elusión de este control en el reconocimiento incidental propugnado por la Dirección General en su Instrucción.

Dado que, como se ha expuesto, el acceso registral de las resoluciones extranjeras constitutivas de la filiación se ha producido por la vía de este reconocimiento incidental, ha de insistirse en sus efectos provisionales o claudicantes, sometidos a la posibilidad de revisar la situación por la vía judicial que proceda, según abordaremos en el epígrafe siguiente. No hay efectos de cosa juzgada que lo impidan⁴¹.

2.2. Documento público extranjero

Si lo pretendido es la inscripción a partir de un documento público extranjero, habrán de aplicarse los artículos 23 LH y 81 RRC, que admiten en general la inscripción en el Registro español a partir de documento auténtico extranjero «con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales». Ello remite, además de a los requisitos previstos en los artículos 319 y 323 LEC, al control de legalidad contenido en el artículo 23.2 LRC: «que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española». Porque aunque textualmente este control de legalidad se refiera a la inscripción a partir de certificación registral extranjera, la doctrina y la Dirección General

⁴⁰ Para un resumen de esta controversia, vid. MARCHAL ESCALONA, *loc. cit.*, pág. 1326.

⁴¹ Un inciso: ni los habría de estimarse el *exequátur* de una decisión de jurisdicción voluntaria. Aquél no confiere a ésta unos efectos de los que carece en su país de origen. Habría que entender que el *exequátur* impide volver a enjuiciar, en sede judicial, la validez de la inscripción registral ordenada por aquél, pero no la cuestión de fondo sobre la filiación. En este sentido, DE MIGUEL ASENSIO: «al carecer la resolución de jurisdicción voluntaria de cosa juzgada material, su contenido no puede producir tan peculiar vinculación ni siquiera tras haber sido objeto de *exequátur*, pues el *exequátur* no va a dotar a la decisión extranjera de una eficacia que (no tiene en el país de origen y) es desconocida para una decisión semejante en el nuestro. Sin embargo, incluso en situaciones como esa un pronunciamiento vinculante acerca de su reconocimiento evita que se pueda cuestionar éste, otra cosa bien distinta es, por ejemplo, en qué medida, al no producir cosa juzgada material, la resolución extranjera puede ser revisada por una autoridad española», *ob. cit.*, pág. 113.

de los Registros lo han referido a todo documento público extranjero⁴², por razones de coherencia. Abordaremos su concepto seguidamente.

2.3. *Certificación del asiento extendido en Registro extranjero*

Si lo pretendido es la inscripción en el Registro Civil español de lo previamente inscrito en otro extranjero, el artículo 23 LRC admite su práctica, directamente y sin necesidad de previo expediente, tras dicho control de *realidad y legalidad*. El artículo 85 RRC desarrolla dicha previsión: el Registro extranjero ha de ser «regular y auténtico», de modo que la certificación presentada «tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española». Además, contempla la posibilidad de completar los datos que no puedan obtenerse de tal certificación, bien por no contenerlos, bien «por no merecer, en cuanto a ellos autenticidad o por ofrecer, por cualquier otro motivo, dudas sobre su realidad».

Sobre el contenido que haya de tener el control de legalidad exigido por el artículo 23 LRC, la doctrina española de Derecho Internacional Privado se encuentra dividida entre quienes defienden la llamada tesis del control conflictual, y quienes sostienen la del control de la regularidad internacional⁴³. Para la primera corriente, sólo procede la inscripción si las autoridades extranjeras aplicaron el Derecho al que llaman las normas españolas de Derecho Internacional Privado: esto es, en materia de filiación de un nacional español, si aplicaron al supuesto nuestro Derecho. Es la seguida habitualmente por la Dirección General de los Registros y del Notariado, en concreto en Resoluciones recaídas mayoritariamente en inscripciones de nacimiento⁴⁴, y viene explicitada en la Instrucción de la Dirección General de 20 de marzo de 2006 (*RCL* 2006/842). Por lo demás, el control sobre la *realidad del hecho* inscrito conduce habitualmente a la negativa a inscribir reconocimientos de paternidad cuando existan datos que hagan dudar de su veracidad⁴⁵.

⁴² Por todos, vid. RUIZ SUTIL, «Comentario al artículo 97», en *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, cit., pág. 1341.

⁴³ Por todos, vid. la exposición de CARRASCOSA GONZÁLEZ, *loc. cit.*, pág. 485.

⁴⁴ Es el caso de las RRDGR de 5 de marzo de 1986 (*RJ* 1986/3021), 1 de abril de 1992 (*RJ* 1992/3464), 24 de octubre de 1992 (*RJ* 1992/8581) y 5 de mayo de 1993 (*RJ* 4205). En todas ellas se deniega la inscripción de nacimiento del hijo de madre española que consta en un Registro extranjero por existir «graves dudas sobre la realidad del hecho inscrito y sobre su legalidad conforme a la ley española».

⁴⁵ Como ejemplo, la RDGR (4.ª) de 14 de enero de 2009, que rechaza la pretensión de la madre de inscribir una certificación de un Registro de Perú donde consta como padre quien pretende reconocer: se aduce la nulidad de pleno derecho de dicho reconocimiento. Una declaración general sobre el papel del encargado del Registro recoge la Resolución (2.ª) de 23 de mayo de 2007 (*JUR* 2008/256348): «Es lógico que si la inscripción de la certificación extranjera en el Registro Civil español va a desencadenar estos importantes efectos jurídicos, tal inscripción se subordine a un previo control, a través de la calificación registral, de

De modo que cuando la RDGR de 18 de febrero de 2009 decide lo contrario, contradice esta postura de la Dirección General, que sí comparten la sentencia del Juzgado y la Audiencia de Valencia que vinieron a impugnar dicha Resolución. Frente a esta doctrina, la segunda corriente defiende la procedencia de un control similar al que rige el reconocimiento de efectos de las sentencias extranjeras. Esto es: un control sobre la regularidad formal de la inscripción extranjera unido a la comprobación de su adecuación al orden público internacional: es la postura sostenida por la RDGR de 18 de febrero de 2009 y la propugnada por los internacionalistas, que la defienden como más adecuada para abordar la cuestión como «un asunto de validez extraterritorial de decisiones»⁴⁶.

Sin embargo, ha de resaltarse que la redacción del artículo 23 LRC dificulta esta última interpretación⁴⁷, y aún más la Ley 20/2011, al recoger explícitamente como requisito para el reconocimiento de documentos extranjeros extrajudiciales y certificaciones de asientos extendidos en Registros extranjeros el control *conflictual* de la decisión extranjera. Efectivamente, los artículos 97 y 98 de la Ley 20/2011 prevén para tales títulos de acceso al Registro Civil un triple control: formal, sobre la competencia y función de la autoridad autorizante; conflictual, sobre la validez de los hechos o actos contenidos en el acto o en la certificación «conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado», y, por último, de compatibilidad de la inscripción con el orden público español. En suma, a la luz de la normativa que viene, 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 indudable⁴⁸, y por ende la negativa al reconocimiento de sus efectos en tanto siga vigente el actual artículo 10 LTRHA.

la equivalencia de los requisitos y garantías a que se sometió la inscripción en el Registro extranjero con los que se imponen para la inscripción en el Registro Civil español. En definitiva, como puso de manifiesto este Centro Directivo en su Resolución de 23 de abril de 1993 (*RJ* 1993/3243): «el hecho de que los artículos 23 LRC y 85 RRC permitan practicar sin expediente inscripciones por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, no implica que el Encargado haya de asumir una actitud pasiva ante la presentación de tales certificaciones, limitándose a la transcripción automática de los datos en ellas consignados. Por el contrario, ha de cerciorarse de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española».

⁴⁶ En expresión de CARRASCOSA GONZÁLEZ, *loc. cit.*, pág. 486.

⁴⁷ Recuérdese cómo la propia RDGR, de 18 de febrero de 2009, silencia directamente el precepto para fundar toda su argumentación en los artículos 81 y 85 RRC.

⁴⁸ Así lo ha puesto ya de manifiesto la doctrina internacionalista. LARA AGUADO: «A raíz del nuevo artículo 98, no cabe duda de que el control de la ley aplicable viene impuesto y que dicho control se ha de efectuar de conformidad con las normas de DIPr españolas, por lo que la aplicación por la autoridad extranjera de una ley diferente de aquella que habrían aplicado las autoridades españolas conducirá a la denegación de efectos a la certificación registral extranjera, salvo que exista equivalencia de resultados», «Comentario al artículo 98»,

Ahora bien, el artículo 98.2 de la Ley 20/2011 establece que cuando la certificación registral «constituya mero reflejo registral de una resolución judicial previa, será ésta el título que tenga acceso al Registro». Por consiguiente, procederá su reconocimiento como requisito previo para la inscripción, conforme a uno de los dos procedimientos ya referidos, contemplados en el artículo 96. Así, la existencia de una resolución judicial desplaza el control desde la adecuación del hecho u acto inscrito con la legalidad sustantiva española, a la incompatibilidad con el orden público español. Esto supone, en materia de gestación por sustitución, bascular desde la negativa de la inscripción por invalidez *ex* artículo 10 LTRHA (y concordantes), al enjuiciamiento de la adecuación de la inscripción con el orden público español.

Parece que el legislador tuvo en mente la gestación por sustitución y su casuística reciente en España al redactar este artículo 98.2 de la Ley 20/2011, que carece de precedentes. Y que la Dirección General de los Registros consideró los trabajos preparatorios de la nueva Ley del Registro Civil al optar en su Instrucción de 5 de octubre de 2010 por alterar el título objeto de examen por el encargado del Registro. Negar que la certificación del Registro extranjero sea el título para la inscripción en el Registro español porque «es mero reflejo de una previa resolución judicial que es la que, en realidad, determina el régimen de filiación de los nacidos» (RDGR de 3 de mayo de 2011; recuérdese: primera en que la Dirección General aplicó dicha Instrucción), comporta trasvasar las condiciones del reconocimiento del control conflictual basado en el artículo 23 LRC, sostenido sin quiebra por la propia Dirección General para las certificaciones registrales, a la compatibilidad con el orden público que rige el de las resoluciones judiciales. Y, desde aquí, eludir la necesidad de su concurrencia desde la mencionada Instrucción, que ha venido a sustituirla por la constatación de las concretas condiciones que establece.

En síntesis: en materia de gestación por sustitución la Dirección General ha optado por alterar el título causante de la inscripción, sustituyendo la certificación registral por la resolución judicial de que trae causa⁴⁹. Así, ha adelantado la aplicación de un precepto aún no vigente (art. 98.2 de la Ley 20/2011) y ha eludido su propia doctrina sobre el control conflictual recogido en el artículo 23 LRC. Al reconducir el control a las condiciones del reconocimiento de la decisión judicial extranjera, ha contrariado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que también aplica un control conflictual a las resoluciones de jurisdicción voluntaria, para crear *ex novo* unas condiciones específicas para la gestación

en *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, cit., pág. 1360, y ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *loc. cit.*, pág. 366.

⁴⁹ Y adviértase que en todos los recursos pendientes se insta a los promotores a aportar dicha resolución judicial, cuando la inscripción se había solicitado aportando la certificación del Registro extranjero. La Dirección General lo justifica en razones de economía procesal.

por sustitución, hurtando así la necesaria argumentación de su adecuación con el orden público español. Todo ello representa una forzada, innovadora e incorrecta interpretación del ordenamiento vigente para lograr una inscripción que ni desde el argumento de su provisionalidad puede en modo alguno sustentarse.

IV. VÍAS DE IMPUGNACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN INDEBIDAMENTE PRACTICADA

1. PUNTO DE PARTIDA

Visto cómo hemos llegado a la complaciente recepción registral de la gestación por sustitución, es momento de analizar cuáles deben ser las actuaciones a emprender para adecuar la filiación inscrita a nuestro ordenamiento. Tal y como ha accedido al Registro Civil, la situación generada no es definitiva. La inscripción goza de la fuerza legitimadora del Registro, de modo que la filiación acreditada produce todos sus efectos en el tráfico y en el proceso, como exponen las sentencias referidas de la jurisdicción laboral. De manera que habrá de instarse judicialmente la rectificación registral (art. 3 LRC), bien como pretensión única del proceso, bien como accesoria de una acción de filiación, para adecuar el Registro a lo decidido en ésta. Analicemos estas acciones por separado, para plantearnos seguidamente la posibilidad de emprender una vía más drástica, como es la penal.

2. LA ACCIÓN DE RECTIFICACIÓN REGISTRAL

Se contempla en el artículo 92 LRC. De los artículos 22.1.º LOPJ y 36 LEC resulta la competencia exclusiva del orden jurisdiccional civil para resolver los asuntos en que se plantee la validez o nulidad de una inscripción practicada en un Registro español. El Juzgado competente será el de Primera Instancia (art. 45 LEC) del domicilio del demandado (art. 50.1 LEC), y cuando sólo lo fuere el Ministerio Fiscal, el del Registro Civil en que se haya practicado la inscripción impugnada. El artículo 92 LRC designa como procedimiento el «juicio ordinario» que ha de entenderse hoy, en ausencia de previsión específica, el declarativo ordinario (art. 249 LEC). La acción pueden ejercitarla, además de las personas a las que directamente afecte la inscripción, quienes ostenten un interés legítimo, y también el Ministerio Fiscal, que junto al encargado del Registro vela por «la concordancia entre el Registro y la realidad» (art. 26 LRC).

Esta acción impugna la inscripción por entender que contiene errores u omisiones afectantes a la misma o al estado civil y condición de la persona inscrita, por lo que se dirige a obtener una sentencia judicial que ordene la rectificación

del Registro, cancelando por ende la inscripción impugnada. En nuestro tema, es la vía seguida por el Ministerio Fiscal contra la inscripción practicada en el Registro Consular de Los Ángeles por orden de la RDGR de 18 de febrero de 2009, que ocasionó las sentencias expuestas del Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia de Valencia y pende aún de resolución del Tribunal Supremo.

El objeto de la pretensión no es la determinación de la filiación, sino el mero enjuiciamiento de la legalidad de la inscripción. En tal ámbito, la sentencia tendrá efectos de cosa juzgada *erga omnes* desde su inscripción en el Registro (art. 222.3.2 LEC). Su fundamento, según se deduce de cuanto llevamos expuesto, se halla en los artículos 23 LRC y concordante 85 RRC, que conducen al control de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad con la Ley española. Por lo que se refiere al primero, la existencia de un contrato de maternidad subrogada ratifica la evidencia de que los dos varones no son los padres del nacido, y demuestra en caso de matrimonio heterosexual que la maternidad proclamada por el Registro no se corresponde con la realidad. Así, el Derecho español no tiene cauce para admitir que la paternidad (en el primer caso) o la maternidad (en el segundo) sea *real*, porque no responde a ninguno de sus títulos de adquisición. De modo que la nulidad de la inscripción se funda en su oposición total a uno de los pilares del Registro como es el de su concordancia con la realidad, que fundamenta toda su fuerza legitimadora. La ilegalidad del supuesto, por otro lado, es clara *ex* artículo 10 LTRHA.

Si, contra la doctrina habitual de la Dirección General y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se asumiera la improcedencia del control conflictual, entonces la nulidad de la inscripción habría de basarse exclusivamente en su contrariedad con el orden público. De nuevo, remito al epígrafe correspondiente.

Esta acción, al servicio de los mismos fines del Registro —seguridad jurídica, adecuación del Registro a la realidad, indisponibilidad del estado civil— es imprescriptible. De modo que en la cuestión aquí enjuiciada, cualquiera de los legitimados para ejercitarla, y señaladamente el Ministerio Fiscal como garante de la legalidad y defensor del interés público o social (art. 3.6 EOMF)⁵⁰ podrá impugnar las inscripciones practicadas, demostrando su incompatibilidad con la legislación española. Y ello aunque se hayan practicado tras Resolución de la Dirección General de los Registros. Sin que la sentencia que recaiga incorpore declaración alguna sobre la filiación de los nacidos a través de la gestación por sustitución. De manera que si el Tribunal Supremo, en el recurso que ante él pende, ratifica la decisión contraria a la inscripción de las dos instancias de

⁵⁰ Al Ministerio Fiscal, *ex* artículo 3.6 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, le corresponde: «Tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la Ley». Por otra parte, si al Fiscal le corresponde legitimación, *ex* artículo 38 LRC, para instar la anotación del procedimiento judicial o gubernativo entablado, es que la tiene para instar estos, máxime cuando para el gubernativo así lo expresa el artículo 125 RRC.

Valencia, facilitará con la fuerza de su doctrina jurisprudencial la impugnación de las inscripciones practicadas en aplicación de lo dispuesto en la Instrucción de la Dirección General de 5 de octubre de 2010.

Un inciso: la Ley 20/2011 modifica el régimen de recursos contra la calificación del encargado del Registro al prever en su artículo 85 que «sólo» podrán recurrirse las decisiones adoptadas por los Encargados del Registro Civil ante la Dirección General de los Registros, en el plazo de un mes (art. 85 de la Ley 20/2011). Con ello, la actual vía judicial, independiente, prevista en el artículo 29 LRC, se configura como un recurso impugnatorio frente a la decisión de la Dirección General o de su silencio negativo (arts. 87 y 86.2 de la Ley 20/2011). Vía que habrá de ejercitarse en el plazo de dos meses desde la notificación de la resolución, conforme a lo dispuesto en un nuevo artículo 781 bis LEC que incorpora dicha Ley 20/2011. Esta (breve) caducidad de la acción de oposición a las resoluciones de la Dirección General plantea dudas sobre la posible ulterior inimpugnabilidad de las inscripciones practicadas conforme a ellas. En pura lógica jurídica, ello carecería de toda justificación, y basta para demostrarlo alegar las palabras de la Exposición de Motivos de la propia Ley en su apartado II: «todos los actos del Registro Civil quedan sujetos a control judicial». De modo que no debería impedirse una ulterior rectificación registral. Sin embargo, y sorprendentemente, el artículo 90 de la Ley, al abordar la rectificación judicial de los asientos, remite al mismo artículo 781 bis LEC, donde ni el título de la pretensión ni su sumisión a plazo responden a los requerimientos propios de la acción de rectificación registral. Necesariamente ha de tratarse de un error (¡otro!) que el legislador debería solventar antes de la entrada en vigor de la norma.

Por consiguiente, aun practicada la inscripción e incluso tras la Resolución de la Dirección General, el Ministerio Fiscal podría ejercitar una acción judicial de rectificación registral, sin plazo, dirigida a declarar la nulidad de la inscripción.

3. LA IMPUGNACIÓN DE LA FILIACIÓN

La rectificación registral también puede ser consecuencia accesoria del ejercicio de las acciones de filiación pertinentes, dirigidas a la revelación de la relación biológica (arts. 114.1 CC y 82 RRC). La nacionalidad española del hijo, conforme ya he mencionado, conduce *ex* artículo 9.4 del Código Civil a la aplicación de la ley española para la determinación de su filiación. Y así, en este caso el complejo entramado de acciones previsto en el Código Civil habría de completarse con lo dispuesto en la LTRHA, al haberse producido el nacimiento con la mediación de una de estas técnicas. De manera que la aplicación del artículo 10 LTRHA resulta insoslayable.

Por consiguiente, el punto de partida viene dado por la nulidad del contrato de gestación por sustitución, ineficaz para determinar la filiación. La maternidad, conforme a la regla general, se determina por el parto (art. 10.2 LTRHA), siendo irrelevante la procedencia del gameto femenino. Así que con independencia de lo declarado en la sentencia extranjera, para el Derecho español la madre será quien gestó y parió al hijo. Y el padre, conforme a la enigmática declaración del párrafo tercero de este mismo artículo 10, se determinará conforme a las reglas generales. Lo cual significa que, en principio, será padre el biológico, esto es, quien haya procurado los gametos masculinos para la fecundación. Salvo que se haya contado para ello con un donante anónimo, protegido con la exclusión de su paternidad si se halla dentro de las previsiones de la Ley (art. 5.5 LTRHA). En cuyo caso, cabe preguntarse si la posición de padre podrá atribuirse a quien hubiera prestado el consentimiento para la práctica de la reproducción asistida, en aplicación de la regla general que cabe deducir de los artículos 6.3 y 8.1 y 2 LTRHA y en la protección del interés del hijo, dada la ausencia de padre a la que la garantía del donante anónimo aboca.

Pues bien, tales preceptos exigen distinguir el estado civil de la madre. Si está casada, cabe preguntarse si el consentimiento prestado por su marido para la práctica de la gestación subrogada puede subsumirse en el contemplado por el artículo 8.1 LTRHA, para atribuirle la paternidad. A favor de la afirmativa, además de la literalidad de dicho precepto (aun ciertamente pensado para otro supuesto), puede alegarse el interés del hijo, que justificaría esta suerte de conversión. A favor de la negativa, la ineficacia de tal consentimiento, dada la radical nulidad del contrato, y su esencial diferencia con el prestado para que la esposa dé a luz un hijo que el ordenamiento le atribuya como *propio*. Personalmente, encuentro más fundada esta segunda opción. Ninguna duda plantea, en este caso, la imposibilidad de atribuir la paternidad al comitente, tanto en presencia de consentimiento del marido como a falta de éste.

En cambio, si la mujer gestante fuera soltera, la atribución de la paternidad al comitente sí parece posible, en aplicación del artículo 8.2 LTRHA, porque el consentimiento prestado no es esencialmente diferente al contemplado en él. En todo caso, el terreno es sumamente resbaladizo, por dos razones de peso: la ineficacia de tal consentimiento a partir de la nulidad del contrato, y la previsión del artículo 10.3 LTRHA, que parece excluir toda paternidad surgida de la voluntad⁵¹.

⁵¹ Puede verse las dudas que plantea a la doctrina la determinación de la paternidad en PÉREZ MONGE, que niega la posible paternidad del marido por consentimiento a la gestación subrogada y admite la del comitente (vid. *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2002, págs. 354 y sigs.), y FERRER VANRELL, quien sostiene opiniones contrapuestas (vid. «Comentario al artículo 10», en *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, dir. LLEDÓ YAGÜE, F., Madrid, Dykinson, 2007, págs. 163-165).

Lo que no ofrece dudas es que si el consentimiento lo prestaron dos varones, la legislación española en vigor no admite la duplicidad de la paternidad *biológica*: no cabe declarar como padres a los dos hombres casados entre sí que accedieron a la fecundación de una mujer (no casada) con semen de donante anónimo. Si uno de ellos, además, aportó los gametos, entonces la respuesta legal es clara: ése es el padre. Y tampoco cabe optar por una paternidad doble, a favor del aportante de los gametos, por un lado, y de quien consintió, por otro. No hay apoyatura legal para tal solución, que vendría a ser un pintoresco paralelo de lo previsto para la maternidad doble del artículo 7.3 LTRHA.

Este dato legal no resulta contradicho por las Órdenes JUS/568/2006, de 8 de febrero, sobre modificación de modelos de asientos y certificaciones del Registro Civil y del Libro de Familia, y JUS/644/2006, de 6 de marzo, sobre aclaración de la anterior, que prevén en las inscripciones de nacimiento de hijos de matrimonios del mismo sexo la sustitución de los términos padre/madre por progenitor/a A y B. Además de que el rango de estas normas reglamentarias no puede contravenir todo el sistema de filiación construido en el Código Civil, su previsión se refiere a la *adopción* conjunta por personas del mismo sexo y no a la filiación biológica, según se expresa repetidamente en ambas⁵².

Si lo expuesto recoge el tratamiento sustantivo, las (inseguras, en cuanto a la paternidad) reglas para la determinación de la filiación, hemos de preguntarnos ahora cuál es el tratamiento procesal de la cuestión. Esto es: ¿el artículo 10 LTRHA implica una acción de filiación a añadir a las contempladas en los artículos 131 y siguientes del Código Civil, o por el contrario sus previsiones han de aplicarse con ocasión del ejercicio de las allí previstas (y de ahí la referencia en el párrafo tercero a la reclamación de la paternidad «conforme a las reglas generales»)? La pregunta no es baladí, porque la respuesta afecta a la legitimación y a los plazos de ejercicio de las acciones⁵³.

Pues bien, la impugnación de la filiación inscrita por basarse en un supuesto de gestación por sustitución desborda el ámbito de las acciones de filiación del Código, cuyo supuesto es la inadecuación de la legal con la biológica. En cambio, en la maternidad subrogada, aun concurriendo también tal hecho, la causa primordial para la impugnación es la nulidad del título de determinación de la filiación, *ex* artículo 10.1 LTRHA, lo cual conduce a una acción impres-

⁵² Así, en la Exposición de Motivos de la Orden aclaratoria, *in fine*: «este Ministerio ha optado por llevar a cabo las precisiones y aclaraciones oportunas, sin que se extiendan a todos los supuestos las singularidades terminológicas que requieren los matrimonios formados por personas de igual sexo o las adopciones constituidas por personas de igual sexo». Y en su artículo 3: «En caso de matrimonios y adopciones conjuntas entre y por personas del mismo sexo...».

⁵³ Y la doctrina no se la ha planteado expresamente. PÉREZ MONGE, *ob. cit.*, págs. 354 y sigs., y FERRER VANRELL, *loc. cit.*, págs. 164 y sigs., parecen reconducir la reclamación de la paternidad a las acciones del Código.

criptible, a ejercitar por cualquiera con interés legítimo, y por supuesto por el Ministerio Fiscal. Tal nulidad del título desborda el ámbito de la impugnación de la filiación *stricto sensu*, basada en la inadecuación con la verdad biológica, que aborda el Código salvo en los artículos 138 y 141 del Código Civil (acción de anulabilidad del reconocimiento). Y la acción para declararla, si en general no se contempla expresamente en el Código Civil⁵⁴, encuentra en este caso acomodo en lo dispuesto en el artículo 10.1 LTRHA. La declaración judicial de la nulidad del título comportará la ineficacia de la filiación y la cancelación de la inscripción registral. Mediante reconvencción, no cabrá plantear en este proceso la paternidad de quien aportó el gameto masculino. Habrá de emprenderse para ello una acción de reclamación de la paternidad, conforme a las reglas del Código y lo previsto en el artículo 10.3 LTRHA, con ocasión de cuyo ejercicio resultará la determinación de la filiación materna por el parto. Sin perjuicio de que, conforme al artículo 77.2 LEC, pueda proceder la acumulación de ambos procesos.

El análisis de esta acción ofrece nuevos argumentos a oponer a la tesis de la Dirección General. Frente a su superficial observación de que la inscripción no resuelve de manera definitiva el tema de la determinación de la filiación, sino que cabe impugnarla «en la vía civil ordinaria»⁵⁵, ha de imponerse el razonable criterio de que no merece la protección registral la inscripción de algo que por su ineficacia y radical contrariedad con todo el ordenamiento puede ser impugnado judicialmente con la legitimación más amplia posible y sin plazo alguno de prescripción.

Por lo demás, resulta claro que el recurso a la impugnación judicial y la correspondiente determinación de la filiación conforme a las leyes españolas no resuelve satisfactoriamente los intereses en juego. Es muy probable que la madre no quiera hacerse cargo del hijo, por no decir nada de su marido si se llegara a declarar (cosa harto difícil, según he defendido) la paternidad a su favor, y que quienes efectivamente deseen seguir desempeñando el papel de padres sean los que el Registro declara como tales. Pero eso no es un argumento concluyente: habrá de pensarse cuál es el modo de resolver la situación de forma respetuosa, coherente, con el resto de ordenamiento. Otra cosa es innovar éste, admitiendo la gestación por sustitución. Y eso es función del legislador.

⁵⁴ Lo que no impide a toda la doctrina afirmar su existencia y consistencia: por todos, vid. un clásico como PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1984, págs. 992 y sigs.

⁵⁵ El argumento puede leerse en la RDGR de 18 de febrero de 2009, Fundamento V *in fine*: «debe recordarse que la inscripción en el Registro Civil español de la certificación registral californiana surte los efectos jurídicos señalados por las Leyes registrales españolas. Por ello, cualquier parte legitimada puede impugnar el contenido de dicha inscripción ante los Tribunales españoles en la vía civil ordinaria. En tal caso, los Tribunales españoles establecerán de modo definitivo la filiación de los nacidos».

4. LA VÍA PENAL

Para explorar la posibilidad de subsumir la maternidad subrogada en alguna de las conductas tipificadas como delitos en los artículos 220 a 222 Cpe., hemos de partir de que la aplicación de la ley penal española se rige como regla general por el principio de territorialidad, conforme establecen los artículos 23.1 LOPJ y 8 del Código Civil. Por consiguiente, para su sanción conforme al Código Penal español, las conductas delictivas han de haberse realizado en España, siendo irrelevante la nacionalidad de los comitentes. Subsidiariamente, el artículo 23.2 LOPJ acoge el principio de personalidad, que permite aplicar la ley penal española, en su ámbito, a los nacionales españoles con independencia del lugar de la comisión del delito. Para ello, el artículo 23.2 LOPJ exige, entre otros requisitos, que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo previsión en contra en un Tratado Internacional. Por consiguiente, sólo si en los países donde se han celebrado los contratos de maternidad subrogada esta práctica está sancionada penalmente, cabe condenar a los españoles comitentes por los hechos realizados en tales países. De otro modo, sólo cabe atribuir responsabilidad penal por los hechos derivados o consecuencia de la reproducción asistida realizados *en* España.

Y así, considero que incurre en delito de suposición de parto (art. 220.1 Cpe.) quien, *sin mencionar* el nacimiento del niño mediante un contrato de gestación subrogada, pretende su inscripción como hijo propio en el Registro Civil español. Recuérdese que el supuesto se ha dado ya en la práctica española, lográndose inscripciones sin necesidad de resolución de la Dirección General por la dificultad de rastrear el origen del nacimiento en caso de petición por matrimonio heterosexual. Lograda la inscripción *ocultando* el dato de la maternidad subrogada, se incurre también en delito de falsedad en documento público. Por esta vía, el Ministerio Fiscal podría perseguir no sólo a la supuesta madre, sino a quien se presenta como padre. El delito está castigado con pena de prisión de seis meses a dos años.

Por su parte, el artículo 221 Cpe. contempla el delito de alteración de la paternidad o estado civil de un menor, de cuyo tipo forma parte la existencia de contraprestación económica. En él incurren quienes *entregan* a otra persona un «hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación». Está castigado con pena de prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad. Sin lugar a dudas, es la conducta en que incurren para el Derecho español la madre gestante (y su marido, si es el caso) que entregan el hijo a la pareja comitente. Pero realizada dicha conducta fuera de España, la jurisdicción española no se considera competente, por lo expuesto, para su persecución.

Además, el precepto castiga con la misma pena a «la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero» (art. 221.2 Cpe.). De modo que tanto los comitentes como las agencias mediadoras, ambos ubicados en España y con independencia de su nacionalidad, pueden ser perseguidos por los tribunales penales españoles, porque este delito de alteración del estado civil se estima por el legislador tan contrario al ordenamiento, que merece excepcionar el principio general de territorialidad de la ley penal. Ello es coherente con su condición de delito permanente: aun cuando el hecho inicial (la entrega) se haya realizado fuera de nuestras fronteras, la conducta que el tipo estima censurable sigue desarrollándose en nuestro país, al atribuirse al hijo una filiación que no le corresponde. De manera que el Ministerio Fiscal debería perseguir estas conductas, por constituir ilícitos penales también en España. Con el efecto obvio de que la sentencia penal condenatoria por la realización de estas conductas comportaría también la rectificación del Registro Civil (art. 114.2 CC), no directamente, por no hallarnos en el caso contemplado en el artículo 190 RRC, sino a través de expediente registral, conforme al artículo 293 RRC.

Ciertamente, que en la actual situación económica y social de España, y desde consideraciones de la incidencia que sobre la paz social tienen este tipo de conductas, se vaya a proceder a su persecución penal, es altamente improbable y posiblemente indeseable. Máxime si tenemos en cuenta la situación en que quedarían los menores tras la persecución penal de sus «padres». Pero la tipificación penal del supuesto ofrece un argumento más para defender el carácter de orden público que la inadmisión de los efectos del contrato de gestación subrogada tiene en nuestro ordenamiento.

Visión en la que coincide con muchos otros países de nuestro entorno europeo, que comparten la sanción civil y penal del contrato (así Francia, Alemania, Italia, Suecia). Sólo Grecia, Reino Unido, Rusia, Bélgica y Holanda admiten la validez del contrato de maternidad subrogada, con límites diversos. Grecia, tras reforma del Código Civil en 2002, admite la gestación por madre subrogada del embrión proveniente de la comitente y de su marido o compañero, siempre que sea gratuita y los tribunales visen el contenido del contrato. La gestante, por tanto, podrá reclamar la maternidad demostrando que ella es la madre genética. En Reino Unido, la *Surrogacy Act* de 1985 admite el contrato, siempre que sea gratuito, pero no cualquier actividad de mediación o publicidad⁵⁶.

⁵⁶ Para una visión de la maternidad subrogada en Europa, vid. QUIÑONES ESCÁMEZ, «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGR de 18 de febrero de 2009», en *Indret*, 3/2009. Ofrece interesantes datos de Derecho Comparado, FARNÓS AMORÓS, en «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California», en *Indret*, 1/2010, y en «European Society of Human Reproduction and Embryology 26th Annual Meeting», en *Indret* 3/2010.

La extensión y finalidad de este trabajo desaconseja un estudio de Derecho Comparado. Con una excepción: la proximidad geográfica y el paralelismo en la forma en que la gestación por sustitución ha tratado de hallar carta de naturaleza en el país vecino, aconseja atender al Derecho francés. Hasta el momento, Francia ha ofrecido un ejemplo de país especialmente combativo contra este contrato y el reconocimiento de los efectos de los celebrados fuera de sus fronteras, planteado varias veces ante sus Tribunales.

V. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN FRANCIA

La Ley número 94-653, de 29 de julio de 1994, relativa al respeto al cuerpo humano, formó parte de un paquete de tres Leyes que abordaron en Francia por primera vez la regulación de cuestiones relacionadas con la Bioética⁵⁷. Dicha Ley introdujo en el *Code* un artículo 16.7 conforme al cual: «Todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo», y la previsión expresa en el artículo 16.9 del carácter de orden público de las normas relativas a la protección del cuerpo humano. La sanción penal, introducida por la misma Ley, se ubica en el artículo 227.12 del Código Penal francés, que castiga con las penas de seis meses de prisión y multa de 50.000 francos, como delitos de atentado contra la filiación, el provocar a un padre mediante dádiva o promesa para abandonar a su hijo nacido o por nacer, e intermediar para la celebración de un contrato de gestación por sustitución, duplicándose en este caso la pena si media habitualidad o fin lucrativo.

Con ocasión de la última reforma emprendida en materia de Bioética, recogida en la Ley número 2011-814, de 7 de julio de 2011, se desarrolló en Francia un intenso debate social sobre la necesidad de modificar la postura legislativa sobre la maternidad subrogada. El partido socialista francés lideró la postura defensora de su admisión, dentro de unos límites: sólo para parejas heterosexuales que demostraran más de dos años de convivencia, cuando fuera biológicamente imposible que la mujer se quedara embarazada, y sin remuneración económica posible para la gestante, más allá del pago de los gastos sanitarios. Además, el contrato debía visarse por la agencia francesa de Biomedicina y un magistrado. Pero tal propuesta no se recogió en la Ley, que finalmente opta por no modificar casi nada en materia de reproducción asistida y mantiene la nulidad de la gestación por sustitución⁵⁸.

⁵⁷ Las otras dos fueron la Ley 94-548, de 1 de julio, sobre donaciones con fines de investigación en materia de salud, y la 94-94, de 29 de julio, sobre donación y utilización de elementos y productos del cuerpo humano, asistencia médica a la procreación y diagnóstico prenatal.

⁵⁸ La única novedad que la Ley introduce en materia de reproducción asistida es la supresión del plazo de dos años de convivencia para que las parejas heterosexuales (únicas

Por lo demás, ha de recordarse que hasta el momento Francia no había admitido el matrimonio homosexual ni la adopción conjunta entre personas del mismo sexo. Situación que viene a cambiar el proyecto de Ley número 344, de 7 de noviembre de 2012, de apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo, aprobado por la Asamblea Nacional el pasado 23 de abril y recurrido ya ante el Consejo Constitucional.

A partir de estos datos legales, los Tribunales franceses han debido enfrentarse a supuestos similares a los planteados en nuestro país, que han resuelto denegando la inscripción de la filiación en el Registro Civil por entenderla contraria al orden público internacional. 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. Así lo ha declarado en tres sentencias de la misma fecha, 6 de abril de 2011, números 369, 370 y 371⁵⁹, que han negado el acceso al Registro Civil de filiaciones fruto de contratos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero, solicitado bajo formas diversas.

En el supuesto que la sentencia número 369 resuelve, el matrimonio francés comitente había aportado los gametos del embrión gestado por una mujer en Minnesota. El juez americano, tras el nacimiento del niño, declara el abandono materno y la consiguiente adopción a favor de los comitentes, que constan como padres en la inscripción de nacimiento practicada en el Registro americano de Fosston. Ésta se transcribe en el Registro Civil francés consular de Chicago y luego en el municipal de Nantes. El Ministerio Fiscal insta la nulidad de la mención sobre la maternidad, que es atendida en ambas instancias y ratificada por la Corte de Casación⁶⁰.

que pueden acceder a tales técnicas) soliciten su aplicación: vid. sobre esta Ley y el proceso de su elaboración, CIPPITANI, «Principi e metodo nella revisione della normativa francese relativa alla bioetica», en *Diritto di famiglia e delle persone*, 2012, vol. 41, núm. 4, págs. 1849-1851. Sobre el debate social planteado, vid. FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, «Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, octubre de 2011, págs. 136 y sigs.

⁵⁹ Pueden consultarse en la página oficial de la Corte de casación: http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/civiles_classes_2987/

⁶⁰ Sentencia de la Corte de Casación núm. 369, de 6 de abril de 2011: «est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère, fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de cette décision, lorsque celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français ; qu'en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil». Vid. www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/369_6_19630.html. Esta fundamentación se reitera textualmente en las dos siguientes. http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/370_6_19628.html

En el caso resuelto por la sentencia número 370, la Corte suprema de California había declarado al marido «padre genético» y a la esposa «madre legal»: mientras el Registro Consular francés había denegado la inscripción por hallar indicios de gestación por sustitución, no así el de Nantes, contra cuya inscripción se alza el Ministerio Fiscal⁶¹. Como en el caso anterior, se anula la inscripción de la maternidad, manteniéndose la de la paternidad del marido, quien había aportado el semen⁶².

Por último, en el supuesto de la sentencia número 371, un Tribunal de Minnesota había declarado padre genético al marido, aportante del esperma, y madre legal a la esposa, a partir de su adopción del niño, de modo que ambos constaban como padres en el Registro americano. En Francia, los esposos intentan inscribir la filiación a partir de un acta de notoriedad de posesión de estado de filiación legítima, a lo que se opone el Fiscal y ratifica la Corte de Casación, advirtiendo que la nulidad del contrato de gestación por sustitución impide reconocer una posesión de estado fundada en él⁶³.

Así pues, adviértase cómo desde la nulidad del contrato y su incompatibilidad con el orden público internacional francés se impide el acceso al Registro por tres vías distintas: el reconocimiento de la declaración de filiación dictada por un Tribunal extranjero, ídem respecto de la adopción⁶⁴, y la inscripción de la filiación a partir de la posesión de estado. En los tres casos, el Tribunal considera que la decisión no vulnera el principio del interés superior del menor recogido en el artículo 3.1 de la Convención de la ONU, de 20 de noviembre de 1989, sobre los derechos del niño, ni el derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 CEDH, porque el hijo sigue ostentado la filiación declarada

⁶¹ Previamente, la sentencia de la Corte de casación núm. 1285, de 17 de diciembre de 2008, había admitido la legitimación del Ministerio Fiscal para instar la nulidad de la inscripción practicada en el Registro Civil, a partir de su incidencia sobre el estado civil y el orden público: vid. http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/arret_no_12024.html.

⁶² Vid. http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/370_6_19628.html

⁶³ Sentencia de la Corte de casación núm. 371, de 6 de abril: «Mais attendu qu'en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16 7 et 16 9 du code civil ; que ce principe fait obstacle aux effets en France d'une possession d'état invoquée pour l'établissement de la filiation en conséquence d'une telle convention, fût elle licitement conclue à l'étranger, en raison de sa contrariété à l'ordre public international français». Vid. http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/371_6_19627.html

⁶⁴ La sentencia de la corte de casación, de 31 de mayo de 1991, ya había negado la adopción por la cónyuge de quien contrató una gestación con su esperma, con el mismo argumento de que la nulidad de dicho contrato vicia todo acto que de él provenga. Dan noticia de esta sentencia, MORENO SÁNCHEZ-MORALED A, *loc. cit.*, pág. 1375, n. 15, y ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *loc. cit.*, pág. 344, n. 12.

en las sentencias americanas (además, en los dos primeros casos se mantiene la inscripción francesa de filiación paterna) y no hay obstáculo para que siga viviendo con el matrimonio comitente.

En línea y coherencia con las anteriores sentencias, la Corte de Casación ha denegado recientemente, en las sentencias números 755 y 756, de 7 de junio de 2012⁶⁵, el reconocimiento de sentencias extranjeras de adopción a favor de parejas del mismo sexo. El fundamento es, también, su contrariedad con el orden público y con un principio básico para el Derecho francés de filiación, su imposible constancia registral en favor de personas del mismo sexo.

La pregunta obvia que surge es si esta jurisprudencia se mantendrá tras la aprobación definitiva de la Ley que introduce el matrimonio homosexual y la adopción conjunta entre parejas del mismo sexo.

VI. EL CONTROL DEL ORDEN PÚBLICO Y LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

La adecuación o no de la gestación por sustitución con el orden público español constituye hoy una cuestión debatida en nuestro país, según ha quedado de manifiesto al exponer las resoluciones y sentencias recaídas en la materia. Debate de la práctica jurídica también presente en la doctrina. Por un lado se posiciona la práctica totalidad de la doctrina civilista, que declara con rotundidad la contrariedad del contrato de gestación subrogada con el orden público español, desde consideraciones de dignidad de la persona, indisponibilidad del estado civil, coherencia con el Derecho de filiación y límites a la autonomía privada en materia contractual. Esta postura también es sustentada por los Tribunales Civiles, en las tres ocasiones en que han debido pronunciarse al respecto. Por el contrario, una parte de la doctrina de Derecho Internacional privado, desde la voluntad de facilitar y flexibilizar el reconocimiento de una situación jurídica creada al amparo de otro ordenamiento, considera que *no siempre* dicha contrariedad habrá de producirse, centrando el análisis de cada caso concreto sobre todo en la perspectiva procesal y no sustantiva o material del orden público. Esta postura parte de la inexistencia en el Derecho español de un principio general contrario a la admisión de la gestación por sustitución, de manera que su nulidad actual sólo se fundaría en razones de conveniencia. Esta segunda tesis es la sostenida por la Dirección General de los Registros, que en la RDGR, de 18 de febrero de 2009, dio por zanjado el tema, tras unos pocos argumentos de trazo grueso y fácil refutación.

⁶⁵ Vid. http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/755_7_23516.html

A mi entender, y en el estado actual de la legislación española, la prohibición de la gestación sustituta sí constituye una consecuencia exigida por la coherencia de nuestro ordenamiento, en cuanto fundada en los principios básicos que lo animan y explican. De modo que el artículo 10 LTRHA no es un obstáculo legal único y puntual, sino un elemento más concorde con otras normas constitucionales, penales, civiles y registrales, cuya inspiración y fundamento comunes permiten a un ordenamiento presentarse como un sistema armónico.

Y así, la dignidad de la persona que sustenta como clave el arco de los derechos fundamentales en el artículo 10 CE, explica que un contrato cuya causa y objeto sea una transacción ya no sólo sobre el cuerpo humano, sino sobre una vida humana futura, no merezca la protección del ordenamiento. Con independencia del carácter lucrativo u oneroso de la transacción. En este punto, resulta sorprendente que parte de la doctrina considere de orden público la prohibición de la gestación sustituta si media *precio*, y no en caso contrario. Me parece revelador de una visión del cuerpo de la mujer y su capacidad generadora como bien social, absolutamente contraria a su libre autodeterminación y albedrío. Si los reproches al contrato desaparecieran cuando no generara un enriquecimiento en la mujer gestante, significaría que el ordenamiento sólo desecha el empleo de tal capacidad como recurso económico en manos de la mujer⁶⁶. Pero no es así: el contrato repugna a nuestro ordenamiento porque convierte en objeto una facultad humana personalísima, la de generar una nueva vida, y su resultado, que es una persona humana, cuya dignidad demanda como punto de partida un trato jurídico de sujeto y no de objeto. Además, ese contrato convierte en materia disponible la identidad humana y el estado civil de las personas, que por su incidencia en todo el orden social y en los intereses generales se excluyen habitualmente del libre ámbito de la autonomía de la voluntad.

Desde la perspectiva de nuestro actual Derecho de filiación, el principio de veracidad rechaza que la mera voluntad pueda sustituir toda relación biológica entre padres e hijos. Con ese fundamento, la Dirección General de los Registros considera los reconocimientos ficticios de filiación contrarios al orden público y rechaza su acceso al Registro español⁶⁷. Eso es absolutamente incoherente con la supuesta conformidad de la maternidad subrogada con el orden público. Sin

⁶⁶ En el extremo contrario se coloca VELA SÁNCHEZ, defendiendo la admisión del contrato por sus pingües rendimientos económicos, que demuestra con cifras: vid. «La gestación por encargo desde el análisis económico del Derecho. Medidas anticrisis desde el Derecho de Familia», en *Diario La Ley*, núm. 8055, 4 de abril de 2013. Quizá el autor no ha reparado en que los mismos argumentos podrían conducirle a defender la legalización del tráfico de niños, la prostitución, el tráfico de órganos... Y que las cifras aportadas señalan que la mujer gestante termina recibiendo sólo una tercera parte de los «beneficios económicos» generados por el contrato.

⁶⁷ Entre otras, vid. RDGR (4.ª) 20 de abril de 2009 (*JUR* 2010/301490), RDGR (4.ª) 14 de enero de 2009 (*JUR* 2010/98689), RDGR (4.ª) 4 de junio de 2007 (*JUR* 2008/263996), RDGR (4.ª) 20 de abril de 2009 (*JUR* 2010/301490).

que pueda argumentarse que la LTRHA haya venido a establecer un sistema paralelo de filiación sustentada sobre la voluntad: no es así. Por el contrario, el artículo 7.1 LTRHA somete la determinación de la filiación nacida de la aplicación de estas técnicas a las normas generales, con la excepción de las puntuales especialidades contenidas en ella. Esta previsión, además de subsumir estos hijos en la filiación por naturaleza, *modula* el régimen general para impedir su impugnación fundada en la falta de veracidad. Para ello, *no se alteran* los títulos de determinación de la filiación introduciendo la *voluntad* como uno de ellos, sino que se confiere al consentimiento prestado para la aplicación de tales prácticas unos efectos ligados a aquel objetivo principal. El dato biológico que necesariamente requiere la filiación por naturaleza viene dado por el parto, elegido por el legislador por encima del origen del gameto femenino. El parto liga al hijo con quien lo alumbró y le confiere un referente seguro para tutelar su derecho a la identidad, primero, y a la filiación, después.

Y ese derecho a la identidad tiene una garantía constitucional. Que expulsa del sistema al desconocimiento materno, según entendió el Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de septiembre de 1999 (*RJ* 1999/6944), porque el hijo perdería «por completo el nexo que le permitiría, en su momento, conocer su verdadera filiación, debido a un acto voluntario de la madre». Hurtar al hijo su identidad biológica contraría el orden público, porque no es coherente con los postulados constitucionales ni con el sistema de filiación por naturaleza que de aquellos se desprende. Ésta tiene sus requerimientos, es incompatible con la elección voluntaria de la progenie. Y sólo desde esa aproximación a la reproducción asistida, en función del dato biológico dado por el parto, se explica el régimen de consentimientos previsto no para determinar directamente la paternidad, insisto, sino para impedir su impugnación.

Para esta inspiración y construcción legal, el artículo 7.3 LTRHA es un añadido discordante por absolutamente ajeno al sistema. Que sí contempla la voluntad como un nuevo título de determinación de una doble maternidad incompatible con los principios básicos de aquél. Y, lógicamente, ya no sólo con el principio de veracidad que lo funda, sino con la mera posibilidad física. La pregunta ahora es: ¿tiene dicho precepto la virtualidad de haber alterado la noción de orden público, los principios básicos conformadores de la filiación por naturaleza? Y considero que la respuesta es no: porque cuando el Registro Civil acoge la declaración de la cónyuge de la madre y en obediente cumplimiento de dicho precepto «determina a su favor la filiación respecto del nacido», no puede cambiar la realidad, no convierte en madre *por naturaleza* a quien no lo es. Según prueba el hecho de que el supuesto no pueda abordarse desde el régimen normal de las acciones de filiación, ni genere una posesión de estado incompatible con la realidad. De hecho, la frase legal entrecomillada sirve para atribuir responsabilidades parentales: el artículo 7.3 LTRHA ha podido, con mayor o menor fortuna, construir un supuesto de doble maternidad *social* o *legal*, pero

carece de virtualidad para alterar el concepto de filiación biológica, por imperativos físicos y antropológicos construido sobre la complementariedad sexual.

Por otra parte, el contrato de gestación subrogada comporta una renuncia sobre la propia filiación o la patria potestad, también de imposible compatibilidad con las reglas generales del sistema. Por lo demás, el principio de veracidad y exactitud registral, presente a lo largo de toda la regulación del Registro Civil, y que justifica a la postre la labor calificadora del encargado, a cuya vela se confía «la concordancia del Registro con la realidad» (art. 26 LRC), rechaza frontalmente (en el que hemos llamado supuesto-tipo) la inscripción de un *hecho* manifiestamente falso (la doble paternidad).

Frente a estos argumentos, que la RDGR, de 18 de febrero de 2009, fundamente la adecuación de la gestación por sustitución con el orden público internacional español en el principio de no discriminación, dada la admisión legal de adopción en favor de dos varones y de constancia registral de filiación natural en favor de dos mujeres, además de subvertir el planteamiento lógico de la cuestión, es de una simpleza aplastante. Olvida por completo que la filiación adoptiva y la natural se equiparan legalmente en cuanto a sus efectos, y no en sus respectivos títulos de constitución y determinación, necesariamente distintos por la diferencia objetiva que las separa y excluye la tacha de discriminación. Lo mismo cabe oponer a la alegada discriminación sexual, ligada al argumento de que la filiación natural «no se determina necesariamente por el hecho de la *vinculación genética*». El salto argumentativo (sin red) de la Dirección General es tal, que le conduce a la inconstitucionalidad de la negativa a la gestación por sustitución, sin ocurrírsele siquiera valorar lo discriminatorio que resulta este reconocimiento para quienes no pueden costearse el fácil recurso de salir al extranjero para burlar una ley imperativa española.

Finalmente, ha de advertirse que aunque el fundamento V de la RDGR, de 18 de febrero de 2009, enumere hasta siete los argumentos en favor de la adecuación al orden público, todos los demás justifican la inscripción en el interés superior del menor y la inexistencia de fraude de ley, que se diferencian de la cuestión del orden público y abordaremos por ello por separado.

VII. LA PRESENCIA DE FRAUDE DE LEY

La idea del fraude de ley se liga en la jurisprudencia del Tribunal Supremo al control de la competencia de las autoridades extranjeras, para enjuiciar si las partes han buscado de propósito una ley más conveniente a sus intereses. Bien desde esa perspectiva, bien desde la aplicación directa de los artículos 6.4 del Código Civil y 11.2 LOPJ, la existencia en el supuesto analizado de fraude de ley puede procurar también un argumento contrario a su reconocimiento en España.

Que en los supuestos descritos existe una decidida búsqueda por las partes del foro y la ley más favorable a sus intereses y una clara voluntad de eludir la aplicación de una ley prohibitiva española es más que indiscutible. La cuestión es si todo intento de escapar de dicha ley ha de considerarse ilegítimo y por ello indigno de protección. Para resolverla, el Derecho Internacional Privado responde con la idea de la «vinculación razonable» al ordenamiento que crea la situación, cuya existencia justificaría la existencia de «expectativas legítimas» a ser reconocida en otro ordenamiento, siempre a partir de la buena fe de las partes y la intensidad de los vínculos con el sistema extranjero bajo el que se adquirió el *status*⁶⁸. En los supuestos-tipo analizados, relativos a personas con nacionalidad y residencia habitual en España que se desplazan sin otro propósito a países que admiten esta técnica, no se aprecia ninguno de tales requisitos, al menos desvinculado del efecto buscado. Me explico: considerar que existe vinculación razonable porque la madre es extranjera y el hijo ha nacido allí es desenfocar el hecho de que tales circunstancias son un efecto de la causa, la prohibición de la ley española y su buscada elusión⁶⁹. Tampoco existían unas expectativas legítimas a su reconocimiento, entorpecido —como ha quedado expuesto— por la legislación y su interpretación jurisprudencial y registral, que ha debido forzar y alterar la Dirección General de los Registros para justificar sus decisiones. Antes bien, las partes asumen el riesgo⁷⁰ de no lograr finalmente la inscripción de los hijos como propios, resultado seguro en caso de haber nacido en España. De hecho, los autores y la doctrina de la Dirección General vinculan sospechosamente la negativa a la existencia de fraude de ley a la preeminencia del interés del menor, en evidente claudicación⁷¹.

De modo que la presencia en los supuestos descritos de fraude de ley se erige en motivo para rechazar los efectos pretendidos de las decisiones extranjeras. En estrecha relación con el control del orden público. Porque si la existencia de una conexión real y efectiva con el ordenamiento favorable a la gestación

⁶⁸ Véase la síntesis al respecto de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *loc. cit.*, págs. 363 y sigs., y la exposición de QUIÑONES ESCÁMEZ, *loc. cit.*, pág. 19.

⁶⁹ Así la aprecia la SAP de Valencia, de 23 de noviembre de 2011: «la conexión previa de los demandantes con el Estado de origen que ha dictado la decisión es inexistente, porque los dos son ciudadanos españoles que buscaron la jurisdicción extranjera mediante la suscripción de un contrato de gestación por sustitución que posibilitó a las autoridades de California determinar la filiación».

⁷⁰ En expresión empleada por la SJPI, núm. 15 Valencia, de 15 de septiembre de 2010.

⁷¹ La RDGR de 18 de febrero de 2009 (fundamento V) pasa de negar sin aducir fundamento alguno la existencia de *forum shopping* fraudulento a aducir la falta de cosa juzgada de la certificación registral californiana y el interés superior del menor, en un perfecto ejercicio de incongruencia jurídica. CARRASCOSA GONZÁLEZ se inclina por la negativa a aplicar el fraude de ley porque comporta un improcedente castigo a los menores por los actos de sus padres; vid. *loc. cit.*, pág. 494. Con mayor rigor, ÁLVAREZ GONZÁLEZ reconoce que en el caso tipo se aprecian los elementos del fraude de ley, aunque plantea si lo delicado de los intereses en juego puede justificar, pese a ello, el reconocimiento; vid. *loc. cit.*, pág. 363.

por sustitución desactiva el fraude de ley, también representa la posibilidad de aplicar el orden público atenuado, empleado ante situaciones que no representan una amenaza para los principios básicos de un ordenamiento por no incentivar la huida de ellos a los nacionales. De ahí que quienes se manifiestan favorables a la regulación de este contrato demanden, como uno de los elementos de imprescindible atención por el legislador, la fijación de límites como la residencia, para evitar que se eludan las prohibiciones nacionales con el fácil recurso al turismo o exilio reproductivo⁷². Por el contrario, la recepción de los efectos de la gestación por sustitución comporta directamente la admisión de la figura, por lo que no cabe ante ella el recurso al orden público atenuado, que presupone siempre lo contrario⁷³.

VIII. EL INTERÉS DE LOS MENORES

Como ha quedado expuesto, este principio termina por erigirse en el argumento determinante para recibir en el Registro español la filiación ex gestación por sustitución, excluyendo incluso la posibilidad de recurrir al argumento del orden público⁷⁴. El interés del menor se concreta en el derecho a ostentar una identidad única, que no resulte alterada al traspasar las fronteras del Estado en que se realizó el contrato, y a ser cuidado por los padres intencionales o de deseo, y dicho resultado se presenta como el único compatible con el artículo 3 de la Convención de la ONU, de 20 de noviembre de 1989, sobre los derechos del niño. En su apoyo, además, se cita la jurisprudencia presente en las SSTEDH de 2 de octubre de 2003 (Carlos García Avelló contra Bélgica) (TJCE 2003/314) y 14 de octubre de 2008 (caso Grunkin-Paul) (TJCE 2008/235). Esta argumentación aparece por primera vez en la RDGR de 18 de febrero de 2009⁷⁵ y se reproduce en todas las demás citadas.

⁷² Es la opción seguida, por ejemplo, en Grecia: vid. QUIÑONES ESCÁMEZ, *loc. cit.*, pág. 42, y FARNÓS AMORÓS, *Inscripción en España...*, cit., pág. 23.

⁷³ Así la SAP de Valencia, de 23 de noviembre de 2011: «en el caso presente, lo que se solicita es la inscripción en el Registro Civil de algo mucho más vinculado al contrato prohibido, como es la filiación a que da lugar, mientras que en el caso citado más arriba, se reconocen en España unos efectos considerablemente más alegados de la esencia de la institución prohibida». En el mismo sentido, DE VERDA Y BEAMONTE, quien advierte que la Instrucción trae consigo la recepción sustantiva de la institución misma de la gestación por sustitución, *loc. cit.*, pág. 8 versión *on line*.

⁷⁴ En este sentido, RDGR de 18 de febrero de 2009: «Y el interés superior del menor exige la continuidad espacial de la filiación y la coherencia internacional de la misma, así como un respeto ineludible del derecho a la identidad única de los menores que prevalece, en todo caso, sobre otras consideraciones». El mismo argumento puede verse, por todos, en CARRASCOSA GONZÁLEZ, *loc. cit.*, pág. 493.

⁷⁵ RDGR de 18 de febrero de 2009: «el interés superior del menor aconseja proceder a la inscripción en el Registro Civil español de la filiación que figura en el Registro extranjero

Sin embargo, esta argumentación es sumamente frágil y discutible, porque el interés superior del menor no necesariamente conduce al resultado pretendido como único. En primer lugar, el artículo 3 de la mencionada Convención exige a todos los poderes públicos tomar las decisiones que aseguren a los niños la protección y cuidado necesarios para su bienestar, considerando los derechos de todas las personas responsables de ellos. El artículo 7 recoge el derecho del niño a ser inscrito «inmediatamente después de su nacimiento», a tener un nombre «y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos», y el artículo 8 recoge el derecho del niño a que se preserve su identidad, nombre «y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas». No se deduce de tales preceptos una necesaria aceptación de la filiación surgida tras el convenio de gestación por sustitución, que sin dificultad puede presentarse como contraria al interés del niño, en cuanto le hurta el derecho a su propia identidad, a identificar y conocer a su madre y establecer con ella las relaciones correspondientes. La expresa referencia del Convenio al respeto de las relaciones familiares conforme a la ley conduce además a negar que el interés del hijo pueda fundar la vulneración de ésta, según advierten las dos sentencias que impugnaron la RDGR de 18 de febrero de 2009⁷⁶.

En realidad, resulta difícil compartir que el interés del menor sólo resulte protegido con la inscripción en el Registro Civil de una filiación contraria a la verdad biológica, y en la mayoría de los casos imposible conforme a ésta. Antes bien, en la jurisprudencia constitucional y ordinaria españolas se relaciona el interés del menor con la investigación de la paternidad, no sólo para establecer la relación de filiación conforme a la realidad biológica y a partir de ella atribuir el cuidado y protección del hijo, sino también para respetar su dignidad y su derecho a la identidad y al conocimiento de sus orígenes⁷⁷. Todo

y en la certificación registral extranjera a favor de dos mujeres o dos varones. (...) el interés superior de los menores (...) exige que estos queden al cuidado de los sujetos que han dado su consentimiento para ser padres, ya que ello constituye el ambiente que asegura al niño la protección y el cuidado que son necesarios para su bienestar».

⁷⁶ SAP de Valencia, de 23 de noviembre de 2011: «la satisfacción de dicho interés no puede conseguirse infringiendo la ley, máxime cuando la propia ley española ofrece cauces para la inscripción de la filiación de los menores a favor de los demandados».

⁷⁷ STC 7/1994, de 17 de enero: «la finalidad de la norma que permite la práctica de las pruebas biológicas no es otra que la defensa, en primer lugar, de los intereses del hijo (...), y destaca como primario el derecho del hijo a que se declare su filiación biológica»; STC 138/2005, de 26 de mayo: «debe posibilitar la investigación de la paternidad (art. 39.2 CE), mandato del constituyente que guarda íntima conexión con la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), tanto desde la perspectiva del derecho del hijo a conocer su identidad como desde la configuración de la paternidad como una proyección de la persona»; STS de 21 de septiembre de 1999: «El hijo biológico, además, pierde por completo el nexo que le permitiría, en su momento, conocer su verdadera filiación, debido a un acto voluntario de la madre, expresivo de su no asunción de la maternidad y sus responsabilidades inherentes».

ello, con fundamento en los mencionados preceptos del Convenio de la ONU, al decir de nuestros Tribunales.

En cuanto a las sentencias citadas del Tribunal de Estrasburgo, abordan el régimen de los apellidos en el ámbito de la Unión Europea, para considerar contrario al Convenio Europeo de Derechos Humanos que un Estado miembro no reconozca los apellidos de un niño, «tal y como ha sido determinado e inscrito en otro Estado miembro en el que ese niño nació y reside desde entonces, y quien al igual que sus padres sólo posee la nacionalidad del primer Estado miembro» (STEDH de 14 de octubre de 2008). Por su parte, la STEDH de 2 de octubre de 2003 condena a Bélgica por no permitir a los dos hijos, con doble nacionalidad española y belga, de un matrimonio compuesto por personas de ambas nacionalidades, ostentar los primeros apellidos de su padre y de su madre. De manera que no abordan la cuestión sustantiva de la determinación de la filiación, no controvertida, sino el tratamiento transnacional de uno de sus efectos, el régimen de atribución de los apellidos. Que en algunos países de la Unión Europea no necesariamente se vincula a la filiación: por ejemplo en Alemania, se permite a una persona otorgar a otra sus apellidos sin comportar efecto alguno sobre la filiación. Por lo demás, en ambas sentencias es el régimen del país cuya nacionalidad ostenta el menor el que vincula a otro Estado (del que puede o no ser nacional), pero no al contrario. Puede defenderse la existencia de una justificación objetiva y razonable para que no sea el país ajeno al interesado el determinante del régimen aplicable. Máxime en el supuesto abordado en este trabajo, donde media una norma imperativa en el país cuya nacionalidad ostenta el menor. Por todo ello, entiendo que no cabe deducir de tales sentencias, por sus reducidos ámbito y supuesto, un derecho a ostentar una filiación única en dos Estados distintos, que comporte la vinculación del país cuya nacionalidad ostenta el menor a decisiones contrarias a su ordenamiento.

Así pues, el interés superior del menor y el respeto a la legalidad española no se encuentran enfrentados. Como apuntaba la sentencia de la Audiencia de Valencia, y de modo semejante a lo advertido por la Corte de casación francesa, no inscribir la filiación de los menores en favor de los comitentes en absoluto conduce a sustraerlos de su cuidado, ni a entender que deban quedar bajo la tutela de una entidad pública. Simplemente, habría que proceder a la inscripción de la filiación conforme a las normas del Derecho español, que no permiten eludir la maternidad de la madre gestante, demostrada por los partes médicos y las declaraciones concurrentes. En tal supuesto, el artículo 10.3 LTRHA conduce a la imposibilidad de un reconocimiento paterno, y al necesario ejercicio de la acción de reclamación de la paternidad por el aportante de los gametos masculinos o por el Ministerio Fiscal. Determinada la filiación del menor por ambas vías, paterna y materna, conforme al principio de verdad biológica, el otro miembro del matrimonio, masculino o femenino, podría solicitar su adopción sin necesidad de intervención administrativa, sólo bajo el imprescindible

control judicial del interés del adoptando. La dilación de los trámites, no implicando como ya he dicho 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.

VIII. CONCLUSIÓN

El reconocimiento de efectos a contratos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero se está alcanzando en nuestro país desde argumentos de Derecho internacional privado presentados como insoslayables. Lo cual es manifiestamente incierto, porque los datos legales vigentes interpretados conforme a la jurisprudencia y la doctrina registral habitual, ofrecen argumentos contra la posibilidad de dicho reconocimiento. También la aún no vigente Ley 20/2011, del nuevo Registro Civil, aporta datos legales que ratifican la anterior afirmación. Corroborada también por el necesario control del orden público, última frontera opuesta por el ordenamiento para la defensa de su coherencia.

Tampoco el principio favorable al preeminente interés del menor conduce inexorablemente a tal recepción, porque es posible encontrar soluciones más respetuosas con él y coherentes además con nuestro ordenamiento.

De hecho, el reconocimiento de efectos a tales contratos está provocando en nuestro país la derogación ocasional de una norma imperativa corolario de todo el sistema de filiación por naturaleza, el artículo 10 LTRHA. Ello es tanto como legislar, si bien por la rancia vía de los privilegios, porque sólo puede acogerse a tal anómala situación quien puede pagársela. De esta forma se está propiciando una reforma legislativa favorable a la gestación por sustitución, que nace ya con algunos presupuestos amañados. La entidad de la reforma legal en dicho sentido es tal, que debe venir acompañada de un debate social serio y riguroso. En él, entre otras cuestiones, debe valorarse la conveniencia social de introducir una institución jurídica que sólo comparte con la filiación sus efectos, pero no sus presupuestos. Si la filiación natural se basa en la relación biológica y la adoptiva imita a ésta, sustituyendo el vínculo de sangre por un acto constitutivo con control e intervención pública, la admisión de la gestación por sustitución termina conduciendo a unas relaciones parentales basadas en la mera voluntad, que por imperativos lógicos y técnicos deberían separarse de esas otras dos figuras. Y ello por lo que a la aproximación técnica se refiere, secundaria y posterior a la filosófica, que requiere plantearse la adecuación de dicha opción con los requerimientos ontológicos de la persona humana.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: «Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo X, 2010, págs. 339-377.
- ALBERT MÁRQUEZ, M.: «Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil», en *Diario La Ley*, núm. 7863, 22 de mayo de 2012.
- BARBER CÁRCAMO, R.: «Comentario al artículo 139», en *Código Civil comentado*, dir.: CAÑIZARES LASO, A.; DE PABLO CONTRERAS, P.; ORDUÑA MORENO, J., y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., vol. I, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2011, págs. 707-713.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Hijos made in California», en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3. 2009, BIB 2009/865.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: «La filiación en el Derecho Internacional Privado», en *Tratado de Derecho de la Familia*, dir.: YZQUIERDO TOLSADA, M., y CUENA CASAS, M., vol. VI, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2011, págs. 459-507.
- CIPPITANI, R.: «Principi e metodo nella revisione della normativa francese relativa alla bioetica», en *Diritto di famiglia e delle persone*, 2012, vol. 41, núm. 4, págs. 1836-1865.
- DE LA IGLESIA MONGE, M. I.: «Actualidad de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico. Inscripción de los hijos nacidos en el extranjero mediante dicha técnica», en *RCDI*, núm. 725, págs. 1611-1797.
- DE MIGUEL ASENSIO, P. A.: *Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria*, Madrid, Eurolex, 1997.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: «Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)», en *Diario La Ley*, núm. 7501, 3 de noviembre de 2010.
- DÍAZ ROMERO, M. R.: «La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico», en *Diario La Ley*, núm. 7527, 14 de diciembre de 2010.
- ESPINAR VICENTE, J. M.: «Algunas reflexiones sobre la nueva Ley del Registro Civil», en *Diario La Ley*, núm. 7771, 9 de enero de 2012.
- FARNÓS AMORÓS, E.: «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California», en *InDret*, 1/2010 (versión *on line*).
- «European Society of Human Reproduction and Embryology 26th Annual Meeting», en *InDret* 3/2010.
- FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A. S.: «Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, octubre de 2011, págs. 127-146.
- FERRER VANRELL, M. P.: «Comentario al artículo 10», en *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, dir.: LLEDÓ YAGÜE, F., Madrid, Dykinson, 2007, págs. 159-166.
- HIERRO HIERRO, J.: «Gestación por sustitución y prestación de maternidad», en *Aranzadi Social*, núm. 6.2012 (BIB 2012/2899).
- HUALDE MANSO, T.: «De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada», en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10/2012, BIB 2012/132.

- LARA AGUADO, A.: «Comentario al artículo 98», en *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, dir.: COBACHO GÓMEZ, J. A., y LECIÑENA IBARRA, A., Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, págs. 1347-1362.
- MARCHAL ESCALONA, N.: «Comentario al artículo 96», en *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, dir.: COBACHO GÓMEZ, J. A. y LECIÑENA IBARRA, A., Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, págs. 1311-1329.
- MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A.: «Registro de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y su articulación en el régimen de reconocimiento de resoluciones judiciales en el Derecho Internacional español», *RCDI*, núm. 731, págs. 1363-1391.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1984.
- PÉREZ MONGE, M.: *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2002.
- «Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación *versus* realidad», en *RDP*, julio-agosto de 2010, págs. 41-64.
- QUINONES ESCÁMEZ, A.: «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGR de 18 de febrero de 2009», en *Indret*, 3/2009.
- RUIZ SUTIL, C.: «Comentario al artículo 97», en *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, dir.: COBACHO GÓMEZ, J. A. y LECIÑENA IBARRA, A., Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, págs. 1331-1346.
- SALAS CARCELLER, A.: «El Registro Civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10/2011, BIB 2012/2946.
- SELMA PENALVA, A.: «Vientres de alquiler y prestación por maternidad», en *Aranzadi Social*, enero de 2013, núm. 9, págs. 223-244.
- VELA SÁNCHEZ, A. J.: «La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler», en *Diario La Ley*, núm. 7608, 11 de abril de 2011.
- «La gestación por encargo desde el análisis económico del derecho. Medidas anticrisis desde el Derecho de Familia», en *Diario La Ley*, núm. 8055, 4 de abril de 2013.

RESUMEN

DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN. INSCRIPCIÓN. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. RECONOCIMIENTO DE FILIACIÓN EXTRANJERA

Aunque la gestación por sustitución o maternidad subrogada es un recurso de reproducción asistida no admitido en nuestro país, en el Registro Civil español se está inscribiendo a los hijos de españoles nacidos en el extranjero mediante tal técnica. De este modo, se contrarían por vía administrativa las leyes civiles sobre determinación de la filiación, confirmando

ABSTRACT

DETERMINATION OF FILIIATION. REGISTRATION. SURROGATE MOTHERHOOD. ACKNOWLEDGEMENT OF FOREIGN FILIIATION

Although the assisted reproductive resource of surrogate motherhood is outlawed in Spain, the Spanish Civil Registry is registering the children of Spanish citizens born abroad from surrogate mothers. Administrative channels are thus flouting civil laws on the determination of filiation, endowing obviously false statements with

la fuerza legitimadora del Registro a hechos manifiestamente falsos. La provisionalidad de la situación, claudicante frente a las sentencias de los Tribunales Civiles, no resta importancia a su radical incoherencia con principios básicos del ordenamiento, que demandan su adecuación con la legalidad vigente. A través del análisis crítico de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de las sentencias que han abordado la gestación por sustitución, a la luz de la legislación y la doctrina que la interpreta, este análisis sugiere vías para resolver la indeseable situación creada.

the legitimating force of registration. The temporary nature of the situation, yielding as it does to civil court judgments, does not make its radical inconsistency with basic principles of Spanish legislation any less important. Those basic principles demand that the situation be brought into line with the law. In this paper a number of decisions by the Directorate-General of Registries and court judgments on surrogate motherhood are subjected to critical analysis in the light of law and interpretative legal doctrine, and some ways of settling this undesirable situation are suggested.

(Trabajo recibido el 14-5-2013 y aceptado para su publicación el 31-7-2013)

Actualidad de los cuasi contratos. Revitalización del artículo 1891 del Código Civil para la tutela de los consumidores-inversores en el sector financiero (Un estudio necesario en tiempos de crisis)

por

FRANCISCO DE LA TORRE OLID
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Católica de Murcia

SUMARIO

- I. UN ESCENARIO DE CRISIS FINANCIERA Y DE VALORES.
- II. EL ARTÍCULO 1891 COMO FUNDAMENTO DE LA DIRECTIVA MiFID Y DE UN DERECHO DE DESARROLLO:
 1. EL MARCO CONSTITUCIONAL.
 2. EL ENCUADRAMIENTO EN EL TEXTO CODIFICADO.
 3. EL PRECEPTO COMO NORMA AUTÓNOMA.
 4. EL PRECEPTO COMO FUENTE DE OBLIGACIONES E INTERRELACIÓN CON OTRAS FUENTES.
- III. ANÁLISIS DESCRIPTIVO DEL PRECEPTO.
- IV. CUESTIONES CLAVE PARA UNA REVITALIZACIÓN Y TRATAMIENTO DE ACTUALIDAD DE ESTA NORMA.
- V. CONCLUSIONES.
- VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. UN ESCENARIO DE CRISIS FINANCIERA Y DE VALORES

La actual situación de crisis económica suele explicarse, sobre todo, por una etiología de carácter financiero¹. Por este motivo es entendible que se ofrezcan en primer término soluciones políticas antes que jurídicas, aunque éstas han de suceder a aquéllas para servir a la proclamación inaugural de nuestra Carta Magna que declara la constitución de un Estado de Derecho² y Social³.

Se afronta, en consecuencia, una crisis eminentemente financiera y por ello se asiste a nuevas prácticas como, por ejemplo, someter a los bancos a test de salud y al análisis de su solvencia, a través de las agencias de calificación⁴; socorrer desde el erario público a unas instituciones bancarias por falta de liquidez o por soportar unos activos tóxicos... creando entonces el denominado «banco malo»⁵; nacionalizar cajas de ahorro, instar a las entidades financieras

¹ El Preámbulo del Real Decreto-ley 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito declara que esta crisis económica, efectivamente, se manifiesta como una crisis financiera que afecta de manera principal a las entidades bancarias (www.boe.es 31 de agosto de 2012).

Esta novedad legislativa también se preocupa de dar reglas de prevención en la comercialización de «las preferentes» para proteger al inversor, en línea con las tesis mantenidas en el presente trabajo.

² El artículo 1.º de la Constitución configura el Estado español como un Estado de Derecho, validando de este modo la relación de fuentes según el orden de prelación del artículo 1 del Código Civil, como también se explica esta proclamación constitucional en el desarrollo coherente que el Ordenamiento hace, desde el propio texto constitucional y, en concreto, en los puntos 1 y 3 del artículo 9 CE.

³ Y así se explica que, sensible con el referente social, el Ejecutivo publique sendos Reales Decretos Leyes: el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, que establece la espera de dos años para suspender pagos en los préstamos con garantía hipotecaria para familias en riesgo de exclusión social y con circunstancias concretas de especial dificultad económica, como son que la cuota exceda el 50 por 100 de sus ingresos y que solo tengan esa vivienda; y el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (www.boe.es de 10 de marzo de 2012) que vino a establecer la opción o alternativa de la dación en pago para servir de abono de la deuda en créditos con garantía hipotecaria, fijando requisitos para acogerse a esta medida.

⁴ Ley 5/2011, de 16 de junio, por la que se modifican determinadas normas financieras para la aplicación del Reglamento (CE) núm. 1060/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, sobre agencias de calificación crediticia (www.boe.es de 17 de junio de 2011).

⁵ Un banco malo es aquella entidad o institución financiera que se encarga de transferir los activos tóxicos de las entidades bancarias, donde se incluyen aquellos fondos de inversiones de pésimas condiciones y que se crearon a partir de hipotecas o créditos a personas con poca solvencia económica, a un Organismo Público que se encargaría de liquidar los pagos. En pocas palabras, el Estado compra aquellos créditos con alta probabilidad de resultar poco rentables para el banco, y lo hace a un precio que estaría entre el valor del mercado y el valor contable del activo, es decir, el Estado se haría cargo de una parte de la minusvaloración del crédito. Finalmente, estos activos al venderse causarían pérdidas,

a la fusión bancaria... Y, sobre todo, se desemboca en un repunte de la litigiosidad derivada de la ejecución de hipotecas, lo que provoca los consiguientes lanzamientos⁶ y la venta masiva de productos nuevos (precisamente en esa búsqueda de liquidez que las entidades financieras han tenido que desplegar para no depender de ayudas públicas ni soportar la carga de inmuebles que la ejecución hipotecaria les acaba fatalmente provocando, en una realización de valor sin mercado que demande ese capital inmobiliario). También, en esta misma política y actividad de las entidades bancarias, se ha generalizado la comercialización de productos extraños o, cuando menos, complejos, como «las preferentes»⁷ o los swaps, con vinculaciones perpetuas, asunción de alto

una cifra que dependería de la gestión de este tipo de bancos. Como podéis imaginar, los principales afectados son los contribuyentes y es que estos serían los encargados de pagar parte de las pérdidas debido a la mala gestión bancaria. De esta manera, los ciudadanos muestran su rechazo aunque es conveniente destacar que el principal objetivo de este tipo de bancos es el de proteger el sector bancario y de esta manera, reactivar la situación económica actual de España. Y, respecto a la misión de este tipo de bancos que, y como hemos adelantado anteriormente, no es más que mejorar la situación económica ya que, en caso de que los bancos se libren de todas aquellos créditos tóxicos dispondrían de liquidez que, a su vez, la invertirían en nuevos créditos a personas solventes, especialmente empresarios, y de esta manera se conseguiría potenciar las empresas con el consiguiente posible descenso del paro, uno de los problemas más importantes actuales de España. www.bancomalo.es

⁶ Con fecha de 12 de febrero de 2013 se ha aprobado la tramitación de la iniciativa legislativa popular para ampliar el ámbito de protección de la dación en pago, de la suspensión de desahucios y del fomento del alquiler social. Iniciativa que, en fase de elaboración, por enmiendas y alegaciones podrá informar el ya existente Proyecto de Ley de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios (procedente del Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre), presentado el 29-11-2012 y calificado el 4-12-2012. www.congreso.es.

Con la publicación de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de marzo de 2013, se abunda en los argumentos que van a informar el contenido de esta nueva Ley, facultando a la Autoridad Judicial para realizar un control de las cláusulas abusivas y suspender, en el ínterin o cautelarmente, el procedimiento de ejecución y el desahucio. www.curia.europa.eu.

⁷ Fue a partir de 2008, y especialmente durante el 2009 y 2010, cuando los bancos, ante la necesidad de liquidez, comenzaron a comercializar masivamente las participaciones preferentes, procediendo —en la mayoría de los casos— a realizar agresivas campañas comerciales para captar los fondos de pequeños ahorradores y jubilados, con la finalidad de aumentar los fondos propios.

Las participaciones preferentes son un producto financiero complejo. Se trata de valores emitidos por las entidades financieras, a perpetuidad; esto es, sin vencimiento, pero que, a diferencia de las acciones, no dan derecho a su titular a participar en el capital de la sociedad ni derecho a voto.

Estas participaciones preferentes dan derecho a sus titulares a una rentabilidad anual. Sin embargo, a diferencia de los bonos —dado que no tienen vencimiento—, no dan derecho a la recuperación de capital, que tiene que ser vendido en el mercado. Esto determina su baja liquidez, así como su alto riesgo, debido a que la pérdida de valor de la entidad financiera emisora afecta al importe invertido. De esta manera se puede incluso perder la totalidad de la inversión en caso de que el banco se declare en quiebra.

riesgo, y desproporción entre lo invertido y la falta de beneficio y, a mayor onerosidad sobrevenida, con pérdida en numerosas ocasiones de todos los ahorros y un empobrecimiento ruinoso para la economía de los particulares⁸. Todo ello justifica una revisión del Derecho, sabiendo que existen fórmulas que surgen con carácter puramente coyuntural, como las daciones en pago⁹, o las suspensiones de desahucios¹⁰... Sin embargo, es evidente que se precisan soluciones y/o reformas más globales e integrales —así respecto a la regulación de la ejecución hipotecaria¹¹—. De partida, se exige una revisión crítica capaz de reconocer posibles fallos jurídicos y que permita comprobar si, antes que generar un nuevo Derecho, el esfuerzo se ha de encaminar en impulsar, actualizar o reactivar el Derecho ya existente.

Desde el año 2011, los inversores que apostaron por este producto han visto como el mercado en el que cotizan los valores (en el que se venden y compran las participaciones preferentes) carece totalmente de demanda, de forma que no pueden dar liquidez al producto y recuperar el importe de la inversión realizada. En consecuencia, las «preferentes» se han convertido en un producto tóxico. Sobre esta cuestión consultar el artículo de J. M.^a PEIRA, de 9 de febrero de 2013, titulado *Mala praxis bancaria: las participaciones preferentes*. www.diariojuridico.com

⁸ Entre las prácticas que colisionan frontalmente con los principios y valores de la Responsabilidad Social Corporativa se encuentran aquellas que fomentan el sobreendeudamiento, «practica cada vez más generalizada la de promover un mayor consumo a crédito a través de nuevos productos financieros como las tarjetas de crédito o los préstamos de reducido coste y alto interés, generando de este modo un aumento del endeudamiento muchas veces en segmentos vulnerables como los jóvenes o personas excluidas del circuito general de créditos». CASTRO COTÓN, M., y ROMERO CASTRO, N., «Responsabilidad Social en el Sector Financiero. Situación en España», capítulo de la Monografía asociada titulada *Empresa responsable y crecimiento sostenible: aspectos conceptuales, societarios y financieros*, en *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, núm. 38, 2012, pág. 220.

⁹ A propósito del impulso que recibe esta figura de cumplimiento de las obligaciones para saldar la deuda, conviene consultar el trabajo «*Datio in solutum*: problemática jurídica e incidencia en el sistema bancario español». DE LA TORRE OLID, F. y DEL OLMO VELA, G., en *Revista Derecho & Empresa*, núm. 1, Aranzadi, 2012, págs. 13 y sigs.

¹⁰ Reales Decretos Leyes citados de 9 de marzo y de 15 de noviembre de 2012.

¹¹ «Humanizar la Ley Hipotecaria», es el titular de la *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, AJA, de 22 de noviembre de 2012, núm. 853; y, en la misma publicación, siguiendo las opiniones de Magistrados de referencia como F. J. SOSPEDRA NAVAS o E. RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, se mantiene la necesaria reforma de la ejecución hipotecaria, destacando el Servicio de Mediación Hipotecaria que, desde mayo de 2012 viene funcionando en la Comunidad Autónoma de Euskadi como buen referente para una solución extrajudicial dotada de eficacia y equidad. De igual modo ambos Magistrados citan el dictamen no vinculante suscrito por la Abogada General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Juliane Kokott, en el seno del proceso instado por la denuncia de un cliente de préstamo hipotecario de Catalunya Caixa que, tras sufrir el lanzamiento de su vivienda, busca que se declare nulo el contrato y, por ende, el procedimiento. En dicho dictamen se afirma que la normativa procesal española referente a desahucios no permite ejercer los derechos garantizados al consumidor en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores.

Así, es llamativa la ausencia de un mayor celo en el control de las condiciones generales de contratación¹² por parte de los correspondientes operadores¹³, e incluso, yendo más allá, cabe pensar si moralmente cabría haber evitado y prohibido tal nivel de sobreendeudamiento. Además, en la particular contratación entre usuarios y gestores de fondos, merece detenerse en la solución contenida en el Código Civil, incluso para reconocer que en la condición de gestor se ha situado con frecuencia al sujeto público o al ente financiero intervenido por controladores públicos. Esto explicará también que el artículo 1891 del Código Civil disponga y haga responsable al gestor que, al amparo de un marco legal generoso, ha recibido el reconocimiento de una profesionalidad de la que carece —ya que tal profesionalización era, en realidad, más de carácter meramente político que no de operador del mercado financiero—; como también se explica que, en el mismo precepto y en cualquier caso, se le exija al profesional (que realmente responda al perfil de agente cualificado en la gestión de fondos o productos financieros) una mayor responsabilidad según la diligencia cualificada correspondiente a su *lex artis*. En ambos casos, bien debido a que al gestor se le ha elevado a un rango para el que carece de pericia o bien porque éste ha servido a una política financiera de comercialización abusiva o de especulación arriesgada para la búsqueda pronta de liquidez. Entonces, al gestor por verdadera negligencia o por la persecución de beneficio incluso pensando en que le aprovechara antes o le beneficiase también al comitente o titular de los valores, fondos o inversiones, se le puede exigir en buena lógica y de manera ejemplar una responsabilidad por todo daño, aunque la pérdida en la gestión traiga causa en el caso fortuito.

De los varios perfiles de gestor diferenciados cabe clarificar que el primero corresponde al profesional del mercado financiero y que por reconocerlo sujeto a una *lex artis*, es lógico que soporte un plus de responsabilidad frente al consumidor o usuario; en el caso del segundo, el gestor politizado y desprofesionalizado, advertir que no se trata de una figura nueva en el debate y reconocimiento de la realidad, sino que, de un lado ha marcado y explicado un proceso de reestructuración bancaria, fundamentalmente en la necesaria

¹² Tal como ha sido corroborado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencia C-415/11 Mohamed Aziz/Catalunyacaixa) que faculta al órgano jurisdiccional nacional para comprobar si la cláusula de intereses de demora incluida en el contrato, la relativa al vencimiento anticipado y la que permite la liquidación unilateral de la deuda impagada son abusivas. Luxemburgo, 14 de marzo de 2013. www.curia.europa.eu

¹³ En *El Economista Iuris & Lex* se recoge el «Debate Legal» entre Vicente GUILARTE, Luis DEL POZO, Almudena DEL RÍO y Rafael SANZ COMPANY a partir de la sentencia de la AP de Navarra de febrero de 2011 que genera una equivocada condescendencia de las Administraciones, en particular de la Dirección General del Registro y del Notariado en su reconocimiento de la buena fe de los contratantes, cuando los Tribunales están dando la razón al necesario control preventivo de las cláusulas.

transformación de las Cajas de Ahorros¹⁴, siendo cierto que, de otro lado, ha operado en el mercado contribuyendo a esa problemática que hoy, con cierta virulencia, se manifiesta con la despatrimonialización de gran número de economías domésticas.

Constatado ese preocupante escenario económico-financiero que se dibuja en la actualidad, sería un deber asumir una responsabilidad social y, por ende, un compromiso y empeño por exigir, desde la reflexión científica, que el Derecho sea justo y eficaz, que exista un mayor compromiso con la ética y la escrupulosa observancia del rigor en la depuración de los requisitos del contrato. A ello contribuirían el garantizar el *consentimiento informado*¹⁵ o, desde el presupuesto y exigencia de la transparencia, conseguir que el ahorrador o pequeño inversor que deposita sus fondos en la gestión de un banco o entidad financiera, al decidir sobre esta operación, sea instruido de forma adecuada y suficiente para poder asumir los riesgos, impidiendo que se sumerja en una contratación compleja en la que las pérdidas no son siquiera sospechadas.

Por demás, en estos apuntes introductorios, es oportuno sugerir la reflexión para la recuperación de unos valores ya que, tanto acucia una crisis económica como se pone de manifiesto que, junto a ella, se asiste a una carencia de estos. Seguramente debido a que se ha jugado con un sobreendeudamiento¹⁶, que se explicaría incluso por las reglas que rigen el libre mercado o por una errónea consideración de la libertad individual ya que una expresión de la misma es la

¹⁴ «Los partidos políticos dominantes se apresuran a situar hombres de su confianza... por el criterio de la confianza política... Por otra parte, está todo el amplio mundo de los organismos públicos, en particular de los exentos del régimen jurídico-público, como las empresas públicas o semipúblicas, Cajas de Ahorros, etc.». GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, Jueces y control de la Administración*, Civitas, 2000, pág. 80.

¹⁵ Este instituto del *consentimiento informado* se desarrollará en extenso más adelante, con ocasión de sobresalir del contexto del mercado financiero, para situarlo en la relación sanitaria cuya ordenación lo positiviza y conceptúa. En efecto, en el escenario financiero se habla con más frecuencia de *transparencia* que busca en el consumidor la garantía del conocimiento sobre el alcance y riesgos de las operaciones en la que se vea inmerso, «permitir al consumidor seleccionar con conocimiento de causa entre las distintas ofertas que se le presenten en el mercado con ocasión de una contratación crediticia». ÁLVAREZ VEGA, M.^a I., *La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*, Civitas-Thomson Reuters, 2010, pág. 310.

¹⁶ Este autor, sensible y alertado con el problema del sobreendeudamiento, escribió un artículo de opinión titulado «La familia, una realidad endeudada», publicado por la Agencia de Noticias Véritas, 11-1-2005. www.agenciaveritas.com (reflexión recogida, a su vez, en el Foro Santo Tomás Moro).

El análisis se hacía necesario desde los rotundos Informes con los que, con fijación en este dato, el Gobernador del Banco de España venía cerrando los ejercicios anteriores. Estudio también nacido desde la preocupación por la precariedad reconocida en los dos pilares en los que descansaba la solvencia de la economía doméstica: el valor de tasación de la vivienda inflacionado y una subida salarial, puntales ruinosos en cuanto terminara «la burbuja» inmobiliaria o a poco que se generalizara la congelación de los sueldos o se desencadenara una creciente tasa de desempleo.

opción de sumergirse en aventuras económicas de un desproporcionado coste, cuando el Derecho ha velado siempre por la *integridad patrimonial de la persona*, evitando su empobrecimiento extremo (promoviendo la prodigalidad del que dilapida —cfr. art. 286 CC—, nombrando el representante del que por ser declarado ausente merece un mantenimiento y protección de sus negocios —cfr. art. 185 CC—, prohibiendo también donar sin reservar lo necesario para vivir con arreglo a las circunstancias de cada cual —cfr. art. 634 CC¹⁷— medidas todas ellas codificadas y validadas con un referente constitucional que, de igual manera, apuesta por la autonomía patrimonial, confía a la capacidad económica del ciudadano la contribución al gasto público, explica la tributación según una progresividad que depende de la solvencia del contribuyente y, en fin, proclama el derecho al trabajo para garantizar esos recursos económicos —cfr. arts. 31, 33, 35 CE—).

Desde esa evitación del empobrecimiento por falta de recursos económicos o pérdida de los mismos, se puede legislar además limitando un endeudamiento que posiblemente se traduzca en una ruina por despatrimonialización a causa de los costes financieros o riesgos del mercado especulativo.

Las medidas legales están legitimadas para atender, efectivamente, la cuestión social, la protección de la persona, abstracción hecha de su dimensión patrimonial, por lo que se puede hablar y así seguir interpretando y legislando, de un Derecho Patrimonial que, de alguna manera, se ha de entender superado en esta acepción tradicional, para necesariamente hablar hoy del *Derecho Patrimonial Social*. Y ello sin forzar una redefinición artificial del Derecho Económico, ya que se trata solo de ser coherentes con un marco constitucional que sitúa los fundamentos o pilares del Sistema Jurídico en un cuadro de derechos fundamentales (*ex* arts. 10 y 15 a 29 CE) y que subordina toda la riqueza al rendimiento e interés general (*ex* arts. 33,2 y 128 CE¹⁸). Con lo cual la dignidad de la persona, extendida también a la evitación de su ruina económica, y la ordenación de un tráfico financiero que no se divorcie del referente social, constituyen avales inspiradores del criterio de justicia que late en el presente estudio.

La fuerza y justicia de un Código Civil preconstitucional merece releer y actualizar preceptos tales como el recogido en el artículo 1891, que va a centrar

También y con más autorizada voz, se da cita al Prólogo firmado por J. TOMILLO URBINA, en la obra de ÁLVAREZ VEGA, M.^a I., *La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*, Civitas-Thomson Reuters, 2010, pág. 25.

¹⁷ Incluso entendiendo que, según el artículo 643 del Código Civil, existe fraude de acreedores si no se respeta ese límite legal de fijar una reserva patrimonial.

¹⁸ El escenario liberal de la economía de mercado (art. 38 CE) explica el reconocimiento del derecho a la propiedad privada pero delimitando el contenido de este derecho para garantizar siempre su rentabilidad social; como también la Carta Magna proclama que toda la riqueza del país (o bienes susceptibles de apropiación y de valor y rendimiento económico por su escasez y necesidad en el mercado que lo tasa y lo demanda) sea cual fuere su titularidad pública o privada, se ha de subordinar al interés general.

este trabajo y cuya literalidad se ha mantenido desde la primera edición¹⁹. Al destacar la vitalidad de la solución decimonónica que contiene este precepto, no se aboga sino por la actualidad del mismo y, en general, del texto legal nuclear del Ordenamiento Jurídico²⁰.

El Código Civil constituye un texto legal principal y es referente en la preservación del argumento de justicia que busca la garantía de la integridad patrimonial de la persona, regla validada en nuestro Ordenamiento general en cuanto informadora de la Carta Magna y, desde ésta, se entiende impulsada la solución articulada en preceptos tales como el artículo 1891 del Código Civil, con la exigencia de responsabilidad civil al gestor que, incluso desde su actuación lícita, provoca ese quebranto económico, obligándole la Ley a compensar y reparar ese daño. Con ello, nuestro Código se decanta en este precepto por la imputación y exigencia de la responsabilidad civil directa e individualizada, antes que por la socialización de los costes derivados de pérdidas en la gestión de fondos (fórmula ésta por la que opta la reciente decisión gubernamental de exigir una dotación extraordinaria en el Fondo de Garantía de Depósitos para reparar los daños a particulares adquirentes de «preferentes» —acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de marzo de 2013—²¹).

¹⁹ Expresión coherente que desarrolla la recogida en la Ley de Bases, concretamente en su Base 21, según la cual: «se mantendrá el concepto de los cuasi contratos, determinando las responsabilidades que puedan surgir de los distintos hechos voluntarios que les dan causa, conforme a los altos principios de justicia en que descansaba la doctrina del antiguo derecho, unánimemente seguido por los modernos Códigos, y se fijarán los efectos de la culpa y negligencia, que no constituyan delito ni falta, aun respecto de aquellos bajo cuyo cuidado o dependencia estuvieren los culpables o negligentes, siempre que sobrevenga perjuicio a tercera persona». Ley de Bases, de 11 de mayo de 1888, por la que se autoriza al Gobierno a publicar un Código Civil, con arreglo a las condiciones y bases establecidas en la misma.

²⁰ Por ello goza de todo el reconocimiento y autoridad la doctrina que continúa valorando algunas características centrales que presidieron la codificación y entre las que se pueden destacar, a propósito de este trabajo, la utilización de fórmulas concisas y lapidarias o la clara y sencilla fijación de las normas jurídicas. Díez-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Tecnos, 2012, pág. 34.

²¹ A fin de reforzar el patrimonio del Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito, la aportación anual prevista por el artículo 3 del Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre Fondos de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito, a realizar por las entidades adheridas sobre los depósitos a 31 de diciembre de 2012, se incrementará excepcionalmente, y por una sola vez, en un 3 por mil adicional. Real Decreto-ley 6/2013, de 22 de marzo, de protección a los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero. www.boe.es de 23 de marzo.

II. EL ARTÍCULO 1891 COMO FUNDAMENTO DE LA DIRECTIVA MIFID Y DE UN DERECHO DE DESARROLLO

1. EL MARCO CONSTITUCIONAL

El referente constitucional es el primer argumento y solución de Derecho que, tras preocuparse de la integridad patrimonial de la persona y procurar que esa dimensión económica se garantice antes de considerar al individuo sumergido en el mercado, consolida una protección necesaria de los consumidores y usuarios y contempla las medidas de sobretutela como garantía de la igualdad real. Con ese fin la Carta Magna ordena el desarrollo de un Derecho de Consumo, desde esa inquietud inspiradora de tutela y garantía que proclama el artículo 51 CE.

La sistemática desarrollada en este epígrafe parte, efectivamente, del texto constitucional puesto que en su articulado es posible reconocer la primera motivación del precepto que nos ocupa, el artículo 1891 del Código Civil. Ello explica la actualidad de una solución de justicia decimonónica, como la contenida en este precepto, que no se terminaría de entender sin su integración en el tratamiento completo de la categoría que lo acoge, los cuasi contratos y su régimen codificado (arts. 1887 a 1901 CC). Ciertamente es que la especialidad de la disposición legal analizada también precisará abordar, en un apartado separado, su posible consideración autónoma, sobre todo porque presenta notas ejemplares de sensibilidad social y justicia material que sirven a las exigencias del Derecho postconstitucional.

Como se ha indicado líneas atrás, el Derecho de Consumo posee un referente constitucional (no aislado en el ámbito nacional sino encuadrado en un entorno supranacional comunitario), que explica, a su vez, la proliferación de normas generales como la Ley de Consumidores y la Ley de Condiciones Generales de Contratación²²; así como la existencia de unas normas especiales que, por razón de la materia, también han merecido un tratamiento separado y particular, más allá de esa normativa general, es el caso de la Ley de contratos de crédito al consumo²³. A todas ellas hay que exigirles y en ellas se han de reconocer, lógicamente, unos contenidos acordes con el Derecho de la Unión Europea. En el ordenamiento comunitario destaca la Directiva 2004/39/CE, del Parlamento y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los Mercados de Instrumentos Financieros, conocida por sus siglas MiFID (*Markets in Financial Instruments*

²² En ambos casos se trata de Leyes Generales, la primera contenida en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias; y la segunda dada por Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

²³ Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (www.boe.es de 25 de junio de 2011).

Directive)²⁴ que fija, entre sus contenidos, además de un tratamiento unificado, la protección a los inversores aspirando a establecer un régimen regulatorio común en los servicios financieros de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados del área económica europea.

La necesidad, que ahora se atiende y añade con este trabajo, es postular la fuerza de ciertas soluciones jurídicas que, además de gozar de una tradición, encuentran su razón más allá de su mantenimiento por el mero paso del tiempo. En este trabajo se defiende la virtualidad de preceptos como el 1891 del Código Civil, por el argumento de justicia que ofrece, puesto que se trata de ensalzar y confiar en preceptos consolidados, extrayendo su plena significación y eficacia jurídica, antes que innovar a costa de la coherencia y unidad del Sistema.

En efecto, en el artículo 1891 del Código Civil se puede reconocer un ejemplo de *protección a ultranza*, en particular la merecida por los inversores minoristas y *ahorradores domésticos*. Estamos pues ante una importante expresión de la justicia material, situada por encima incluso de la más frecuente justicia civil que es meramente formal. Sabiendo de la razón o argumento de justicia que se proclama en este precepto, este estudio pretende profundizar en su significación y desplegar su mayor eficacia jurídica. Así, con la creciente protección de la parte débil contratante, se busca sumar y estimular la correlativa tutela debida también a la *parte débil cuasi contratante*.

2. EL ENCUADRAMIENTO EN EL TEXTO CODIFICADO

El artículo 1891 del Código Civil, según su enclave en el Código Civil, se comprende y explica de manera adecuada integrándolo y concordándolo con el régimen regulador de los cuasi contratos. A su vez, conviene recordar que los cuasi contratos constituyen una de las clases de fuentes de las obligaciones jurídicas, conforme al artículo 1089 del Código Civil, y establecen el débito y la responsabilidad que puede derivar de la gestión de negocios ajenos sin mandato y del cobro de los indebidos. Con esta lectura integradora, se sirve a la unidad del Código, a la «radical unidad del ordenamiento» y, en fin, a la coherencia del Sistema.

²⁴ Esta Directiva se completa con la Directiva 2006/73/CE de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión. Destaca de su tenor el punto 5 *in fine*, que exige tener en cuenta si el cliente o posible cliente es minorista o profesional. Ambas Directivas han sido objeto de transposición al Ordenamiento jurídico español mediante la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero.

El cuasi contrato es una figura orillada que merece ser revitalizada y reconsiderar seriamente su actualidad²⁵. Para sostener tal afirmación se acude al análisis de su regulación partiendo del concepto legal mismo, recogido en el artículo 1887 del Código Civil, cuyos elementos definidores pasan por la siguiente enumeración: 1. El hecho o actuación material —lesiva por sus resultados, según se deduce de los presupuestos generales para poder exigir la responsabilidad civil—. 2. La licitud de la actuación, que requiere todo cuasi contrato y que obliga a estar y pasar por una valoración jurídica y de justicia del acto mismo. 3. La voluntariedad del gestor, que asume su labor desde su libre y querida iniciativa, con suficiente capacidad intelectual y volitiva para corresponderse luego con una posibilidad de exigencia de responsabilidad civil. 4. Fuente de obligaciones, en cuanto que, sin base contractual o desbordando ese título en su contenido y encargo, genera un deber al gestor de sujeción a la diligencia necesaria que, con carácter ordinario se corresponde con la de un profesional, y por ende tal diligencia se ha de entender cualificada al operar en un mercado complejo. 5. Responsabilidad civil derivada de las obligaciones del gestor de responder de sus actos respecto de tercero, que no es otro que el *dominus negotii*. 6. Responsabilidad civil, también eventualmente del *dominus*, cuando deja de ser tercero y pasa a ser interesado en el caso de que se aproveche o beneficie de aquella actuación o se involucre directamente en ella.

Bien es cierto que esta acepción legal presenta varias notas sobre las que reparar, como por ejemplo la significación misma que otorga al «hecho», ya que no se refiere al hecho jurídico, que hay que contraponer o diferenciar del acto y del negocio jurídico, según la participación de la voluntad del hombre en la constitución de la situación jurídica y ordenación de su efectos jurídicos. En efecto, en la letra de este precepto, la alusión al hecho no presenta ninguna referencia al acontecimiento material sin intervención de la voluntad de la persona, sino que la disposición analizada sienta el presupuesto de un suceso donde, precisamente, la voluntad es tan decisiva que se completa definiéndolo como «puramente voluntario».

²⁵ «El cuasi contrato es una figura totalmente abandonada en la doctrina y Códigos modernos, que conservan la histórica gestión de negocios, regulan con carácter general el enriquecimiento sin causa y determinadas promesas unilaterales (reconocimientos de deuda, promesa pública de recompensa). Así el Código Civil italiano de 1942, el portugués de 1966 y el peruano de 1984.

En realidad en los cuasi contratos nos encontramos con obligaciones impuestas por la ley en situaciones en las que los principios de solidaridad social o de justicia lo demanda. Por ejemplo, en la gestión de negocios, la ley no puede dejar de atender al que oficiosamente se encarga de un asunto ajeno que está abandonado por imposibilidad o ausencia del dueño, ni en el cobro de lo indebido, a quien realiza por error una prestación sin estar obligado». Díez-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, Tomo 2, vol. II, Tecnos, 2012, pág. 292.

De igual modo, destaca en este particular supuesto de cuasi contrato que recoge el Código, cómo se juega con las denominaciones de tercero y de interesado, para deducir obligaciones a uno o a varios sujetos: al gestor, desde luego, y al gestionado; y, a este último, según el grado de intervención en la situación jurídica, la voluntad de involucrarse, el interés y el provecho obtenido.

Sin embargo, el tratamiento del artículo 1891 del Código Civil, en su concordancia e integración con el texto legal que lo recoge, permite también superar la consideración típica de la figura del cuasi contrato para explicar esta exigencia de responsabilidad al gestor con el tratamiento y consideración del derecho de propiedad. Al igual que en líneas atrás se apostó por trascender el Derecho Patrimonial para hablar de la persona, en sí misma considerada, y de la conveniente preservación de su integridad patrimonial (como regla constitucional para proteger la personalidad y el grado de compromiso económico del ciudadano en su debida contribución al Estado y, por ende, al servicio del interés general), también ahora se justifica esa sanción al gestor, que impone el artículo 1891, por haber quebrado las facultades dominicales, haber invadido competencias del *dominus negotii* al determinar el escenario de especulación y los riesgos y, desde luego, al subordinar a su interés el de aquél.

Por tanto, atendiendo a este argumento de reconocimiento de las facultades dominicales, es posible explicar la tutela del *dominus negotii* sin recurrir a un excesivo paternalismo hacia el consumidor, sino más bien con base en el análisis objetivo que el reparto competencial y la distribución de atribuciones determina, diferenciando al que puede disponer del que meramente puede administrar.

3. EL PRECEPTO COMO NORMA AUTÓNOMA

El artículo 1891 del Código Civil, aunque se encuentra incardinado en la regulación general de los cuasi contratos, goza de una cierta autonomía en su planteamiento y en la solución jurídica que aporta. En efecto, se trata de un precepto que se separa de la figura típica del cuasi contrato constituyendo un supuesto diferenciado, tanto por el tenor mismo de su literalidad como por la consecuencia jurídica del supuesto que acota. Cabe pues plantearse, incluso, si el supuesto descrito en este precepto es realmente un cuasi contrato o rompe con tal categoría, ya que incluso puede desbordar la misma para constituir un auténtico ilícito civil caso de que el gestor incurra en una conducta negligente o reproachable.

Para avanzar en esta argumentación es oportuno reparar en el principio de justicia informador de los cuasi contratos, según la consideración tradicional sostenida que ha permitido al gestor creer de buena fe que el asunto está abandonado, incluso que es suyo; como también ha podido asumir el de otro de modo altruista —en cualquier caso amparado en la buena fe, real o presumida—.

Entonces se explica que surja la obligación de seguir la gestión en interés del *dominus*, pudiendo legítimamente también hacer valer el interés propio y, en el mejor de los casos, alcanzar incluso la ratificación de éste.

En el artículo 1891 del Código Civil, en cambio, el gestor responde y no tanto por motivo de haberse entrometido en negocios ajenos sino porque el *dominus negotii* no se aprovecha económicamente sino que sufre un daño con la pérdida de la actuación. El titular, ordinariamente, no ha abandonado ningún asunto sino que lo ha confiado a un gestor que, sin culpa (al colocar el negocio en un escenario desacostumbrado de puro y objetivo riesgo) o con culpa (al hacer prevalecer su interés, con manifiesto abuso de derecho, traición a la lealtad y confianza contractual y trasgresión de la buena fe) ha de responder, en un caso por derivación misma de las obligaciones *ex quasi contractu* y en otro por pasar de un hecho lícito a un ilícito.

El presente estudio pretende centrar el análisis del precepto en cuestión en un escenario o realidad concreta y particular como es la de los usuarios de los productos financieros, aunque sin olvidar que la solución jurídica plasmada en esta disposición del Código Civil pueda servir a otros supuestos de hecho como, por ejemplo, el marco de la relación entre médico y paciente (precisamente la relación jurídica para la que se gesta y positiviza el concepto jurídico de *consentimiento informado*²⁶) que permite visualizar la aplicación del artículo 1891 del Código Civil en tanto esa iniciativa paternalista del médico que, no teniendo en cuenta la autonomía y protagonismo del paciente, actúa desde su iniciativa profesional con el loable objeto de lograr la sanidad del enfermo; aunque esa actuación del facultativo médico también puede ser medida, cuando se quebranta el requisito de recabar el *consentimiento informado*, mediante la exigencia de responsabilidad al profesional, lo que ha desembocado, por desgracia, en una *medicina defensiva*. Como también cabe, en este caso ya sí justamente y no negativa ni lamentablemente, aplicarse la solución legal analizada para reprochar al médico su intervención cuando se esconda, en este cuasi contrato, un *encarnizamiento terapéutico* o una experimentación no autorizada.

Abundando en otras realidades a las que es de posible aplicación este precepto, en su general pronunciamiento y como referente para informar la reflexión sobre el sector financiero que nos ocupa, podría también considerarse la posibilidad de extrapolar su argumento de justicia al escenario de la representación pública donde cabría exigir responsabilidad al gestor político, bien por hacer prevalecer su interés personal o de «casta» sobre el interés común, bien por conducir a

²⁶ 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 prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso. Artículo 8 de la 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 (en su Capítulo IV, relativo al respeto de la autonomía del paciente).

la ciudadanía a escenarios arriesgados en los que no se tuviese costumbre de actuar. Y, más allá de ese razonamiento idealista de *deber ser*, esta norma sería de utilidad para enjuiciar la actuación del gestor político en el ámbito concreto de la contratación de productos bancarios. En ese contexto parece recomendable favorecer, sobre la respuesta dada por el artículo 1891 del Código Civil, la exigencia de responsabilidad al gestor que, a través de instituciones financieras como son las Cajas de Ahorros, ha actuado con cierta falta de cualificación (en tanto goza antes de un estatuto político que de una cualificación profesional) al amparo de un marco legal que ha favorecido a estas entidades²⁷.

De vuelta al razonamiento inicial, este precepto constituye una norma autónoma en cuanto que, efectivamente, presenta notas particulares, como ya se ha advertido en el punto anterior al constatar como se recoge en su letra el «hecho» o como presenta, para fijar a los obligados, un tratamiento diferenciado según se hable de tercero o de interesado. De otro lado, la misma literalidad del artículo presenta notas de tratamiento especial. Una primera a recalcar es la consideración puramente mercantilista del negocio (más propio del llamado coloquialmente *Derecho de los Negocios*), separada del negocio jurídico en su sentido más estricto y que explica la realidad jurídica surgida, ordenada principalmente desde la voluntad negocial. Otra segunda especialidad del precepto, desde su letra misma, es la referencia a la costumbre separada de su acepción de fuente (*ex art. 1 CC*) y utilizada para expresar los usos negociales de una persona. La tercera particularidad o nota que se puede subrayar en la consideración autónoma del precepto, y que lo separa del tratamiento y régimen general del cuasi contrato, radica en el supuesto de hecho del que parte (o, en rigor, de los dos supuestos de hecho que contempla): el artículo permite valorar su especialidad al exigir la responsabilidad civil aún en el supuesto de que el daño acontezca por el caso fortuito y ello tanto en un primer caso, de operar el gestor en un escenario de mayor riesgo de aquel en el que tuviese por costumbre operar el dueño-gestionado, como en el segundo caso en que el gestor ha provocado un daño tras haber hecho prevalecer su interés sobre el del dueño.

En el primer caso se está ligando al hecho lícito una responsabilidad derivada por el mero riesgo (o riesgo extraordinario por ser más extremo que el riesgo que asume ordinariamente el *dominus*) encontrándonos ante un cuasi

²⁷ La misma extrapolación sirve para indagar y reflexionar sobre asuntos en los que el gestor público se ha entrometido sin mandato o contraviniendo la información que ofreció para convencer al ciudadano en la convocatoria ante las urnas (desde la subida de impuestos a la afección de fondos a un destino impropio de la titularidad y la gestión pública, pasando por la regencia de una cadena de hoteles-paradores o de gestión de empresas de información con medios audiovisuales públicos...). Si el gestor público no es eficiente en sus resultados, consecuencia de asumir su poder para acometer operaciones arriesgadas o, sencillamente, para actuar en ámbitos no propios o para hacer prevalecer su propio interés (o razón de Estado) sobre el de los administrados se le puede deslegitimar y responsabilizar del fracaso negocial.

contrato especial ya que ese dato objetivo es el que marca una responsabilidad por un daño derivado del caso fortuito. Es posible incluso apreciar en tal supuesto el desbordamiento del cuasi contrato como fuente de obligaciones para entender que éstas se exijan por responsabilidad extracontractual, basada en la culpa, si decae el hecho lícito y el riesgo objetivamente se separa del asumible por el dueño del negocio, siempre que se constate que el gestor ha incurrido en una negligente actuación (por su temeridad o mala fe contractual, si la transgredió). Sólo se mantendría la existencia del cuasi contrato si la extralimitación en el encargo respondió a la búsqueda de mayor rentabilidad del *dominus negotii*.

Al mismo tiempo, este precepto, según se ha indicado ya, contempla un segundo supuesto de fuente de obligaciones con causa en el cuasi contrato: cuando el gestor hace prevalecer su interés sobre el del dueño. De igual modo, la especialidad del cuasi contrato radicaría aquí en que se sume a la actuación lícita la responsabilidad por las pérdidas y daños imputables al gestor, aunque éste no haya cometido ilícito alguno en tanto la prevalencia de su interés responda, por ejemplo, a una ambición, objetivos o logro profesional.

En caso de que cualquiera de los dos supuestos relacionados evidencien una ilicitud transportarían el precepto y la fuente de las obligaciones del cuasi contrato directamente al marco de la responsabilidad extracontractual, lo que permitiría plantearse, aunque para que decaiga luego en nuestro Derecho, la operatividad de los daños punitivos. Aún así, antes de introducir mayor complejidad en este trabajo, procede ya manifestar al respecto que este sería más bien un debate teórico antes que una controversia de trascendencia práctica, en tanto la doctrina autorizada disuade de avanzar en esa apuesta para sujetarse a la función indemnizatoria.

4. EL PRECEPTO COMO FUENTE DE OBLIGACIONES E INTERRELACIÓN CON OTRAS FUENTES

Enlazando con lo contemplado en el punto anterior y con la posibilidad de que el análisis de la realidad material determine tener que trascender de la consideración de los cuasi contratos, se debe completar el análisis del precepto, no solo con la doctrina de esa fuente cuasi contractual de obligaciones. El 1891 del Código Civil sugiere, desde luego en cuanto sea cuestionable su consideración propia de cuasi contrato, un repaso de las otras fuentes de las obligaciones, así como invita a un ejercicio intelectual de combinación de las mismas, para alcanzar con ello una visión panorámica y comparativa. En suma, la finalidad última es conseguir garantizar una precisión en la averiguación de la clase de fuente ante la que se está, una vez demostrada la complejidad de la realidad material y para evitar la compartimentación teórica excesiva.

De igual modo, también en los fundamentos del tratamiento de la figura y en las razones de justicia que informan su regulación, se ha de ir más allá de la tradicional explicación que subyaciera en el cuasi contrato, cuando se ha presumido un abandono del negocio por parte del dueño. En el presente estudio se aborda una realidad más frecuente que ésta, como es la de la extralimitación en la contratación bancaria, donde no se produce normalmente una actuación que responda a la sola iniciativa del gestor ni éste se entromete espontáneamente en los asuntos de nadie, siendo lo usual que desde una base negocial contractual se incurra en la citada extralimitación.

En aras de una conveniente recapitulación y al objeto de servir a la interrelación de las fuentes de las obligaciones, se pueden enumerar los siguientes supuestos: 1.º) El paso del cuasi contrato a contrato (por ratificación —cfr. art. 1892 CC—); 2.º) La conversión del contrato en cuasi contrato (por extralimitación sin culpa, en base al hecho objetivo de posicionamiento en un escenario de riesgo —cfr. art. 1891 CC—; 3.º) El caso del cuasi contrato que pasa a ser un ilícito civil (por negligencia o superposición del interés del gestor —cfr. art. 1891 CC, supuesto segundo—); 4.º) La transformación de ilícito civil en cuasi contrato (cuando el resultado dañoso no parte de la negligente actuación sino de un hecho lícito aunque, por el *daño desproporcionado*, se exija responsabilidad civil).

III. ANÁLISIS DESCRIPTIVO DEL PRECEPTO

Un análisis descriptivo del artículo 1891 del Código Civil pasa por fijar los presupuestos de aplicación y el comentario de sus términos como premisa para interpretar adecuadamente el precepto, alcanzar su plena significación jurídica y, por ende, una mayor eficacia. Entre esos presupuestos se encuentran los siguientes:

- 1.º La actuación del gestor cuyo resultado son pérdidas, como no se podría concluir de otra manera si se ha de deducir una exigencia de responsabilidad que implica la existencia de una lesión o daño relevante.
- 2.º La innecesariedad de una relación de causalidad entre la actuación y el resultado lesivo en tanto la pérdida puede traer causa del caso fortuito; sobre todo cuando no se ha de partir del debate de la culpa, sino que la premisa de inicio es la existencia de un hecho lícito.
- 3.º La averiguación y determinación de si hubo mandato (que se excedió) o si ni siquiera medió aquél (porque hubo quizá mera apariencia de tal, aunque carencia de requisitos esenciales como el consentimiento —aunque puede que parezca que se consintió pero faltando información suficiente, hubo vicio del mismo por error o dolo— o la causa

—si se produce un enriquecimiento injusto a favor del gestor que, por operar en un mercado muy arriesgado o hacer prevalecer su interés, no merece la obtención de dicha ganancia y además debe reparar los daños causados—).

- 4.º La determinación de si se partió o no de un hecho voluntario y lícito (que permita mantener la presencia de un cuasi contrato), primero en el supuesto de que la pérdida se produzca por razón de haber operado el gestor en el repetido escenario arriesgado, según una valoración objetiva y comparativa del escenario de riesgo asumible por el dueño del negocio (si eso implica una negligencia profesional en el gestor que desvirtúe la figura cuasi contractual porque incurrió en una negligencia en aquella referencia necesaria del nivel objetivo de riesgo). Y segundo, en el caso de que el quebranto se ocasione consecuencia de hacer prevalecer los intereses propios del gestor sobre los del dueño del negocio, lo que exige una averiguación del interés hecho prevalecer para confirmar la posibilidad del hecho lícito, por buscarse una ganancia que derrame con atención suficiente del beneficio que se tuviera en expectativa; o, por el contrario, para culpar al gestor por abuso de confianza y de derecho.

Otros puntos que sirven en este análisis descriptivo conducen a destacar los siguientes extremos:

- 1.º El encuadramiento del precepto que centra este trabajo invoca la figura de los cuasi contratos respecto de los que hay que recordar su primera consideración de fuentes de las obligaciones (art. 1089 CC). Del estudio del artículo se deduce, también, la oportunidad y conveniencia de ampliar el enfoque a fin de situarnos en la teoría general de las obligaciones (yendo más allá de los cuasi contratos) y recordar asimismo la conversión del cuasi contrato en contrato por la ratificación (art. 1892 CC) o comprender, por la fuerza precisamente del artículo 1891, la conversión del contrato en cuasi contrato, consecuencia de la extralimitación. E incluso, prever una tercera conversión del cuasi contrato en un supuesto de responsabilidad extracontractual (ya repetidamente contemplado en el presente trabajo) cuando se transgrede el hecho lícito y se incurre en ilicitud por culpa o negligencia del gestor.
- 2.º El análisis efectuado sugiere un esfuerzo de abstracción que consiga trascender el precepto particular examinado y considerar su encuadramiento en el Código Civil, texto legal que constituye la principal referencia en el Derecho Privado, con importante valor a su vez para todo el Ordenamiento Jurídico e incluso con marcada influencia constitucional. El valor y la eficacia jurídica del Código se manifiestan en

la inclusión misma de preceptos o fórmulas intemporales, que acogen argumentos de justicia ejemplares. En este trabajo, la aplicación del precepto estudiado se ha proyectado en la contratación financiera y particularmente en el supuesto de hecho más generalizado en la práctica, como es la gestión de negocios ajenos con mandato aunque extralimitado en sus términos, generando una responsabilidad civil exigible al gestor. Responsabilidad, lógicamente, derivada o exigible a partir de la existencia de pérdidas causadas o del daño patrimonial cierto y relevante, pudiendo reconocer, o no, una posible actuación abusiva (en términos admisibles o excedidos) de ese gestor y, entonces, integrar y concordar la solución recogida en el artículo 1891 como concreción de la proscripción del abuso de derecho y del ejercicio antisocial del mismo que ya se proclama en el Título Preliminar del Código Civil (*ex art. 7 CC*).

- 3.º El estudio que nos ocupa precisa, de otro lado, contraponer dos actividades, la de mera *gestión* y la de más plena *disposición*. Ambos son conceptos de precisa distinción en Derecho. La gestión, como acto más sencillo de administración, de tenencia responsable, de diligente explotación, de conservación con afección de uso y destino según la naturaleza y carácter propio del negocio al que responde el rendimiento económico del bien. A posteriori, conviene diferenciar la labor de administrar de la tarea de disponer (o ejercer, desde un acto de más plena soberanía, una transmisión o gravamen), por tanto se tendrá que respetar en el titular dominical su más pleno ámbito de poder y disposición, resultando coherente sancionar al gestor que invade las competencias del que ostenta el derecho más digno de tutela y la capacidad de decisión para fijar un escenario de riesgo y para proclamar su interés preferente. En buena lógica, se legitima exigir, en aquella mera administración, un alto grado de diligencia hasta el punto de poder imponer la sanción más grave prevista en nuestro Derecho, cuando se criminaliza y tipifica la administración desleal o fraudulenta (art. 295 CP). Bien es cierto que no se busca en este trabajo insistir en la criminalización, antes al contrario se valora especialmente la solución civil contenida en este artículo 1891 del Código Civil por considerar que sirve al Principio de Intervención Mínima. En suma, este precepto que se analiza, es coherente y se compadece con esta regla informadora del Derecho Penal, mostrando la eficacia y ejemplar respuesta en la exigencia de responsabilidad civil al gestor.
- 4.º Conviene, también, plantear la diferenciación de dos figuras en el *dominus negotii*. En efecto, es oportuno e incluso necesario distinguir, a la hora de ponderar el grado de tutela que merece la persona que sufre la pérdida en su negocio por la actuación de su gestor, entre la figura

del inversor y la del ahorrador²⁸. Así pues, se debe separar el supuesto en que la confianza en el depósito o en la entrega de fondos se realiza a la persona que los gestiona para su resguardo, del caso en que se efectúa para su inmersión en el mercado económico-financiero más especulativo. La distinción es significativa puesto que en el segundo de los supuestos existe un puro especulador mientras que en el primero solo se reconoce a un mero usuario; es decir, el inversor mueve su capital en un escenario asumido de riesgo financiero y, por el contrario, el usuario ahorrador realiza una operación de depósito de caudales y si fue más allá de la misma lo hizo persiguiendo simplemente algo similar al interés legal del dinero, lo que le hace merecedor de garantías que preserven su nivel de renta y su capacidad económica²⁹.

En consecuencia y a partir de la distinción que acentuamos, es lógico esperar que, en un caso (el propio del art. 1891 CC) se llegue a hacer responsable al gestor de toda pérdida, incluso de la que traiga causa del caso fortuito; y, en el otro supuesto propio de un comitente inversor, se considere que la extralimitación del gestor y el daño que este produzca por las pérdidas no puede suponer un coste cero para aquél³⁰. Por todo

²⁸ Por tanto, yendo más allá de la sencilla contraposición entre inversor minorista e inversor profesional (al que la Directiva MiFID viene a regular, considerándolo un objetivo destacado regular) porque tanto, también el inversor minorista puede, desde que no es profesional, diferenciarse del pequeño ahorrador, y encargar la administración de sus fondos a un gestor para que opere en un mercado de mayor riesgo y, entonces, no merecer la sobretutela que dispensa el artículo 1891 del Código Civil.

Sobre esta diferencia se puede colacionar el siguiente tenor: «La normativa considera como inversor minorista a todo aquel que no es profesional». GALLARDO OLMEDO, F., «Responsabilidad social y protección del inversor minorista en la industria bancaria», capítulo de la Monografía asociada titulada *Empresa responsable y crecimiento sostenible: aspectos conceptuales, societarios y financiero*, en *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, núm. 38, 2012, pág. 268.

²⁹ Los ministros de Finanzas de la eurozona han rectificado el acuerdo alcanzado para rescatar a Chipre y finalmente eximirán a los depósitos de menos de 100.000 euros de pagar un impuesto extraordinario para ayudar en la recapitalización de los bancos del país. El Eurogrupo continúa creyendo que los pequeños depositantes deben ser tratados de forma separada respecto a los grandes ahorradores y reafirma la importancia de garantizar los depósitos inferiores a 100.000 euros. Comunicado del Eurogrupo, Bruselas, 18 de marzo de 2013.

³⁰ El debate se plantea a partir de la cuestión prejudicial formulada por la Audiencia Provincial de Barcelona ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por la que sometía a la consideración de dicho Tribunal Europeo la adecuación de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios (LDCU 1/2007) con la Directiva Europea 93/13/CEE y, concretamente la adecuación del artículo 83 de la LDCU con el artículo 6, 7 y 8 de la referida Directiva 93/13.

Hasta ahora, los Juzgados al considerar abusiva la cláusula del interés de demora en los supuestos de contratos con consumidores y usuarios procedían, en virtud de lo establecido en el artículo 83.1 LDCU, a declarar la nulidad de dicha cláusula y, a continuación, declaraban, merced a lo establecido en el artículo 83.2 LDCU, su integración, esto es, sustituir el tipo de interés de demora del 29 por 100 por un interés equivalente a 2,5 veces el interés legal del dinero, en aplicación analógica de lo establecido en la Ley de Créditos al Consumo.

ello, la ejemplar solución contenida en el artículo 1891 del Código Civil, se separa de la clasificación rígida que ofreció la Directiva MiFID³¹, para dispensar la tutela desde la valoración y comparación del nivel de riesgo entre el asumible por el *dominus* y el que ha elegido para operar el gestor; y también en todo caso en que se constate la prevalencia efectiva del interés del gestor.

- 5.º La buena fe y la diligencia constituyen referentes y criterios de medición de la responsabilidad, en tanto el gestor, aún sin culpa, transgrede aquéllas al exceder el encargo, incluso con la finalidad lucrativa de aprovechar al comitente (admitiendo entonces la valoración de su actuación material como hecho lícito). Grado de diligencia o prudencia cualificada que, cuanto más profesionalizado sea el gestor, mayor nivel de exigencia le imputará. Esto permite que al operador del mercado financiero se le pueda reprochar una culpa leve (incluso levísima, según el perfil por descubrir en cada caso particular), por lo que la interpretación y aplicación de los preceptos que justifican su responsabilidad constituirá una ardua tarea de fijación de la frontera de la licitud y, por ende, del cuasi contrato, o la consideración de un ilícito y, en consecuencia, de una responsabilidad extracontractual.

Ciertamente, la *lex artis* pasa a ser determinante como regla de medición de la responsabilidad del gestor, desde esa mayor profesionalización y más alto nivel de sujeción a una exigente diligencia en la comisión de su actividad. A mayor abundamiento, se ha de considerar, para comprender el argumento de justicia latente en la elevada exigencia

Ahora, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencia de fecha 14 de junio de 2012 (núm. de recurso C-618/2010) ha resuelto la cuestión prejudicial planteada en el sentido de decir que la referida Directiva Europea y concretamente su artículo 6 se opone a la normativa interna española, toda vez que la Directiva Europea no establece la posibilidad de integración. Es decir, el TJUE ha procedido a interpretar el artículo 6 de la Directiva 93/13 en el sentido de que en aquellos supuestos en los que el Juzgador detecte la nulidad de una cláusula por abusiva, al afectar esta a consumidores, debe proceder a declarar su nulidad y tenerla por no puesta, continuando el contrato su vigencia en el resto de sus condiciones, siempre y cuando, claro está, el contrato pueda subsistir en sus elementos fundamentales sin dicha cláusula cuya nulidad ha sido declarada. Sin embargo la conclusión del presente trabajo puede ser más rotunda si, en la evitación del enriquecimiento injusto o sin causa, se entiende que una frustración de la causa o de la expectativa legítima negocial de la institución financiera, debe aconsejar una integración o disminución de interés (en equidad) o, en otro caso, la imposibilidad misma de mantener el negocio por falta de un requisito esencial como es la causa.

³¹ Esta Directiva, además de a los clientes elegibles (para referirse a las empresas de inversión, compañías de seguros, entidades de crédito, etc.), distingue entre clientes profesionales, que lo sean porque su total balance sea igual o superior a 20 millones de euros, su volumen de negocio igual o superior a 40 millones de euros y sus fondos propios igual o superior a 2 millones de euros; y clientes minoristas, que serían todos aquellos que no son considerados como profesionales y que merecen el máximo nivel de protección.

de responsabilidad del gestor, que nos encontramos en el marco de relaciones jurídicas jerárquicas que no paritarias (por lo que se explica esa predicada protección de la parte débil cuasi contratante). Y que, en ese tipo de relaciones jurídicas, corresponde hacer valer el Principio de confianza, la preservación de la fiducia, requiriendo a las entidades bancarias y gestoras que garanticen la misma, en lógica correspondencia al compromiso que poseen éstas de mantener la confianza en los mercados financieros. Se está, entonces, ante una responsabilidad social cuasi pública de las entidades bancarias puesto que la evitación de quiebras de estas organizaciones, los «rescates» y los costes socializados para cubrir los mismos (bajo el argumento del interés general por sostener a toda costa el Sistema financiero) han motivado repetidas formas de intervención estatal.

- 6.º El mandato o encargo a un tercero de una gestión en interés del comitente que se presenta como objeto de un vínculo jurídico propiamente contractual es definido en el artículo 1709 del Código Civil, que ofrece la definición básica y general del contrato de mandato. Este negocio jurídico se distingue de la representación, según tradicionalmente viene insistiendo la doctrina en tanto el mandato posee una naturaleza contractual mientras que la representación constituye un instituto que puede tener una base legal o negocial (por una fijación en norma, en el primer caso o por un apoderamiento que es un típico negocio unilateral, en el segundo supuesto). El apoderamiento supone actuar en interés de un tercero, como también contiene esa prestación el encargo que al mandatario se le encomienda. Bien es cierto que con frecuencia concurren en la práctica ambas figuras negociales, la bilateral contractual y la unilateral de apoderamiento. En el artículo 1717 del Código Civil se recoge el supuesto especial del mandato denominado mandato no representativo (cuando el mandatario actuando en interés y por cuenta del mandante no hace valer representación alguna y por ello su gestión es entendida como personal).

Nuestro Derecho ha sido siempre cauto y receloso con la figura de la autocontratación, por esa razón se presume la capacidad en la persona poseedora de la mayoría de edad y también, por tal motivo, se proclama que nadie puede contratar a nombre de tercero salvo apoderamiento o representación legal (*ex art. 1259 CC*), siendo muy rotundo el legislador al enumerar prohibiciones expresas para evitar que la desconfianza en la autocontratación se traduzca en un abuso por parte del que, debiendo actuar en interés de tercero, se aprovecha de la situación para hacer prevalecer sus intereses propios —cfr. art. 1459 CC—. Con todo ello, es comprensible, desde un razonamiento complementario al desarrollado y asomándonos a las figuras del mandato, la representación y la

autocontratación, la sanción recogida en el artículo 1891 del Código Civil en el que la gestión lesiva, siendo incluso lícita, se considera reprochable por quiebra, daño o frustración del interés y expectativa del *dominus negotii*.

- 7.º La complejidad material evidencia un entrelazamiento de figuras jurídicas que permite mantener que, en la práctica, no puede existir una rígida compartimentación entre las fuentes de las obligaciones, como son la ley, los contratos, los cuasi contratos o la responsabilidad extracontractual. En este sentido, se ha de estar a resultados de las obligaciones nacidas de cuasi contratos que devienen en contractuales (por ratificación de la gestión realizada sin convenio), de contratos que sobrevienen en cuasi contratos (por extralimitación en la gestión objeto de mandato) o de cuasi contratos que derivan en supuestos de responsabilidad extracontractual (si el hecho lícito concluye en ilícito por abuso o por aprovechamiento del gestor a costa del *dominus negotii*). El tratamiento que nuestro Derecho efectúa de la prevalencia de posición, del ejercicio antisocial, del abuso de derecho, de la transgresión de la buena fe, del fraude de ley (que aparenten, todos ellos, una gestión ajena, pero aprovechada de recursos y financiación del tercero, donde se exceda la administración de la restrictiva autocontratación) constituyen situaciones y arrojan argumentos que nuestra legislación recoge. Esas respuestas de Derecho positivo son útiles para entender, según el referente de la unidad del Ordenamiento jurídico, la solución ejemplar del artículo 1891 del Código Civil que concuerda y se integra con el espíritu y solución contenidas en preceptos clave y generales como los encuadrados en el Título Preliminar del Código (el art. 6, exigente con la buena fe y sancionador del fraude de ley; el art. 7, tan rotundo contra el abuso de derecho y el ejercicio antisocial del mismo).
- 8.º El precepto se separa de la tradición en dos puntos claves: primero, por la tendencia a la objetivación de la responsabilidad que contiene y que sin embargo no puede terminar consolidándose ni generalizarse por cuanto nuestro sistema está presidido por el principio de culpa, siendo sin embargo factible la propensión a la cuasiobjetivación (acorde con una evolución de la responsabilidad que ya se empezó a mostrar en los preceptos siguientes al art. 1902 del Código Civil y que se ha seguido encontrando en doctrina jurisprudencial de amplio, innovador y justo calado, como la que fija la doctrina del daño desproporcionado); y, segundo, por la excepción al supuesto de exoneración de responsabilidad civil que establece, en tanto la regla general promulga el caso fortuito y la fuerza mayor como causas de excepción a la exigencia de la misma (según el art. 1105 CC).

IV. CUESTIONES CLAVE PARA UNA REVITALIZACIÓN Y TRATAMIENTO DE ACTUALIDAD DE ESTA NORMA

En el artículo 1891 del Código Civil se observa, según se viene razonando, un importante exponente de la tutela de los derechos de los consumidores y usuarios, en particular en la realidad comercial del sistema financiero. La urgencia en la consecución de liquidez ha podido explicar la ruptura del Principio de confianza, informador de esta realidad mercantil, y el hecho de que su restauración se haya instado desde el propio Estado, para mantener esa fiducia y la necesidad asumida de evitar la quiebra del Sistema Financiero. La ayuda pública se ha ofrecido aún a costa de la impopularidad de ciertas medidas o desde la premura en regular la crisis bancaria para evitar desequilibrios competitivos o costes sociales, ayudando a las entidades financieras con «rescates», nacionalizaciones³² y creación de mecanismos para liberarlas de inmovilizados o activos tóxicos. Sin embargo, esa voracidad de la entidades financieras es especialmente reproachable cuando los costos de recapitalización han sido tan gravosos y el papel del Estado tan determinante; por ello, es cierto que este asalto al mercado se ha producido con un objetivo claro de conseguir operar contratando a toda costa y se ha traducido en una «colocación» de productos financieros arriesgados sin recabar el suficiente consentimiento del consumidor o transgrediendo los límites del contratante. Así, recurrir al artículo 1891 del Código Civil puede servir para dispensar la tutela que merece ese mandante que no fue bien informado o la protección debida a la parte débil cuasi contratante,

³² Ante las quiebras bancarias se han producido múltiples intervenciones que no han sido justas en tanto, por ejemplo, los acreedores bancarios se han beneficiado directamente de las ayudas públicas, provocando problemas de equidad en comparación con los que han prestado sus fondos en otros sectores que sí pueden ser declarados en concurso. Sumergidos en esta problemática, de insolvencia y mecanismos de solución, se ha de fijar como principal hito para la reforma del sistema paraconcursal bancario en España, en junio del año 2009, la creación del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB); y en esta preocupación de garantizar la resolución ordenada de las entidades bancarias sin producir una ruptura sistémica grave (permitiendo la salida paulatina del mercado y que los accionistas y acreedores no garantizados soporten los costes de la quiebra), también se han aportado por el FSB —*Financial Stability Board*— (como organismo regulador global, a partir de la quiebra desordenada de Lehman Brothers en el año 2008) unos trabajos para el G-20, que los respaldó en su reunión de noviembre de 2011, definiendo las características esenciales del sistema de resolución ordenada. Finalmente, en la reseña de referentes para prevenir y solucionar las crisis bancarias con su recapitalización se tiene también en cuenta el Acuerdo Marco de la Facilidad Europea de Estabilización Financiera. En este contexto es decisiva la Ley 9/2012 que atribuye al FROB amplísimos poderes, por ejemplo en las transmisiones al «banco malo», la valoración de la entidad misma, las medidas de apoyo a cargo del Fondo de Garantía de Depósitos e incluso la venta de negocio. Estas referencias se acotan y explican profunda y rigurosamente en el artículo de C. ALBUERNE titulado «Reformas en el Sistema Financiero. La reestructuración de entidades de crédito», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*. URÍA MENÉNDEZ, *Especial Reformas Estructurales*, número extraordinario, 2012, págs. 7-25.

lo que a su vez puede constituir un referente oportuno para hacer evolucionar el Derecho de Consumo a favor de su mayor eficacia y efectividad.

La *doctrina del consentimiento informado* y el deber de información exhaustivo³³, completo, individualizado³⁴ y no estandarizado ni burocratizado, cobra en el estudio objeto del presente artículo, una particular relevancia en tanto ayuda a suscribir la proscripción de unas condiciones generales de contratación pre-dispuestas unilateral y abusivamente desde la parte técnica y para su provecho. En efecto, esta doctrina del *consentimiento informado*, que se positivizó con la Ley de Autonomía del Paciente, cobra aquí especial relevancia desde que el escenario de contratación bancaria, especialmente complejo y técnico, exige toda escrupulosidad y observancia en el suministro de la información exhaustiva, veraz, completa, que permita al cliente asumir los riesgos con responsabilidad en las pérdidas. Por ello se ha de revisar esa contratación³⁵ en tanto se puede haber extralimitado el encargo o concluir que este nunca se ha llegado a perfeccionar, ante la falta de consentimiento (desinformado por omisión o abusiva acción tan técnica, estandarizada y burocratizada que decae su apreciación) o por falta de causa (en el enriquecimiento injusto). Operaría, en fin, el artículo 1891 del Código Civil por la gestión de negocios ajenos sin mandato (que nunca existió o que se extralimitó) y así calificar la situación de cuasi contrato (hecho lícito) o de responsabilidad extracontractual (por hecho ilícito).

Trascendiendo de la consideración más individualista y de la visión más estrecha que exterioriza la concreta situación jurídica que envuelve al *dominus negotii* y al gestor, se puede afirmar también que, solucionando aquel conflicto particular, en este precepto también hay una expresión, a favor del interés general, relativa a la relevancia del referente social y de las necesarias limitaciones

³³ El tenor del artículo 11 de la Ley 16/2011, de contratos de crédito al consumo, se refiere precisamente a la asistencia debida al consumidor, informándole antes de suscribir el contrato, y expresamente refiere que: «Los prestamistas y, en su caso, los intermediarios de crédito facilitarán al consumidor explicaciones adecuadas de forma individualizada para que éste pueda evaluar si el contrato de crédito propuesto se ajusta a sus intereses, a sus necesidades y a su situación financiera, si fuera preciso explicando la información precontractual, las características esenciales de los productos propuestos y los efectos específicos que pueden tener sobre el consumidor, incluidas las consecuencias en caso de impago por parte del mismo».

³⁴ Razón que apoya el argumento defendido por Ausbanc al recomendar la demanda individual, sobre todo en la litigiosidad y defensa de los usuarios en la contratación de las «preferentes». www.ausbanc.es

³⁵ Es importante y muy ilustrativa la doctrina recogida en la sentencia de 17 de enero de 2005 (STS núm. 1/2005, 1.ª, Sección 1.ª de la que fue ponente don Xavier O'CALLAGHAN, que suma, a la autoridad de su ponente y a la fijación de su fecha —como adelanto a una problemática que luego se dispararía en su frecuencia e incluso en su alarma social—) en la que se declara la nulidad del contrato por vicio del consentimiento al concurrir el dolo en el contrato bancario, con los argumentos de justicia de entender la falta de voluntariedad por desconocimiento de su verdadero contenido y consecuencias que invalidan el consentimiento. STS, 1.ª, núm. 1/2005. *RJ* 2005/517. www.westlaw.es

a los excesos liberales. Y ello como lógica manifestación de todos los límites y pronunciamientos que desde el marco constitucional se expresan, con particular servicio a la seguridad jurídica y al estímulo de la economía social³⁶.

La norma ya representó, según se ha dejado apuntado, dos novedades importantes. De un lado, constituye un anticipo de la tendencia objetivadora en la exigencia de la responsabilidad civil. Por tanto, relativizando el Principio culpabilístico que preside nuestro Sistema, según la regla general recogida en preceptos clave como los artículos 1101 y 1902 del Código Civil, se recoge una temprana apuesta por la doctrina del riesgo según la cual el daño derivado de esa gestión en un escenario arriesgado hace responsable al gestor; debiendo este medir el riesgo de modo relativo en función del marco de actuación del *dominus negotii*. Y, de otro lado, introdujo una importante excepción a la regla de la exoneración de la responsabilidad civil por caso fortuito, por lo que se relativiza lo dispuesto en el artículo 1105 del Código Civil y así el infortunio no operaría aquí para excusar la responsabilidad civil, antes al contrario se habría de castigar al gestor por la pérdida o daño derivado de esa posible causa.

Se podría observar un acercamiento o manifestación de la doctrina de los daños punitivos (*punitive damages*³⁷) en cuanto se dispone una sanción agravada, tanto en el supuesto en que se haya hecho prevalecer el interés propio (por el gestor sobre el del titular del negocio, caso de sujetar con una comercialización de «preferentes» a un ahorrador que precisa tener liberados sus depósitos), como en el caso en el que el gestor ha realizado su actuación en un escenario o mercado de mayor riesgo que el que se corresponde con aquel en el que normalmente actuaría el *dominus* (sobre todo con una internacionalización de las

³⁶ Cfr. artículo 34 CE, que reconoce el derecho a la fundación; o el artículo 129 que, promoviendo la cotitularidad y el impulso al colectivismo, frente a una tradición individualista, en su párrafo 2.º se compromete a favor de las cooperativas como fórmula societaria.

³⁷ La institución de los *Punitive damages* es ajena a la cultura jurídica europea continental cuando no contraria al principio de que los Estados europeos —pero no sus ciudadanos— detentan, en sus territorios respectivos, el monopolio de la imposición y cobro de sanciones (no sólo) pecuniarias: los *Punitive damages* no resultan admisibles porque son una pena privada que se impone, en un proceso civil y al causante doloso o gravemente negligente de un daño, por un importe varias —a veces, muchas— veces superior al de la indemnización puramente compensatoria. SALVADOR CODERCH, P., «La responsabilidad en el Derecho», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM)*, núm. 4, 2000, págs. 139-152.

Antes y con anterioridad, el referente doctrinal que en Derecho español representa Díez-PICAZO, lo encontramos en la afirmación siguiente: «En síntesis, hay que sostener que la figura de los daños punitivos es ajena a los ordenamientos de corte europeo continental y que hay poderosas razones para ello. Si se quiere castigar y se está autorizado para castigar, no parece justo ni equitativo proporcionar a quien sufrió un daño con sumas que sean superiores a este daño, porque en este caso se le está enriqueciendo. Si se considera justo obtener del autor del hecho ilícito exacciones, multas o cosa parecida, más allá del importe del daño efectivamente causado, lo justo es que estas sumas vayan a parar a manos del común o lo que es lo mismo del Tesoro público». Díez-PICAZO, L., *Derecho de Daños*, Tecnos, 2000, pág. 46.

inversiones, explorando nuevos mercados para salir de una zona euro en crisis). Bien es cierto que en el supuesto del artículo 1891 del Código Civil se deduce la responsabilidad civil y su exigibilidad por encima de que la pérdida de los fondos y el daño a su titular se haya provocado por el caso fortuito, aunque resarciendo según la tradición civilista que, como regla general, es estrictamente reparadora (y con aspiración de serlo de modo integral) y no con un plus indemnizatorio (sancionador o provocador de un posible enriquecimiento injusto).

En este orden de cosas, aunque sea para cubrir una pretensión meramente anecdótica y permitir la comparación y comprensión de las manifestaciones normativas con sanciones agravadas, han de citarse otros supuestos en los que se repite la ejemplaridad; así, en el mismo Código Civil —art. 674 con la pérdida del derecho a la herencia por violentar la libre voluntad del testador— o en legislación especial, por ejemplo en la Ley de Propiedad Horizontal, al contemplar la pérdida de uso por incurrir en actividades molestas (cfr. art. 7 LPH, *in fine*); lo que constituye, efectivamente, una sanción ejemplar y sirve así a la función disuasoria de la responsabilidad civil. Si bien, todo ello, se ha de atemperar con la problemática que de estos castigos ejemplares puede derivar en tanto, por sus traumáticas consecuencias, se puede quedar como Derecho no aplicado o que llegue incluso a suponer una inversión del criterio de Justicia, como es el caso de la sobreprotección del deudor hasta generalizar una cultura de la morosidad o un gratuidad en un mercado, por definición oneroso (caso de tener por no puesta una cláusula de recargo de intereses y traducir el resultado, en lugar de en una integración con un cargo ponderado y equitativo, en un coste cero y la *inversión del enriquecimiento injusto* a favor del deudor-inversor-sobreprotegido).

El precepto contenido en el artículo 1891 del Código Civil puede considerarse un antecedente necesario y fundamento de un nuevo Derecho, con principal expresión en la Directiva MiFID que desarrolla el Derecho de Consumo, en particular referido al ámbito de la contratación crediticia en el mercado financiero y teniendo muy en cuenta el perfil del usuario o inversor para establecer su nivel de conocimiento, solvencia y asunción de riesgos. Pero, con la solución que ofrece este artículo, se está deduciendo y exigiendo una responsabilidad castigando esa extralimitación del contrato o la falta del mismo. Extralimitación que, según se tiene dicho, puede situar la exigencia de la responsabilidad en el escenario extracontractual o determinar la falta de contrato de consumo en otro caso (porque nunca se dio y la gestión de fondos responda *ab initio* a la libre y exclusiva iniciativa del gestor; o porque se ha de entender como no reconocible contrato alguno por nacer nulo o devenir anulable: cuando el contrato sea ineficaz *in radice*, en caso de falta de causa —ante, por ejemplo, la radical frustración negocial— o de otro requisito esencial; o el contrato pierda su eficacia por padecer un vicio del consentimiento, ante el error grave o incluso el dolo). Con todo, carentes de las claves para homologar la contratación de

bienes y servicios, se entiende esa exigencia de responsabilidad al gestor en todo caso, no solo facilitada con una *inversión de la carga de la prueba* sino porque no se exceptiona tal responsabilidad ni siquiera cuando el gestor pruebe un comportamiento diligente³⁸, ya que la extralimitación y la responsabilidad cuasi contractual se impone por el daño derivado de la pérdida que pueda incluso traer causa del mero caso fortuito.

Sugiere también el estudio de esta norma la necesidad de compaginar la interpretación de la misma con un *análisis económico del Derecho* que contemple el carácter especulativo del mercado financiero y valore la asunción de elevados niveles de plusvalías o de posibles pérdidas, propias de este ámbito de operaciones dinerarias. El principio de capacidad económica del consumidor particular, su conocimiento del mercado de inversiones de fondos y su costumbre de sumergirse en una tensión de plusvalías/pérdidas, son las variables principales que van a permitir medir con objetividad la responsabilidad del gestor y llegar a exigirle que responda incluso en el supuesto tan gravoso y especial en que las pérdidas traigan causa del caso fortuito, en la línea que se ha aludido a esta circunstancia en el expositivo anterior.

V. CONCLUSIONES

La codificación sirvió para articular y fijar reglas generales y preceptos de gran eficacia jurídica. Así, el Código Civil, obra legislativa principal que recoge el Derecho Privado común y general, aporta un gran número de soluciones legales de eficacia para todo el Ordenamiento Jurídico, permitiendo reconocer en el tenor de algunos de sus preceptos, como el contenido en el artículo 1891 del Código Civil, una norma que muestra una atemporalidad y virtualidad, por lo que merece ser valorada y revitalizada.

La solución por la que aboga el presente trabajo, analizando el artículo 1891 del Código Civil, es la de considerar este precepto como referente y argumento de justicia para interpretar una contratación bancaria en la que se favorezca la protección del usuario a partir de la actuación del gestor, que se extralimitó en su encargo y transgredió el contrato o que, directamente, carecía de negocio subyacente por lo que su gestión le obliga frente al dueño del negocio. En consecuencia, la litigiosidad que la actualidad presenta en ese ámbito o sector

³⁸ Así se desborda el régimen general de responsabilidad establecido en el artículo 147 TR, Real Decreto Legislativo 1/2007, de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios que, efectivamente considera que «*Los prestadores de servicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio*».

financiero bancario encuentra en el referido artículo un argumento para ser resuelta a favor del *dominus negotii*.

La crisis financiera actual ha puesto de manifiesto la voracidad y agresividad de unos bancos que, con la política y objetivo de conseguir a ultranza una liquidez (para no depender de una «inyección» o ayuda pública y para no avanzar en la ejecución hipotecaria, que presenta notas antisociales y se traduce en el acopio de un capital inmobiliario con dificultad para su comercialización y realización de valor), han puesto a prueba al Derecho que debe constituir una verdadera herramienta de solución y justicia.

Entre los instrumentos jurídicos se presenta necesario aplicar la doctrina del *consentimiento informado* que permite deslegitimar e invalidar esa actuación consistente en arrojar masivamente a una «colocación» en el mercado de productos financieros complejos, para la consecución de la urgente liquidez o recapitalización bancaria, si esa contratación, comercialización o gestión de fondos no se homologa con el consentimiento de su titular, debidamente informado de los riesgos, de forma individualizada y exhaustiva. Es rechazable una contratación susceptible de ser invalidada por falta de consentimiento o vicio del mismo; como también debe cuidarse el objeto de la gestión, proscribiendo e invalidando que se acometa excediendo el mismo por la sola iniciativa del gestor. Entonces ha de favorecerse en Derecho la apreciación y reproche de la transgresión del equilibrio entre partes, la determinación de una quiebra de la confianza e incluso de la buena fe contractual, si se excedió el encargo por el gestor, aunque sea desde una actuación lícita y para la búsqueda de un provecho que luego se frustró.

Se hace preciso, evitando toda generalización, distinguir y extraer el perfil de los intervinientes en la contratación financiera para, de una parte o del lado del *dominus negotii* poder diferenciar al ahorrador del inversor, o al pequeño inversor del especulador, en función de su capacidad económica y, sobre ese nivel de rentas, entender el respectivo escenario de exposición y riesgo asumible como referente objetivo y, en clave subjetiva, averiguar su nivel de conocimiento del mercado financiero. Del lado del gestor, poder reconocer su cualificación profesional para entenderlo sujeto a una *lex artis* o a una más alta exigencia de responsabilidad en su administración de fondos o capital ajeno. Todo ello exige un esfuerzo añadido a la clasificación (con una distinción entre inversor minorista e inversor profesional) que la Directiva MiFID establece para completar la averiguación del particular escenario de riesgo, comparar aquel en que se ha operado con el de referencia o con el que se tenía por costumbre operar, para saber del individual y concreto nivel de conocimiento que legitime el *consentimiento informado* y la asunción de riesgos.

La aplicación de la *doctrina del consentimiento informado* pasa por el tratamiento individualizado de cada particular contratación o extralimitación de la misma porque ese es el tenor del precepto en cuestión, que exige referir el quebranto del *dominus negotii* en función de su nivel de riesgo o de averiguar

su interés, para saberlo desbordado, en su caso, por el del gestor. Como también, el tratamiento jurisprudencial de esta doctrina del *consentimiento informado* rechaza la estandarización y se pronuncia a favor de esa individualización. Con todo lo cual se concluye a favor del accionamiento individual antes que por las acciones o demandas colectivas. Precisamente esa consideración del perfil del ahorrador explica, cuando la pérdida que sufre es tan injusta, la excepción a la regla de exoneración por caso fortuito y de castigo ejemplar al gestor que se extralimita. Así, la importancia de medir la sola situación de riesgo o colocación de fondos en un mercado especulativo ya devenga la responsabilidad en cuanto el perfil del *dominus negotii* informe de su interés y de cómo se le sacrificó por hacer prevalecer el del gestor, o reconocer objetivamente el escenario y nivel de especulación y riesgo por el inversor asumible para sancionar el plus de riesgo puesto por el gestor. Y, en este examen de la particular situación jurídica, la institución del *consentimiento informado* también es útil como una concreción de la *doctrina del levantamiento del velo*, en cuanto esta regla contenida en el artículo 1891 del Código Civil exige la averiguación del verdadero interés que se ha hecho prevalecer para determinar si el gestor ha abusado de su posición dominante y ha subordinado el interés del *dominus* al propio personal o al que representa, desde su trabajo profesional en una entidad financiera.

Se hace necesario concordar este precepto, en aras de la predicada unidad y coherencia del Sistema Jurídico, con soluciones de tutela del Derecho de los inversores: suspensión de desahucios y ofrecimiento de la dación en pago, como muestras positivas de un compromiso y sensibilidad con el referente social por parte del legislador, a costa de un rigor de la pura teoría de las obligaciones o de ciertos excesos liberales que, desde luego, con muestras positivas como la contenida en el artículo que centra este trabajo, no se reconocen en el Código Civil en cuyo articulado si se recogen importantes muestras de protección de la integridad patrimonial de la persona, que se podrían ver ampliadas con algunas restricciones al sobreendeudamiento. Con el desarrollo de esta argumentación, efectuada en el presente estudio, se aboga por la generalización del Derecho Patrimonial Social.

De igual modo y por el mismo argumento de justicia, se ha de cuidar y evitar que esta protección, que se fundamenta y se defiende, despliegue su eficacia tuitiva con tal exceso que pueda provocar la inversión del enriquecimiento injusto (o el razonamiento que se hace para sustentar la proscripción del enriquecimiento sin causa invertido o el que se alcanza por una sobreprotección a favor del inversor especulativo). En efecto, no resulta justo que, a costa de imponer con la sobretutela una generalizada gratuidad de esa parte débil cuasi contratante, se aproveche por extensión también al inversor que, según su perfil y operatividad en el mercado, ya esté acostumbrado e interesado en actuar en un escenario especulativo, por lo que su reclamación frente a la actuación del gestor no puede permitirle una reparación integral y el «coste cero» de un encargo, cuando es más

justo y proporcionado que si el propio inversor buscó actuar en un mercado con ese carácter ha de asumir un nivel mínimo de riesgo y su equitativo coste. En otro caso, al permitir que el inversor especulativo acceda a la tutela que dispensa este precepto, se estaría incurriendo en un enriquecimiento sin causa y aplicando una sanción añadida al gestor (que habría operado en el mercado especulativo y desplegado su actividad profesional a su sola costa, sin poder repercutir ningún suplido al cliente). El gestor, en este citado supuesto, tendría que afrontar su responsabilidad civil indemnizatoria o compensatoria por la pérdida, con la reposición integral de los fondos a favor de un titular; y éste, desde el momento en que resultara indemne al no sufrir coste alguno, con esa reparación consistente en la total reposición, podría estar siendo beneficiado, según se explica y critica, con un enriquecimiento injusto, en tanto se evidencie que haya operado en un mercado oneroso sin costes, lo que de nuevo podría llevar, sancionando en este supuesto de forma extraordinaria al gestor, a la doctrina de los daños punitivos, que no es de aplicación según ha quedado expuesto.

La protección que el Derecho debe dispensar a los usuarios de los servicios financieros pasa por reconocer el referente del artículo 1891 del Código Civil y, desde el mismo, entender la coherencia del Sistema que se valida en una Constitución, como la española, de alto compromiso social y expreso mandato de garantía a favor de los consumidores. Motivo por el que se puede generalizar también hablar de protección a la parte débil cuasi contratante. Por tanto, es preciso evitar que la *aparición de buen Derecho*, tal como está desarrollada la protección del consumidor, permita concluir de modo complaciente que la legalidad tuitiva del consumidor ya está dotada de suficientes medidas. Antes al contrario, este Derecho emergente del Consumo no está consolidado y requiere, además de mayor desarrollo normativo, complementarse con la búsqueda y localización de soluciones ya contenidas en nuestro Derecho. Esta es la labor y objetivo principal que guía el presente trabajo. Bajo este compromiso se explica la actualidad del artículo 1891 del Código Civil y se ha de permitir desplegar una eficacia práctica del mismo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBUERNE, C.: «Reformas en el sistema financiero. La reestructuración de entidades de crédito», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*. URÍA MENÉNDEZ, Especial Reformas Estructurales, número extraordinario, 2012.
- ÁLVAREZ VEGA, M.ª I.: *La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*, Civitas-Thomson Reuters, 2010.
- CASTRO COTÓN, M., y ROMERO CASTRO, N.: «Responsabilidad social en el sector financiero. Situación en España», en la Monografía *Empresa responsable y crecimiento sostenible: aspectos conceptuales, societarios y financieros*, en *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, núm. 38, 2012.

- DE LA TORRE OLID, F., y DEL OLMO VELA, G.: «*Datio in solutum*: problemática jurídica e incidencia en el sistema bancario español», en *Revista Derecho & Empresa*, núm. 1, Aranzadi, 2012.
- DÍEZ-PICAZO, L.: *Derecho de Daños*, Tecnos, 2000.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, Tomo 2, Vol. II, Tecnos, 2012.
- GALLARDO OLMEDO, F.: «Responsabilidad social y protección del inversor minorista en la industria bancaria», en la Monografía *Empresa responsable y crecimiento sostenible: aspectos conceptuales, societarios y financieros*, en *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, núm. 38, 2012.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, 2000.
- SALVADOR CODERCH, P.: «La responsabilidad en el Derecho», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM)*, núm. 4, 2000.

RESUMEN

CUASI CONTRATO.
ENDEUDAMIENTO.
CRISIS FINANCIERA.
RESPONSABILIDAD CIVIL.
CONSUMIDOR. INVERSOR Y GESTOR

La coherencia y unidad del Ordenamiento Jurídico obliga al jurista a revisar preceptos de larga tradición que pueden servir para resolver problemas de hoy, antes que apostar por la novedad normativa aislada, construida ad hoc para el caso concreto y un ámbito particular.

La actualidad exige posicionarse y ofrecer soluciones justas a un problema de endeudamiento generalizado, sobre todo en cuanto esa realidad sobrevinida y de falta de liquidez trae causa en la confianza depositada por el dominus negotii en los operadores del mercado financiero que han devenido, lamentablemente, en gestores aprovechados o negligentes provocando pérdidas antes que beneficios. Estos operadores se han dedicado a ofrecer fondos sofisticados y en escenarios de aventura, aumentando la ya asumida diferencia entre el profesional y el usuario.

La problemática a la que el Derecho ha de dar respuesta es la insolvencia

ABSTRACT

QUASI CONTRACT. INDEBTEDNESS.
FINANTIAL CRISIS. CIVIL
RESPONSIBILITY. CONSUMER.
INVESTOR. MANAGER

The coherence and unity of the Legal System force lawyers to review the precepts of the long-lasting tradition, which can serve solving nowadays problems, before making use of new and isolated normative, raised for the specific case and the private sphere.

The present time requires adopting attitudes a giving fair answers to the generalized debt problem, even more provided that this overcome reality and the lack of liquidity would be produced because of the trust given by the dominus negotii to the market operators, who have become opportunist or negligent managers, producers of losses better than profits. They have also been offering sophisticated funds and risky scenarios, increasing the already assumed difference between the professional and the user.

The problem which Law has to answer is the economic insolvency, specially when patrimony loss affects limited-rents individuals, provoking the failure of the

económica, más aún cuando la despatrimonialización afecta a particulares con rentas limitadas, llegándose a la quiebra del principio constitucional de integridad y capacidad económica, garantía de la preservación de la dignidad de la persona. En consecuencia, conviene ahora buscar y revitalizar instrumentos y soluciones de Derecho positivo como la que ofrece la figura del cuasi contrato, concretamente la recogida en el artículo 1891 del Código Civil.

constitutional principle of integrity and economic capacity, guarantee of the personal dignity preservation. Consequently, we must search and revitalize Statutory Law instruments and Solutions just as the one offered by the quasi contract concept, specifically in the article 1891 of the Civil Code.

(Trabajo recibido el 8-4-2013 y aceptado para su publicación el 31-7-2013)

La exclusión de los negocios jurídicos sobre bienes inmuebles de la legislación de contratos del sector público

por

SOFÍA DE SALAS MURILLO

Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad de Zaragoza

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. ETAPA DE INCLUSIÓN DE LOS CONTRATOS INMOBILIARIOS EN LA LEGISLACIÓN SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS:
 - A) LEY DE CONTRATOS DEL ESTADO DE 1965-1973.
 - B) LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE 1995:
 1. *El artículo 5.3 no se ha interpretado literalmente, sino a la luz del artículo 5.2.b).*
 2. *No todos los contratos sobre inmuebles se incluyen en el artículo 5.3.*
- III. ETAPA DE EXCLUSIÓN DE LOS CONTRATOS INMOBILIARIOS EN LA LEGISLACIÓN SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS: LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO DE 2007.
- IV. CONCLUSIONES.
- V. BIBLIOGRAFÍA CITADA.
- VI. ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA, INFORMES Y DICTÁMENES.

I. INTRODUCCIÓN

Asistimos en los últimos años a un importante incremento del patrimonio inmobiliario de las Administraciones Públicas. Incremento derivado, en ocasiones, no del interés de éstas en la adquisición de inmuebles, sino de las resultas de embargos por impagos. La imperiosa necesidad, a su vez, de conseguir recursos económicos, fuerza a las Administraciones a llevar a cabo las correspondientes operaciones jurídicas de venta, arrendamiento, concesión de derecho de superficie, etc.

No es, por supuesto, el único campo ni la única razón de ser de los negocios jurídicos que las Administraciones llevan a cabo sobre inmuebles, pero no cabe duda que la coyuntura actual ha hecho que este tipo de negocios adquiriera especial relevancia. Esta coyuntura ha coincidido en el tiempo con un cambio legislativo que ha pasado relativamente desapercibido y que sin embargo, se ha traducido en una situación de desconcierto para los operadores jurídicos, que en no pocos casos, inaplican la nueva legislación, con la correspondiente frustración de los objetivos de política legislativa que llevaron a dicha reforma.

Me estoy refiriendo a la *exclusión* que la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (actualmente integrada en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público [Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre], TRLCSP) opera sobre los negocios jurídicos que recaen sobre bienes inmuebles. Modificación legislativa de mayor calado del que pueda parecer a primera vista, pues pasa de considerar estos contratos como *privados pero sometidos a la legislación sobre contratación pública* en lo que hace a su preparación y adjudicación, a considerarlos, por supuesto como *privados, pero excluidos* de dicha legislación, con lo que se excluyen también de todo lo referente a su preparación y adjudicación.

Recordemos los aspectos principales de la evolución legislativa hasta llegar a este punto.

La división fundamental entre los contratos en que actúa una Administración Pública (o en sentido amplio, el Sector público) es la de contratos administrativos y contratos privados. Dentro de los primeros ha de reseñarse una categoría específica: la de los contratos administrativos especiales, que ha sido muy relevante precisamente en el caso de los contratos que recaen sobre inmuebles, en los que se va a centrar este trabajo.

En términos generales, puede recordarse que a través de estos años la legislación sobre contratación pública ha intentado disciplinar la regulación de unos y otros (administrativos y privados), sobre la base de que prerrogativas como las de interpretación, modificación y resolución unilateral del contrato sólo se aplican a los de carácter administrativo, y de que el reparto jurisdiccional se hace, en principio, en función de la calificación del contrato como administrativo

o privado. No obstante, como ha puesto de relieve GARCÍA DE ENTERRÍA¹, la calificación de un contrato de la Administración como privado o administrativo no tiene por sí misma una trascendencia decisiva en orden a la determinación de la regulación de fondo de unos y otros, pues a la postre, hay que estar a las reglas específicas de cada contrato, porque son esas reglas, y no una genérica calificación del mismo como administrativo o como privado, las que definen su concreto régimen jurídico².

Sea como fuere, lo que es cierto es que cuando se considera un contrato como administrativo (sea de los típicos o sea de los contratos administrativos especiales), en principio todo su *iter* contractual se halla sometido al Derecho Administrativo, y si se trata de un contrato privado —conforme a la teoría de los actos separables—, sólo la preparación y adjudicación de los contratos se rige por el Derecho Administrativo, y en concreto, lo referente a cuestiones como la competencia del órgano de contratación, la capacidad del contratista adjudicatario, la determinación del objeto del contrato y del precio, la tramitación del expediente al que han de incorporarse los pliegos de cláusulas que han de regir el contrato, la adjudicación del contrato atendiendo a los principios de publicidad y concurrencia, o la formalización del contrato (art. 156 TRLCSP).

Siguiendo estas líneas maestras, la legislación sobre contratos administrativos ha situado —expresa o implícitamente— los contratos inmobiliarios en una de estas dos categorías, pero siempre (hasta ahora) dentro del ámbito de aplicación de dicha legislación.

II. ETAPA DE INCLUSIÓN DE LOS CONTRATOS INMOBILIARIOS EN LA LEGISLACIÓN SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS

A) LEY DE CONTRATOS DEL ESTADO DE 1965-1973

Así, el artículo 4.2 de la Ley de Contratos del Estado (Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley de Bases de Contratos del Estado, modificado precisamente en este punto por la Ley 5/1973, de 17 de marzo) preveía un régimen específico dentro de los contratos

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, I, Thomson-Civitas, 14.ª ed., 2008, pág. 713.

² Y es que la distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración no implica, según GARCÍA DE ENTERRÍA, una remisión que conduzca a «régimenes jurídicos irreductiblemente diferentes, sino en buena parte próximos». Y además, no son régimenes unitarios y compactos, es decir, no hay un solo régimen jurídico para los contratos administrativos y otro para los contratos privados, sino varios régimenes distintos a cada lado de la línea divisoria». GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, I, cit., pág. 709.

administrativos, para los que no tuvieran por objeto directo la ejecución de obras, la gestión de un servicio público o la prestación de suministros (a los que se dedicaba el art. 4.1), «*como los de contenido patrimonial, de préstamo, depósito, transporte, arrendamientos, sociedad o cualesquiera otros, que tengan carácter administrativo por declararlo así una Ley, o por su directa vinculación al desenvolvimiento regular de un servicio público o por revestir características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público para el desarrollo del contrato...*». Por su parte, el artículo 4.3 se dedicaba a los contratos, «*que no tengan carácter administrativo, por no estar incluidos en los supuestos previstos en la misma...* (en la regla anterior)» —que serían calificables actualmente como contratos privados—, y que se regían «*en cuanto a sus efectos y extinción por sus normas especiales si las hubiera y, en su defecto, por las normas del Derecho Privado que les sean aplicables en cada caso*» (art. 4.3.b). Esta Ley divide por tanto los contratos celebrados por la Administración en una triple categoría: contratos administrativos típicos, contratos administrativos atípicos o especiales y contratos privados de la Administración. Los primeros son los que tienen por objeto directo e inmediato obras, servicios o suministros públicos; los segundos, aquellos que, teniendo cualquier otro objeto, se consideraban de carácter administrativo, ya por declaración expresa de una ley, por estar directamente vinculados al desenvolvimiento regular de un servicio público o por revestir la actividad características intrínsecas que hiciesen precisa una especial tutela del interés público para el desarrollo del contrato; y la tercera categoría, por los contratos que no tenían carácter administrativo por no incluirse en las categorías anteriores y que eran, en definitiva, los contratos privados de la Administración. Explica el Consejo de Estado [Dictamen 1336/2005, de 17 de noviembre de 2005], refiriéndose a la reforma efectuada en la Ley de Contratos del Estado por la Ley de 1973, que «a partir de la referida reforma legislativa —pese a su previa penetración por vía jurisprudencial— ...se produjo el fenómeno de expansión del carácter administrativo de los contratos de la Administración, a partir de los denominados contratos «especiales» que, aun no siendo administrativos por razón del objeto, podían serlo en atención a su finalidad (sentencias del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 1985, 8 de marzo de 1986 y 19 de mayo de 1986)».

Los términos del artículo 4.2: «*directa vinculación al desenvolvimiento regular de un servicio público*», sugieren una interpretación en sentido riguroso y estricto, que sin embargo no es la aplicada por la Jurisprudencia civil, que considera como administrativos muchos contratos, a los efectos de reconocer con gran amplitud la competencia de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

En este sentido, es representativa la STS de 11 de mayo de 1982 [RJ 1982/2566] (Sala de lo Civil), que partiendo de que contratos administrativos y contratos privados poseen «una común plataforma sustentadora constituida por la elaboración iuscivilística del contrato», afirma que cuando «la modulación

del contrato por la Administración —variantes introducidas por su presencia en la genérica institución contractual— alcanza cierta intensidad es predicable la atribución a la jurisdicción contenciosa»³. Centrándonos en los pronunciamientos que de una forma u otra se refieren a negocios jurídicos sobre bienes inmuebles, la Sala de lo Civil (STS de 7 de noviembre de 1983 [*RJ* 1983/5959]) reconoce, en la misma línea que la sentencia que acabamos de citar, la competencia de la Jurisdicción contencioso-administrativa —por tratarse de un contrato administrativo— en el caso de una donación de un solar de un Ayuntamiento a FET de las JONS, entidad integrada en la Secretaría General del Movimiento, que entonces tenía carácter y condición de Ministerio, por considerar que lo es para un «destino puramente administrativo y público, de interés general» (Cdo. 4). La misma solución se da en el caso de una venta por el Instituto Nacional de Urbanismo de una parcela con la finalidad de crear o instalar nuevas industrias, fomentando, en definitiva, la industrialización de determinada zona (STS de 28 octubre de 1991 [*RJ* 1991/7241], Sala de lo Civil), pues, recogiendo la doctrina de sentencias anteriores como la STS de 9 de octubre de 1987 [1987/6931], considera que una «relación jurídica concreta ofrecerá naturaleza administrativa cuando ha sido determinada por la prestación de un servicio público, entendido el concepto en la acepción más amplia para abarcar cualquier actividad que la Administración desarrolla como necesaria en su realización para satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de su competencia» (FJ 2.º).

Por su parte, la Jurisdicción contencioso-administrativa (STS de 16 de diciembre de 1980 [*RJ* 1980/5020], Sala de lo contencioso-administrativo), reconoce su propia competencia y califica de contrato administrativo especial el de compra de una finca rústica con pozo de agua para el abastecimiento de población —que queda afectado como bien de dominio público—, puesto que considera que satisface directa e inmediatamente una finalidad pública, integrándose dicha finalidad en la causa del contrato (Cdo. 1). También lo hace en el caso de la compra de una parcela para la construcción de viviendas de protección oficial (STS de 11 de junio de 1996 [*RJ* 1996/6123], Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5.ª). Precisamente esta Sala llega a afirmar que dada la amplitud del concepto de servicio público, el de contrato administrativo especial vendría determinado doctrinalmente por la definición negativa o excluyente del servicio público, es decir, cuando el contrato no tiene por objeto la gestión del dominio privado, patrimonial o mercantil de la Administración, el contrato será administrativo (recogiendo sentencias anteriores, STS de 30 de octubre de 1990

³ Esta sentencia no se refiere a los contratos inmobiliarios, sino a una cuestión relativa a los honorarios de un arquitecto por la elaboración de un proyecto para la Administración del Estado, pero los criterios utilizados por la Sala de lo Civil para declarar la incompetencia de su jurisdicción por tratarse de un contrato administrativo, han sido utilizados en sentencias posteriores.

[RJ 1990/8400])⁴. Reproduciendo los razonamientos de esta última sentencia, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 28 de septiembre de 2004 (Sección 13.^a) [JUR 2004/305019], reafirma la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en un caso de acción de desahucio por expiración del término del arrendamiento de unos terrenos, siendo arrendatario un Ayuntamiento, y basa la vinculación al giro o tráfico específico de la Administración, en el hecho de que con el arrendamiento se pretende satisfacer de forma directa una finalidad pública de su competencia, que concretamente es la recogida en el artículo 25.2.m) de la Ley de Bases de Régimen Local: «*Actividades o instalaciones culturales y deportivas; ocupación del tiempo libre; turismo*», sin que se desprenda del Auto el destino del arrendamiento en cuestión⁵.

En otros pronunciamientos sin embargo, no resulta tan clara la finalidad pública e incluso, la calificación como administrativo especial del contrato en cuestión. En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de la Junta de Castilla y León (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 2.^a), en la sentencia de 17 de septiembre de 2004 [JUR 2004/271150], considera *contrato administrativo especial* el de constitución de un derecho de superficie sobre una parcela del terreno propiedad del ayuntamiento de Las Navas del Marqués, a favor de una entidad mercantil (Promotora de Comunidades de Propietarios, S. L.) para la construcción a su cuenta y cargo de un edificio destinado a restaurante y cafetería (la escritura pública de constitución es de 5 de noviembre de 1971). El superficiario, como contraprestación, debía ceder gratuitamente la edificación en normal estado de conservación y funcionamiento al Ayuntamiento al cumplirse «el plazo de 50 años que es la duración, con carácter inalterable, del derecho de ocupación», satisfaciendo además un canon de ocupación pactado sin perjuicio de la revalorización automática en proporción a la cuantía en que se elevara el jornal mínimo legal del peón ordinario. La Comisión Municipal de Gobierno adoptó un acuerdo el 30 de octubre de 2002 en el que pretendía entre otros extremos revalorizar el canon en un 12 por 100, así como no conceder la prórroga del contrato. Con ocasión de la demanda de anulación de dicho acuerdo por parte de la entidad superficiaria, el Tribunal afirma que: «Estrictamente se trata de un contrato administrativo, cuyo objeto es la constitución de un derecho de superficie, otorgado en este caso en favor del recurrente, sobre un bien patrimonial del ayuntamiento (no dominio público) recibiendo el ayuntamiento dos contraprestaciones: 1.^a) el canon anual, y 2.^a) al final del contrato el inmueble que el superficiario se comprometió a construir pasará a dominio municipal. Por

⁴ En el caso resuelto por la sentencia, se trataba de la adquisición de un inmueble destinado a la instalación de un hogar de ancianos previa la convocatoria del correspondiente concurso para ello.

⁵ La legislación vigente al tiempo de celebrarse el contrato (año 1992) era la de 1965-1973, y es la que aplica el Auto, si bien alude expresamente a que es el mismo criterio seguido por la Ley 13/1995.

ello, la normativa aplicable será la reguladora de los contratos administrativos vigente al tiempo de los hechos, sea norma estatal o local, según los casos...». El problema es que no termina de quedar clara cuál es esta legislación para el Tribunal, dado que cita la Ley 13/1995, de 18 de julio, de Contratos del Estado, pero también la normativa derogada por ésta, como los artículos 14 y 18 del Decreto 923/1965; y estos, para recordar, entre otros extremos, las tradicionales prerrogativas que asisten a la Administración de cara a la interpretación y resolución de dudas que ofrezca el cumplimiento del contrato, como la posibilidad de, excepcionalmente y por razones de orden público, autorizar a modificar los contratos celebrados y acordar su resolución (para lo cual cita el Decreto 3410/1975). Estas alusiones a la legislación de 1965-1973, vigentes al tiempo de la constitución del derecho, no dejan de ser llamativas, dado que es bastante dudoso que su presupuesto se dé en el caso concreto.

Por lo demás, en los hechos relatados se describen incumplimientos del contrato por ambas partes: por parte de la entidad superficiaria, que construye una sala de fiestas, en lugar de una cafetería (sorprendentemente con licencia municipal) y por parte del concedente, que aplica las revalorizaciones descritas, que no estaban pactadas. Pues bien, partiendo del carácter administrativo del contrato, reconoce el Tribunal que la construcción de la sala de fiestas es una novación de la esencia contractual que, a pesar de la licencia administrativa, no ha seguido el procedimiento establecido y por ello es un incumplimiento contractual que fundamenta la «resolución del contrato en lo referente a su imposibilidad de prórroga de la duración»; sin embargo, no admite, por el mismo motivo —la sujeción a lo pactado en los pliegos de contratación—, la respuesta por parte del Ayuntamiento ante el incumplimiento del superficiario, de un incremento del canon no autorizado ni previsto en el contrato.

En las sentencias a las que acabamos de hacer referencia, se puede identificar un criterio finalista en virtud del cual, la vinculación de un contrato a un servicio o interés público puede comportar su calificación como administrativo siempre que dicho fin se incorpore a la causa del contrato y, consecuentemente, se convierta en elemento esencial del mismo, en el sentido del artículo 1261 del Código Civil. Parece encontrarse aquí una aplicación específica del sentido subjetivo de la causa, en que los llamados «motivos causalizados» —al menos los de una de las partes contratantes (la Administración Pública)— son los de servicio al interés público. Recordemos que la jurisprudencia civil ha reconducido aquéllos al tema de la causa, afirmando entonces que el móvil «se incorpora» a ésta (así lo hacen, entre otras, las SSTs de 11 de julio de 1984 y 21 de julio de 2003)⁶.

⁶ A juicio de Pedro de PABLO CONTRERAS, que cita éstas y otras sentencias al exponer la dimensión subjetiva de la causa, estos supuestos nada tienen que ver con la causa, sino que atañen al requisito del consentimiento. Como explica este autor, «alguna de estas decisiones

La aplicación práctica de dicho criterio vino condicionada a su vez por dos factores que conviene conocer: la amplitud en la interpretación del concepto vinculación contractual a un servicio público, y la aplicación de determinados criterios de carácter procesal.

Respecto al primer factor, dicha vinculación se apreciaba, como hemos tenido ocasión de ver, en cualquier actividad que por considerarse de realización necesaria para la satisfacción de un interés público, estuviera atribuida a la Administración como competencia propia. En este sentido, la STS de 13 de febrero de 1990 [RJ 1990/1430] (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a), recogiendo doctrina anterior, afirma que «hay que atender básicamente al objeto o visión finalista del negocio, de suerte que una relación jurídica concreta ofrecerá naturaleza administrativa cuando ha sido determinada por la prestación de un servicio público, entendiendo este concepto en su acepción más amplia para abarcar cualquier actividad que la Administración desarrolle como necesaria para satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de su competencia y por lo mismo correspondiente a sus funciones peculiares; sentido lato que inspira el artículo 4 de la Ley de Contratos del Estado, de 17 de marzo de 1973, cuya regla 2.^a comprende la relación típica que el órgano administrativo desarrolla en el ámbito de su competencia funcional».

El segundo factor, consistente en un criterio procesal, sirvió de fundamento a la progresiva *vis expansiva* del carácter administrativo de los contratos de la Administración. Y este criterio no es otro que el derivado de la aplicación del artículo 3.a) de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956, que al afirmar que dicha Jurisdicción conocerá de «*las cuestiones referentes al cumplimiento, inteligencia, resolución y efectos de los contratos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, celebrados por la Administración Pública, cuando tuvieren por finalidad obras y servicios públicos de toda especie*», fue llevando a cabo de forma progresiva una ampliación del ámbito de la contratación administrativa.

Pese al predominio de la calificación como administrativos de los contratos, que acabamos de ver, hay casos en los que no se ha apreciado la citada vinculación y el contrato se considera privado, siendo competente la Jurisdicción

jurisprudenciales se refieren al caso de que los motivos hayan sido elevados por las partes expresamente a la categoría de condición del contrato —aunque acaso no la hayan llamado así—, y entonces el supuesto ha de recibir el tratamiento de esta determinación de la voluntad (y el problema, por supuesto, es de consentimiento, y no de causa). Otras se sitúan en la línea de la teoría de la presuposición formulada por WINDSCHEID, que entiende como tal una «condición no desarrollada» que se da cuando el sujeto sólo quiere el efecto jurídico para el caso de que exista o se produzca un cierto supuesto de hecho, pero no llega a hacer depender de él la eficacia del negocio porque da por segura —presupone— su existencia o producción»; cfr. DE PABLO CONTRERAS, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, DE PABLO CONTRERAS, PÉREZ ÁLVAREZ y PARRA LUCÁN, *Curso de Derecho Civil (II), Derecho de Obligaciones*, 3.^a ed., Colex, 2011, págs. 376 y 377.

Civil: una venta de bienes de propios de un Ayuntamiento hecha con fines privados, sin que a ello obste el que se hubiera hecho en pública subasta, que también se celebra en los contratos civiles (STS de 19 de octubre de 1981 [RJ 1981/4484], Sala de lo Contencioso-Administrativo); o en el caso de compra por un Ayuntamiento de unos terrenos hecha en documento privado —no por procedimiento expropiatorio— (STS de 11 de junio de 1993 [RJ 1993/4827], Sala de lo Civil), sin que en ningún caso la obligación de facilitar un camino de acceso a otras fincas de la vendedora que quedaron enclavadas y sin salida a la carretera por efecto de la transmisión, pueda considerarse un servicio público.

Junto a ello, existe un caso muy concreto, que es el de arrendamiento de inmuebles pertenecientes a la Administración para destinarlos a servicios de bar o cafetería, en el que se aprecian valoraciones en ambos sentidos.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo (STS de 20 de noviembre de 1996 [RJ 1996/8225], Sala 5.^a), atribuye naturaleza privada al arrendamiento de un bar-cafetería ubicado en un Teatro municipal, y en consecuencia, reconoce la competencia de la Jurisdicción civil, «dado el carácter de bien patrimonial del objeto arrendado, la consideración de ingresos privados de sus rentas y la no condición de servicio público del bar-cafetería del «Teatro Romea», propiedad del Ayuntamiento y que constituye tal objeto locaticio, sin que a ello se oponga el que en el contrato suscrito se califique a éste de administrativo, pues las cosas son lo que son y no lo que se las denomina...». En sentido inverso, la Sala de lo Civil, en la STS de 17 de julio de 1999 [RJ 1999/5958], reconoce el carácter administrativo y considera este tipo de actividades como «servicio público», en el caso de un organismo autónomo de una entidad local que contrata de forma verbal con una empresa la prestación del servicio de restaurante y cafetería a los asistentes oficiales a la sede de una feria ganadera. Por su parte, la STS de 17 de julio de 1995 [RJ 1995/5856] (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a), al resolver acerca de la naturaleza jurídica de la concesión de un servicio de cafetería en residencia sanitaria, defiende también el carácter administrativo del contrato, al tratarse de un servicio ligado al desenvolvimiento normal del servicio público, pues por el principio de accesoriedad, las deficiencias de aquél repercutirían en éste. Sobre la base de que la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, que se aplica a contratos cualquiera que sea su naturaleza jurídica *«cuando tuviesen por finalidad obras y servicios públicos de toda especie, entendido el concepto en la acepción más amplia para abarcar cualquier actividad que la Administración desarrolla como necesaria en su realización para satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de su competencia»*, reafirma la sentencia que «es corriente doctrinal y jurisprudencial reciente la que partiendo del fin de interés general del contrato —no de su objeto— afirma el carácter público de todos aquellos en que intervenga la Administración contratante, siempre que no se persiga un fin eminentemente lucrativo».

En este sentido —y aunque se base en la legislación posterior— ha de hacerse mención al Informe 5/1996, de 7 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que precisamente en el caso de arrendamientos complejos de servicio de cafetería o comedor en inmuebles o locales pertenecientes a la Administración, sostiene que dichos arrendamientos podían seguir cualquiera de las dos vías: consideración como contrato privado, o como contrato administrativo especial⁷, pero que «cualquiera que sea su naturaleza jurídica, se regirán por las normas que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas dedica a los contratos administrativos, en cuanto a su preparación y adjudicación».

En este mismo ámbito de actividades, el citado órgano consultivo (Informe 43/2007, de 29 de octubre) ha considerado contrato privado el de constitución de un derecho de superficie sobre bienes municipales de carácter patrimonial de un Ayuntamiento, para la construcción de una cafetería, pues, aplicando los artículos 4.2 y 4.3 de la Ley de Contratos del Estado de 1965, afirma que «no existe ni una Ley que declare la naturaleza administrativa del contrato por el que se constituye el derecho, ni está directamente vinculado al desenvolvimiento de un servicio público, ni, finalmente, reviste características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público para el desarrollo del contrato. Consiguientemente, y de acuerdo con la norma vigente en el momento de constituirlo, el contrato a que se refiere la consulta debe ser configurado con un contrato de naturaleza privada que debe regirse por sus propias normas (en el caso presente los correspondientes artículos de la Ley del Suelo) y, en defecto o insuficiencia de éstas por las normas del Derecho Privado».

La consulta se planteaba precisamente, como premisa necesaria para aclarar cuál era el modo de acordar la resolución del contrato, una vez que había quedado acreditado el incumplimiento por el adjudicatario del derecho de superficie de las condiciones establecidas para la adjudicación. Puesto que se atribuye al contrato naturaleza jurídico-privada, no cabe aplicar para su resolución las potestades que asisten a la Administración en aquellos casos en que actúa en el ámbito del Derecho administrativo, y en consecuencia, no podrá acordar y ejecutar de modo unilateral la resolución. Por el contrario debe valerse de las técnicas propias del Derecho privado, lo que implica, en caso de no consentir la resolución el interesado, acudir a la jurisdicción ordinaria en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil para obtener la resolución contractual y el desahucio del inmueble.

⁷ En este sentido, afirma la JCCA que «las nuevas expresiones utilizadas por el artículo 5.2.b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para caracterizar a los contratos administrativos especiales, por su amplitud, no suponen obstáculo a la caracterización como tales de los contratos que tengan por objeto los servicios de cafetería y comedor y, en general, los consignados en el escrito de consulta».

B) LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE 1995

La Ley de 1965-1973 fue derogada por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Ley 13/1995, de 18 de mayo, reformada en este punto por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, e integrada en el Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio). El artículo 5.2.b) de dicha Ley de 1995 (se mantiene la numeración en el TRLCAP 2000) considera que: «2. *Son contratos administrativos: ...b) Los de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella o por declararlo así una ley.* 3. *Los restantes contratos celebrados por la Administración tendrán la consideración de contratos privados y, en particular, los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles...*». Ello se completa, respecto al régimen jurídico de los contratos privados, en el artículo 9.1 TRLCAP, al señalar que: «1. *Los contratos privados de las Administraciones Públicas se regirán en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas administrativas específicas, por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo y en cuanto a sus efectos y extinción, por las normas de Derecho Privado. A los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables se les aplicarán, en primer lugar, en cuanto a su preparación y adjudicación, las normas de la legislación patrimonial de las correspondientes Administraciones Públicas*»⁸. Y a su vez, la normativa sobre contratación pública es supletoria de la legislación patrimonial en este punto, como afirmó la Junta Consultiva de Contratación administrativa en el Informe 7/1996, de 7 de marzo sobre «Aplicación supletoria de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en la tramitación de expedientes de contratación patrimonial como arrendamientos y adquisiciones onerosas de bienes inmuebles».

Interesa destacar la introducción en el artículo 5.2.b) —por influencia de GARCÍA DE ENTERRÍA— de la alusión al concepto de «giro o tráfico específico de la Administración», o más simplificada, giro o tráfico administrativo, como criterio delimitador del ámbito conceptual del Derecho Administrativo, que se da cuando la Administración actúa «dentro del campo concreto

⁸ «3. *El orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en los contratos privados. No obstante, se considerarán actos jurídicos separables los que se dicten en relación con la preparación y adjudicación del contrato y, en consecuencia, podrán ser impugnados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de acuerdo con la normativa reguladora de dicha jurisdicción*».

de las competencias y atribuciones cuyo ejercicio constituye su misión y su responsabilidad específicas»⁹.

Comparándola con la legislación anterior, en opinión de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, esta Ley opera una ampliación del «ámbito de los contratos administrativos especiales, pues la vinculación al giro o tráfico de la Administración contratante, al tratarse de una mera vinculación y no de una pertenencia estricta, permite incluir en esta categoría a los contratos que afectan al concreto interés público perseguido por la Administración de que se trate» (Informe 5/1996, de 7 de marzo).

Sin embargo, la Jurisprudencia, consciente de la dificultad que supone el deslinde entre los contratos administrativos especiales y los contratos privados otorgados por las Administraciones Públicas (SSTS de 24 de enero de 2007 [RJ 2007/710] y 27 de mayo de 2009 [RJ 2009/3189]), reconoce que el problema radica precisamente «en la amplitud con la que quiera verse dicho elemento teleológico, puesto que, por el mero hecho de ser Administraciones Públicas, resulta coherente la búsqueda de un interés público en sus actos, siquiera de forma indirecta». Por ello, han de descartarse interpretaciones amplias de la visión finalista del negocio —como la sostenida en la STS de 9 de octubre de 1987 [RJ 1987/6931], citada anteriormente—, y exigirse otros elementos adicionales del contrato celebrado por las Administraciones Públicas para dotarle de una naturaleza administrativa. Ambas sentencias contienen la afirmación, en este sentido, de que: «La visión de la evolución que ha experimentado el concepto legal de los contratos administrativos pone de manifiesto la voluntad del legislador de aquilatar su ámbito, en función de la directa vinculación de su objeto con la satisfacción del interés público, al que están ordenadas las potestades administrativas, y que son las que revisten de *imperium* la actuación de la Administración y justifican las facultades —interpretativas y modificativas— de que disfruta en las relaciones contractuales. Así, se aprecia que se ha pasado del desenvolvimiento regular de un servicio público o de la presencia de características intrínsecas que hagan necesaria la especial tutela del interés público en la ejecución del contrato ... a la vinculación al giro o tráfico específico de la Administración contratante, y a la directa o inmediata satisfacción de una finalidad pública de la específica competencia de aquella, como elementos definitorios de la naturaleza administrativa del contrato que, si bien no son expresión por sí mismos de una reducción conceptual, sí permiten apreciar sin embargo un abandono de las posiciones basadas en un concepto amplio del servicio público, y así como de consideración de la vinculación a la satisfacción de un interés

⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, «Verso un concetto de Diritto Amministrativo come Diritto statutario», en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Anno X, 1960, y trabajos posteriores; cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, I, cit. pág. 708.

general, para atender al específico ámbito de actuación y de competencias de la Administración contratante y para exigir una más directa relación entre el objeto del contrato y el servicio o la finalidad pública».

En el tema que nos ocupa, se aprecia un cambio decisivo en el hecho de que a los contratos inmobiliarios se atribuye el carácter de contratos privados mediante un pronunciamiento con aspecto de presunción: *«tendrán la consideración de»* (art. 5.3). Es decir, en sentido negativo, serán privados aquellos contratos que no sean públicos, teniendo en cuenta que son públicos todos los anteriormente definidos en el artículo 5.2; y en sentido positivo, serán siempre privados *«en particular, los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles...»*.

Así, en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (Informe 36/1997, de 10 de noviembre), en el que responde a la consulta acerca del carácter (privado o administrativo especial) de las ventas o arrendamientos de inmuebles celebrados por la Tesorería de la Seguridad Social, se dice que: *«2. La circunstancia de que el artículo 5.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas señale expresamente que, entre otros, tendrán la consideración de contratos privados los contratos de compraventa y arrendamiento sobre bienes inmuebles exime de cualquier otro razonamiento tendente a demostrar que la naturaleza jurídica de estos contratos es la de contratos privados de la Administración, sin que puedan incluirse en la categoría de contratos administrativos especiales a que se refiere el propio artículo 5 en su apartado 2.b). De la calificación como contratos privados puede deducirse sin ninguna dificultad su régimen jurídico, dado que según el artículo 9.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas los contratos privados se rigen, en cuanto a su preparación y adjudicación, por las normas de la Ley y sus disposiciones de desarrollo y en cuanto a sus efectos y extinción, por las normas de Derecho Privado, dejando a salvo, sin embargo, para los contratos de compraventa y arrendamiento de inmuebles las especialidades de la legislación patrimonial aplicable en cada caso»*.

La preparación y adjudicación se rigen por las normas administrativas específicas en cuestiones como la exigencia de garantías provisionales y definitivas exigidas a los licitadores en las enajenaciones de inmuebles hechas por una Administración Pública (Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 22/2002, de 23 de octubre).

De una interpretación literal del artículo 5.3 podríamos deducir que por el hecho de recaer sobre un inmueble, el contrato no entra en el ámbito de aplicación del artículo 5.2.b). Sin embargo, no es ésta la interpretación seguida por los tribunales a la hora de conciliar ambos párrafos. Y además, el artículo 5.3 no se ha aplicado a todos y cada uno de los contratos que recaen sobre inmuebles, pese al inciso *«demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles»*, y en este sentido, merece una consideración especial el contrato de constitución

de un derecho de superficie, que no se nombra en la enumeración del 5.3 y que precisamente es considerado en muchas ocasiones como contrato administrativo, incluso en casos que no está clara su vinculación con las finalidades públicas.

1. *El artículo 5.3 no se ha interpretado literalmente, sino a la luz del artículo 5.2.b)*

Los términos del artículo 5.3 no parecen dejar mucho margen a la valoración, pero sin embargo, los Tribunales, en la no excesivamente numerosa jurisprudencia sobre este punto, siguen justificando el motivo por el que determinadas compraventas de inmuebles no son contratos administrativos especiales y entran a valorar si su objeto sigue vinculado al giro o tráfico administrativo, por satisfacer de forma directa e inmediata una finalidad pública. Es decir, no lo consideran privado por el hecho de ser compraventa de un inmueble, sino porque dicha compraventa no tiene esa finalidad de interés público.

Sobre esta base, las Audiencias Provinciales siguen razonamientos distintos.

Una opción es partir del artículo 5.3, que otorga a la compraventa de inmuebles un carácter «presumiblemente privado» —como afirma el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14.ª), de 31 de octubre de 2005 [*JUR* 2006/1581])—, para luego plantearse si, sobre esa presunción, su finalidad es pública a los efectos de poder ser incluido en el artículo 5.2.b). El Auto citado, en un caso de acceso diferido a la propiedad de unas viviendas de promoción pública del Ministerio de Defensa, entiende que el contrato «puede, en principio, incluirse entre aquellos contratos privados a que se refiere el número 3 del artículo 5 de la Ley 13/1995», pero al no constar «que haya sido declarada la condición de administrativo por una Ley, ni que tenga directa vinculación al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella, ya que esa directa vinculación no puede deducirse sin más del tenor literal del informe emitido por la Asesoría Jurídica General del Ministerio de Defensa, con ocasión de solicitar la actora y otros interesados en la misma situación, la certificación de actos presuntos por falta de respuesta a la reclamación de otorgamiento de escritura pública de propiedad...». Además, la propia actora niega que la vivienda que constituye su objeto «tenga la consideración de apoyo a la función militar en razón de un cargo específico y, por ello, que sea necesaria para el funcionamiento del Ministerio de Defensa», y por ello, tal contrato, se insiste, en el presente momento procesal, «podría ser calificado como civil y, en consecuencia, son competentes para el conocimiento de las cuestiones que se planteen respecto a su contenido y efectos, cuestiones de necesario examen con carácter previo a la declaración de procedencia o improcedencia del otorgamiento de escritura de propiedad solicitado en la demanda...».

En la misma línea, en la SAP de Segovia (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) de 12 de julio de 2010 [*JUR* 2010/310814], en un caso de ventas de Viviendas de protección oficial por la Consejería de Fomento de la Junta de Castilla y León, la Audiencia parte de que «la conclusión no puede ser otra que la de considerar que se trata de un contrato privado de los definidos en el apartado 3 del artículo 5 de la normativa ya citada» para, a continuación, como si ese argumento no fuera suficiente, entrar a considerar que en este caso, la Administración actúa como un mero vendedor privado de viviendas, y el «contrato no tiene una finalidad puramente pública», que sí tendría si «estuviéramos ante una cesión gratuita del inmueble por concurrir en la demandada unas concretas características que la hicieran merecedora de una especial protección». La finalidad inmediata es la venta del inmueble, según la sentencia, y solo de forma mediata el favorecimiento del acceso a la vivienda por parte de un ciudadano, por lo que no se puede incluir en la acepción amplia de contrato administrativo derivada del artículo 5.2.b).

El Auto AP de Jaén (Sala de lo Civil, Sección 3.^a), de 5 de noviembre de 2010 [*AC* 2011/121], hace el proceso inverso, pues primero se plantea en el caso de una compraventa de vivienda en autoconstrucción, siendo promotor un Ayuntamiento: partiendo de que «no todo lo que hace la Administración, aunque satisfaga con ello el interés general, se puede calificar ni definir como servicio público», afirma que en este caso que: «No será difícil convenir ... que no estamos en presencia ni de un servicio público municipal, ni de un contrato de gestión de servicio público...», pero sin entrar a mayores valoraciones. Tras afirmar esto, alude «a mayor abundamiento», al argumento de que los negocios jurídicos sobre bienes inmuebles son privados.

No son muchas las sentencias que han llegado al Tribunal Supremo sobre este particular; no obstante las que hay, y señaladamente, la STS de 30 de diciembre de 2011 (Sala de lo Civil) [*RJ* 2012/304], son claras: ante un supuesto de resolución por incumplimiento de la S. L., compradora de una parcela adjudicada por un Ayuntamiento tras un concurso administrativo, el Tribunal Supremo declara sin lugar a dudas el carácter civil del contrato. La parte inicialmente demandada y recurrente en casación (la S. L. adjudicataria) aducía la incompetencia de la jurisdicción civil, argumento que es rechazado contundentemente por la Sala 1.^a sobre la base de que lo referente a la «compraventa, su perfección (elementos del contrato) y eficacia (su ineficacia en el caso de resolución) compete exclusivamente a la jurisdicción civil...», pues «tras la sucesión de actos administrativos, el contrato de compraventa no es un contrato administrativo conforme al artículo 5.2 de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas, Real Decreto-Legislativo 2/2000, de 16 de junio»).

2. *No todos los contratos sobre inmuebles se incluyen en el artículo 5.3*

Consideración aparte, como ya he comentado, merece el contrato por el que se constituye el derecho de superficie. A él no se alude en la enumeración del artículo 5.3, aunque perfectamente cabría en el inciso genérico con el que éste termina, si bien la práctica demuestra que, suele ser calificado de administrativo, aunque no quede probada su vinculación con el interés público.

Ejemplo de calificación como administrativo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª) de 7 de marzo de 2000 [RJCA 2000/271], que resuelve un pleito en que una Administración municipal requería de pago y otros extremos a una Sociedad Anónima titular de un derecho de superficie sobre un terreno municipal. La demandada había alegado incompetencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, afirmando la de la jurisdicción civil. El Tribunal, recogiendo un criterio jurisprudencial anterior (STS de 23 de mayo de 1988 [RJ 1988/3917]) y sobre la base del artículo 5.2.b) expuesto, entiende que el contrato litigioso tiene *carácter administrativo* por venir a satisfacer una finalidad pública de específica competencia municipal: en concreto se trataba de la construcción de un complejo de edificios y locales de uso dotacional cultural, dedicados a la enseñanza e investigación. Aparte de otras afirmaciones discutibles, la sentencia niega la competencia de la jurisdicción civil sobre la base de que «...ante los tribunales ordinarios... nula trascendencia habría de tener la finalidad pública del derecho de superficie antes expresada, legitimándose —en vez de evitarse— una especulación por otra parte lógica en las personas jurídico-privadas de naturaleza mercantil, posibilitándose un inadmisibles retraso en el pago, desnaturalizando así la institución urbanística misma, de la cual en Derecho Civil no queda sino el recuerdo».

Esta misma dirección en pro del carácter administrativo especial se observa en la RDGRN de 29 de enero de 2009 [RJ 2009/1610], que resuelve un recurso interpuesto por un Ayuntamiento contra la nota de calificación del registrador, por la que se deniega la inscripción de una certificación administrativa en la que se declara resuelta la concesión de un derecho de superficie. El citado Ayuntamiento concedió un derecho de superficie sobre determinada finca de su propiedad, a la entidad mercantil «Globalis Desarrollo Educacional, S. L.». En la resolución en cuestión no se detalla el tipo de edificación sobre el que recae el derecho de superficie, ni más datos relevantes, salvo que en el pliego de concesión del derecho de superficie se habían detallado una serie de condiciones que la citada entidad mercantil parece haber incumplido. A la vista del incumplimiento, y mediante una certificación expedida por la Secretaría del Ayuntamiento, se declara resuelto el contrato por el que se constituyó un derecho de superficie a favor de la mercantil «Globalis Desarrollo Educacional, S. L.». La notificación a dicha entidad fue realizada por el Ayuntamiento mediante edictos, ante la imposibilidad

de localizar a aquélla en el domicilio señalado en el convenio. Presentada en el Registro de la Propiedad copia autorizada de dicha acta —en la que no se dan datos registrales de la finca sobre la que aparece constituido el derecho de superficie ni se describe la misma— fue objeto de calificación negativa. Contra esta nota de calificación, el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento, interpuso recurso y el registrador emitió informe y elevó el expediente a la DGRN.

Centrando el análisis en el tema que nos ocupa¹⁰, el registrador arguye que para practicar la cancelación de la inscripción del derecho de superficie, hubiera sido necesario un mandamiento expedido por el Ayuntamiento, que no se ha dado, que indicara que se solicita expresamente la cancelación de la citada inscripción, haciendo constar la firmeza de la citada resolución administrativa. Sin embargo, la DGRN entiende, con base en el artículo 3 LH, que dado que el documento presentado es la certificación de un acto administrativo de un Ayuntamiento, expedido por la funcionaria que tiene la fe pública en ese ámbito —como secretaria general del Ayuntamiento que es— no puede exigirse un específico mandamiento al efecto, previsto por las normas en otros ámbitos (caso del apremio en la recaudación ejecutiva, v.gr.) pero no en éste.

El artículo 82 LH dispone que las inscripciones hechas en virtud de escritura pública no se cancelarán sino por sentencia o por escritura o documento auténtico en el cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción. En la certificación presentada a calificación tampoco consta el consentimiento de la entidad mercantil, ni ha habido sentencia en este sentido. La solución a este problema centra el fondo del asunto: si se puede cancelar el asiento del derecho de superficie por resolución administrativa (como pretende el Ayuntamiento), o si sólo es posible practicar el asiento de cancelación con el consentimiento del titular registral «Globalis Desarrollo Educativo, S. L.», que no lo hay, o en su defecto resolución judicial firme en procedimiento seguido contra dicha sociedad, ante la jurisdicción civil ordinaria, que tampoco se ha producido (como aduce el registrador).

Los artículos 5.2.b) y 59 TRLCAP 2000, permiten en este caso, y según la Dirección General, considerar el contrato en virtud del cual se constituye

¹⁰ En lo referente a la calificación de los documentos administrativos (art. 99 RH) ésta se extiende en todo caso a la competencia del órgano, a la congruencia de la resolución con la clase de expediente o procedimiento seguido, a las formalidades extrínsecas del documento presentado, a los trámites e incidencias esenciales del procedimiento, a la relación de éste con el titular registral y a los obstáculos que surjan del Registro. En todo caso, según los artículos 9 LH y 51 RH, el documento presentado a calificación ha de contener los datos registrales de la finca, así como sus circunstancias descriptivas, lo que no concurre en este caso. En este punto concreto, la DGRN da la razón al registrador, puesto que dado que la actuación de éste es rogada, deben especificarse en el título presentado a inscripción los datos de la finca a que se refiere (cfr. art. 9 LH). Se trata, no obstante, de un defecto de fácil subsanación, sin necesidad de rectificación del título, bastando instancia subsanatoria complementaria que lo aclare (cfr. art. 110 RH).

el derecho de superficie como un contrato administrativo especial. El motivo que aduce es que tal contrato «se instrumentalizó a través de licitación pública y pliego de condiciones, cuyo incumplimiento ha sido la causa de la resolución». Pues bien, la consecuencia fundamental de calificar, con base en este artículo, el contrato de constitución de un derecho de superficie como *contrato administrativo*, es que, de cara a la resolución del mismo, ha de aplicarse el artículo 59 TRLCAP 2000. Este artículo reconoce, como una de las prerrogativas de la Administración, el que: «1. Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, ...acordar su resolución y determinar los efectos de ésta. Los acuerdos correspondientes pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos. En el correspondiente expediente se dará audiencia al contratista...». Y en el punto 3 añade: «No obstante lo anterior, será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de: a) Interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista». Por ello, afirma la resolución comentada, «el órgano administrativo puede acordar la resolución del contrato, poniendo fin a la vía administrativa, y siendo tal acuerdo inmediatamente ejecutivo, sin perjuicio de la vía contencioso-administrativa. Es en dicha jurisdicción contencioso administrativa donde también deberá definitivamente decidirse sobre la corrección o no de las notificaciones practicadas, pues a efectos registrales es suficiente con la constancia en la certificación aportada de que la notificación al interesado ha sido realizada por el Ayuntamiento por edictos ante la imposibilidad de localizar a la entidad interesada en el domicilio señalado en el convenio, siguiendo lo preceptuado en el artículo 59 de la Ley 30/1992». La firmeza de la resolución, requisito esencial según el artículo 82 LH para practicar cualquier asiento de cancelación en el Registro, debe predicarse, en este caso, del procedimiento en vía administrativa, de manera que no lo impedirá el hecho de que se hubiera interpuesto recurso contencioso administrativo. Se trata, según la DGRN: «nuevamente de un defecto subsanable, esta vez complementando la certificación administrativa con otra de la secretaría general que así lo acredite, pues del actualmente presentado no resulta nada al respecto».

En la RDGRN de 16 de abril de 2010 [RJ 2010/2740] se resuelve el recurso interpuesto por «Best Hotels, S. L.», contra la negativa del registrador de la propiedad de Mojácar, a la inscripción de un derecho de superficie, que se pretende hacer con la certificación de un acuerdo del Ayuntamiento por el que se concede a la recurrente un derecho de superficie «sobre la parcela 26 del plan parcial a favor de Best Hotels, S. L. por plazo de 35 años».

No vacila la Dirección General al respaldar el criterio del registrador, que además de otros defectos no recurridos, entiende que el título para la inscrip-

ción debe ser la correspondiente escritura pública. Pero precisamente porque alega el recurrente la RDGRN de 29 de enero de 2009, anteriormente citada, que según éste, permitió la inscripción del derecho de superficie mediante la única aportación del acuerdo municipal correspondiente, la Dirección General establece las siguientes diferencias:

- a) No se trata de un contrato, como en el supuesto actual, sino de un acto unilateral de la Administración —consecuencia del principio de autotutela de la misma—, como es la resolución de tal contrato, aplicándose al supuesto el artículo 59 TRLCAP.
- b) En el supuesto de la Resolución de 2009 se trata de un acto puramente administrativo, pues consiste en la resolución de un contrato por incumplimiento del particular del pliego de condiciones.
- c) A diferencia del supuesto ahora examinado, del acto de la Administración no surgen obligaciones de naturaleza civil.
- d) Así como la resolución de un contrato puede ser un acto unilateral, el consentimiento que hace surgir un contrato es siempre un acto bilateral.

Puede decirse que se refuerza la consideración de contrato administrativo especial a los efectos de resolución *ex* artículo 59 TRLCAP, lo cual no se pone en discusión, haciendo recaer la diferencia en que nos hallamos ante un contrato de creación y no un acto unilateral de resolución.

Por último, y al igual que en otros de los casos descritos, en la RDGRN de 9 de marzo de 2010 [RJ 2010/1489] se trata también de incumplimiento de las condiciones pactadas en un caso de derecho de superficie concedida por el Ayuntamiento de Mengíbar, en este caso a favor de la «Federación de Organizaciones Andaluzas de mayores» para la construcción y explotación de un centro residencial para personas mayores asistidas. En la constitución del derecho de superficie se hizo constar una condición resolutoria, referente al plazo de terminación de las obras de edificación y sobre todo: «Esta cesión está condicionada, según el punto segundo del acuerdo municipal del 24 de noviembre de 2005, al uso social para la que se concede, durante todo el tiempo de la constitución del derecho de superficie. El cumplimiento exacto del fin y destino del uso social objeto de la cesión y del plazo de terminación de las obras se le da el carácter de condición resolutoria expresa, por lo que en caso de incumplimiento, se considerará resuelta la cesión y revertirá el bien automáticamente a la entidad local y bastará acta notarial de constancia de hechos acreditándolo, acompañada de la misma escritura de cesión, para volver a inscribir en el Registro de la Propiedad la propiedad de los terrenos por derecho de reversión...».

La DGRN matiza la automaticidad de los efectos de la resolución pues el «enérgico sistema de autotutela que supone la facultad resolutoria pactada

a favor del cedente ha de ser examinado en su aplicación con todo tipo de cautelas, a fin de salvaguardar los derechos de todos los interesados y evitar en lo posible que el cedente pueda, sin intervención de los Tribunales, decidir unilateralmente una cuestión tan delicada», pues «la constancia registral del cumplimiento o incumplimiento de las condiciones precisa, bien la constancia fehaciente de la realidad del hecho en que aquellos consisten, bien el consentimiento de los titulares registrales afectados o la oportuna resolución judicial dictada en juicio declarativo entablado directamente contra aquellos. Pero para que la realidad del hecho se tenga por cumplida, ésta ha de ser incontestable, cosa que no ocurre en el presente supuesto, pues, al margen de no darse intervención alguna al titular del derecho de superficie —que podría poner de manifiesto hechos que contradijeran la pretensión del cedente, como retraso del mismo en la entrega del solar, tardanza en la concesión de las oportunas licencias, etc.—, ni siquiera se notifica al mismo la resolución o reversión pretendida, por lo que, de practicarse la reversión solicitada, ni siquiera el titular del derecho tendría conocimiento de la misma, ni por tanto, oportunidad de oponerse a tal resolución»... Además de ello, «existen en el presente supuesto derechos que recaen sobre el derecho de superficie que se pretende cancelar, siendo así que sus titulares no han sido ni siquiera notificados de la pretensión del cedente, y es evidente que sus derechos van a ser afectados por el asiento que se pretende. Por ello, para la práctica del asiento solicitado, sería necesario al menos el conocimiento de todos los titulares registrales afectados, para que también pudieran tener oportunidad para oponerse, o la resolución judicial correspondiente (cfr. art. 40 de la LH)».

No se pronuncia la Dirección General sobre la naturaleza de este contrato (aunque aquí la finalidad parece que justificaría más su vinculación al giro o tráfico administrativo que las anteriores). Pese a ello, todas estas cautelas parecen neutralizar las facultades que para el caso de incumplimiento tendría la Administración (art. 59 TRLCAP 2000). Bien es verdad que parece pesar la protección de los titulares registrales posteriores, pero tampoco duda la resolución en dejar de exigir una suerte de procedimiento contradictorio en el que pueda defenderse el superficiario, lo cual resultaría más dificultoso de aplicarse con toda su fuerza las prerrogativas de la Administración.

III. ETAPA DE EXCLUSIÓN DE LOS CONTRATOS INMOBILIARIOS EN LA LEGISLACIÓN SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS: LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO DE 2007

La aprobación de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servi-

cios¹¹ marca un cambio de rumbo en esta materia, al prever para los contratos inmobiliarios, no una presunción de mayor o menor fuerza respecto a su carácter privado, sino una *exclusión* de su ámbito de aplicación. En efecto, el artículo 16, que contiene las *Exclusiones específicas*, dispone que: «*La presente Directiva no se aplicará a aquellos contratos públicos de servicios: a) cuyo objeto sea la adquisición o el arrendamiento, independientemente del sistema de financiación, de terrenos, edificios ya existentes u otros bienes inmuebles, o relativos a derechos sobre estos bienes; no obstante, los contratos de servicios financieros celebrados al mismo tiempo, con anterioridad o con posterioridad al contrato de adquisición o de arrendamiento, en cualquiera de sus formas, se regularán por lo dispuesto en la presente Directiva*». Y ello, justificado en el Considerando 24 por un lacónico pronunciamiento: «En el marco de los servicios, los contratos relativos a la adquisición o alquiler de bienes inmuebles o a derechos sobre dichos bienes presentan características especiales debido a las cuales no resulta adecuada la aplicación de las normas de adjudicación de los contratos públicos».

Así, transponiendo esta Directiva, el artículo 3.3 del *Code des Marchés publics* 2006 excluye: «*Los acuerdos marco y contratos de servicios para la adquisición o el arrendamiento —independientemente del sistema de financiación—, de terrenos, edificios ya existentes u otros bienes inmuebles u otros derechos sobre estos bienes, pero los contratos de servicios financieros celebrados en relación con el contrato de compra o arrendamiento, en cualquiera de sus formas, están dentro del alcance de este Código...*»¹².

La transposición de esta Directiva se efectuó en nuestro país mediante la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (integrada en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público [Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre]), cuyo art. 4.1.p) —con idéntica numeración en Ley y Texto Refundido— excluye de su ámbito objetivo de aplicación a «*los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles (...), que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial*»¹³.

Por su parte, el artículo 19.1.b) califica —en la misma línea que la legislación antecedente— de contratos administrativos, «*Los contratos de objeto*

¹¹ Diario Oficial núm. L 134 de 30-4-2004, págs. 0114-0240.

¹² *Décret n.º 2006-975 du 1 août 2006 portant Code des Marchés publics*, reformado con posterioridad, pero no en este punto; artículo 180 en la versión consolidada.

¹³ Existe otra exclusión, íntimamente relacionada con la expuesta, que es la del artículo 4.1.o): «*Las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público y los contratos de explotación de bienes patrimoniales distintos a los definidos en el artículo 7, que se regularán por su legislación específica salvo en los casos en que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de la presente Ley*», de cuyo análisis prescindiré en este estudio, limitado sólo a los negocios jurídicos a los que se refiere la letra p).

distinto a los anteriormente expresados (de obra, concesión de obras públicas, gestión de servicios públicos, suministro y servicios, así como los contratos de colaboración entre el sector público y el privado) *pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla ... o por declararlo así una Ley*». La dicción coincide literalmente casi en su totalidad con la de la legislación anterior, por lo que los criterios expresados en las sentencias y resoluciones expuestas siguen siendo pertinentes en la actualidad. Sí que contiene la novedad, en relación con los contratos administrativos especiales, de atribuir a la Jurisdicción Civil el conocimiento de los litigios relativos a cuestiones de preparación y adjudicación de los contratos privados que se celebren por los entes y entidades sometidos a esta Ley que no tengan el carácter de Administración Pública, siempre que estos contratos no estén sujetos a una regulación armonizada, según los criterios marcados por la propia Ley.

Se ha achacado a la Ley 30/2007 falta de claridad sistemática, que hace difícil encontrar a lo largo de todo el articulado las normas aplicables a los distintos contratos, obligando a buscar entre los distintos libros, títulos, capítulos y secciones, con numerosas remisiones de unos a otros. Afirma MORENO MOLINA que: «Lo que es evidente es que la nueva Ley de Contratos es mucho más ambiciosa en sus objetivos que la mera incorporación del Derecho europeo y esta valentía es digna de elogio. Así la norma mejora sustancialmente aspectos de la legislación de contratos que en España no se habían abordado por conservadurismo respecto al modelo que se adopta desde la Ley de Contratos de 1965. Sin embargo, la opción legislativa comporta riesgos importantes que se han traducido en contradicciones, confusión de regímenes jurídicos, huida de la jurisdicción contencioso-administrativa y problemas aplicativos y de manejo que comporta la nueva Ley —entre ellos, cabe destacar la dificultad de encontrar a lo largo de todo el texto de la LCSP las normas aplicables a los distintos contratos—»¹⁴.

Pues bien, si ésta es la situación incluso en los contratos típicos, el resultado para los contratos privados regulados por la Ley y para los contratos excluidos —los inmobiliarios, de los que nos estamos ocupando—, en cierto sentido, aún se complica más, como ahora vamos a ver.

Como consideración general, ha de decirse que, por distintos motivos, las dos modificaciones a las que hemos aludido han sido consideradas por algunos como

¹⁴ De hecho, José Antonio MORENO MOLINA pone de manifiesto en «La nueva Ley de contratos del sector público: principales novedades y aspectos problemáticos», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 44, junio de 2008, pág. 157, que «para localizar las normas aplicables a cada uno de los distintos contratos típicos administrativos hay que acudir a preceptos del Título Preliminar, de los Libros I a V y de las distintas Disposiciones Adicionales, Transitorias y Finales».

manifestaciones de huida del Derecho Administrativo. Así ha sido interpretada o entendida la atribución a la Jurisdicción civil de las controversias previstas en el artículo 19¹⁵. Y desde luego, en el caso de la exclusión de los contratos inmobiliarios, hecha en términos rotundos y claros, ha surgido la inquietud de pensar que esta nueva determinación legal puede suponer una ruptura o quiebra de la doctrina de los actos separables, que tanto ha contribuido a disciplinar la actividad contractual de las Administraciones Públicas objetivando la selección del contratista, al imponer a la Administración la obligación de elegirlo a través de un procedimiento que permita verificar su idoneidad¹⁶.

Pero el problema principal en este punto estriba en el desconcierto que se ha producido en torno a la legislación aplicable a los contratos inmobiliarios.

En efecto, el actual artículo 4.1.p) TRLCSP afirma que «*los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles (...), tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial*». Lo que ha de completarse con lo dicho en el artículo 4.2: «*Los contratos, negocios y relaciones jurídicas enumerados en el apartado anterior se regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse*».

Es decir, los negocios jurídicos sobre bienes inmuebles que realice una Administración Pública se regirán por la legislación patrimonial, sin perjuicio de que los principios de la legislación sobre contratos del sector público se puedan aplicar a efectos interpretativos e integradores, y de que el término *siempre* empleado en el actual artículo 4.1.p) —que no aparecía en la legislación anterior— lleve a pensar que en ningún caso los contratos inmobiliarios puedan considerarse contratos administrativos especiales a la luz del artículo 19.1.b)¹⁷.

¹⁵ En este sentido, MORENO MOLINA, que ejemplifica que los litigios sobre la adjudicación en un contrato de 5.000.000 de euros serían conocidos por la jurisdicción civil, mientras que si el contrato tiene un valor de 5.300.000 euros, el recurso contra su adjudicación sería conocido por la jurisdicción contencioso-administrativa; *op. cit.*, págs. 161-162. Vid. también la crítica sobre este punto en el trabajo de José María GIMENO FELIÚ, «El ámbito objetivo de la aplicación de LCSP», en *La ley de contratos del sector público y su aplicación por las entidades locales* (coord.: José Antonio MORENO MOLINA), CEMCI, 2008, págs. 160-162.

¹⁶ Unas reflexiones sobre el alcance de la modificación normativa en cuanto a los actos separables de preparación y adjudicación en relación a la legislación patrimonial, puede verse en el trabajo de Manuel M.^a CONTRERAS ORTIZ, «La distinción entre los contratos administrativos especiales y los contratos privados de la administración en la ley de contratos del sector público. El caso de los contratos inmobiliarios», en *Revista española de la función consultiva*, núm. 10, julio-diciembre, 2008.

¹⁷ Respecto a lo segundo, GIMENO FELIÚ afirma que ello supone un cambio positivo, aconsejado por la propia naturaleza de estos contratos, que hace que ya no sea posible afirmar, como venía haciendo nuestra jurisprudencia, el ámbito expansivo de la categoría de los contratos administrativos, y menos aún en los casos del artículo 4.1.p); vid. GIMENO FELIÚ,

A ello hay que añadir que el propio TRLCSP no se olvida del todo de estos contratos «excluidos», pues en las normas específicas sobre competencias de los órganos de contratación en las Entidades Locales (Disposición Adicional segunda), se contienen disposiciones sobre ellos¹⁸.

Por lo demás, Ley 30/2007 (y su posterior Texto Refundido) sigue sin nombrar el derecho de superficie en la enumeración de los posibles negocios sobre bienes inmuebles. En mi opinión, esta falta de mención no es casual, y si así lo hubiera sido, es enteramente oportuna. En el caso de la superficie, a diferencia de los otros contratos, el propio derecho está embebido de cierta tendencia hacia lo público. Muestra de ello, en la Exposición de Motivos de la Ley del Suelo de 2007 (Ley 8/2007, de 28 de mayo), se afirma que la regulación del régimen del derecho de superficie está dirigida no sólo a superar la deficiente situación normativa de este derecho, sino a *«favorecer su operatividad para facilitar el acceso de los ciudadanos a la vivienda y, con carácter general, diversificar y dinamizar las ofertas en el mercado inmobiliario»*, lo que parece teñir de interés público su constitución. Y de hecho, si repasamos las recientes tendencias en el recurso a este instrumento, destaca su utilización como instrumento de política de vivienda —mediante la construcción de viviendas protegidas destinadas a arrendamiento en suelos aportados por las Administraciones Públicas¹⁹— o como medio para facilitar la instalación de centros de iniciativas sociales (guarderías, centros para personas con discapacidad, etc.). No en vano los dos artículos dedicados a este derecho en el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo están dentro del Título V, *«Función social de la propiedad y gestión del suelo»*. Sin embargo, significativamente, en los dos artículos dedicados a la figura, y a diferencia de algunos antecedentes legislativos, no queda limitada su finalidad, sea quien fuere el concedente. Y en este sentido, ha de admitirse que en la actualidad, la Administración puede recurrir a ella para muchas y variadas finalidades, incluso la obtención de fondos económicos. Finalidad (lícita) que se obtiene con mu-

José María, *Las reformas legales de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público: alcance y efectos prácticos*, Civitas, 2011, págs. 86-87.

¹⁸ «1. ...corresponde a los Alcaldes y a los Presidentes de las Entidades locales... la adquisición de bienes inmuebles y derechos sujetos a la legislación patrimonial cuando su valor no supere el 10 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto ni el importe de tres millones de euros, así como la enajenación del patrimonio, cuando su valor no supere el porcentaje ni la cuantía indicados.

2. ...corresponde al Pleno... la adquisición de bienes inmuebles y derechos sujetos a la legislación patrimonial así como la enajenación del patrimonio cuando no estén atribuidas al Alcalde o al Presidente, y de los bienes declarados de valor histórico o artístico cualquiera que sea su valor».

¹⁹ Que la utilización del derecho de superficie en el marco del derecho a la vivienda va frecuentemente unida a la figura de vivienda protegida destinada a alquiler se pone de manifiesto, entre otros, en el artículo 22.2 del Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regulaba el Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012.

chos de los contratos privados a los que se refiere el artículo 4.1.p) TRLCSP 2011, y que evidentemente está presidida por el servicio a los intereses públicos que rige toda actuación de la Administración. De hecho, y dado el creciente incremento de patrimonio de suelo, no es descartable un uso adicional de este derecho de superficie, como modo de obtener recursos económicos, y ello, al margen del carácter de la edificación de la que se trate: vivienda u otro tipo de edificación o construcción (instalación de parques eólicos o instalaciones solares fotovoltaicas), carácter protegido o no, etc. Todo ello puede llevarnos a afirmar que, pese a ser un contrato *esencialmente inmobiliario*, el de concesión y creación del derecho de superficie no queda encasillado en los rígidos límites del artículo 4.1.p) TRLCSP 2011, sino que, en atención a su finalidad, en no pocas ocasiones seguirá siendo considerado como *contrato administrativo especial*, en continuación con los pronunciamientos ya expuestos²⁰.

Hechas estas consideraciones, y volviendo al núcleo de este trabajo centrado en la exclusión de los negocios sobre inmuebles que lleva a cabo el artículo 4.1.p), hay que preguntarse qué se entiende por *legislación patrimonial* a estos efectos.

En primer lugar, y aunque sea meramente formal, quiero llamar la atención en que el artículo 4.1.p) no excluye los *contratos patrimoniales*, sino los *negocios jurídicos sobre bienes inmuebles*, que se regirán, por disposición de dicha Ley, por la *legislación patrimonial*. Bien es verdad que sólo sobre los bienes y derechos de dominio privado o *patrimoniales* (art. 7 LPAP) se pueden realizar los negocios jurídicos a los que alude el artículo 4.1.p) y de ahí la elipsis que órganos consultivos y autores suelen realizar al hablar de esta cuestión, al referirse a los *contratos patrimoniales*²¹.

Pues bien, la *legislación patrimonial* es un conjunto complejo, que varía en función de la Administración de que se trate y que además se encuentra en la legislación estatal y en las autonómicas: *a)* en el ámbito estatal, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), varios de cuyos artículos tienen carácter de legislación básica; *b)* en el autonómico, las respectivas Leyes autonómicas sobre patrimonio (v.gr. la Ley

²⁰ E incluso también podría configurarse como un posible ejemplo de *contrato de explotación de bienes patrimoniales* distintos a los definidos en el artículo 7 de la Ley 30/2007, «que se regularán por su legislación específica salvo en los casos en que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de la presente Ley», excluidos también por la citada Ley en el artículo 4.1.o).

²¹ V.gr., en el Informe 4/2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, titulado «Consideraciones sobre el régimen jurídico aplicable a los procedimientos y formas de adjudicación de los contratos patrimoniales celebrados por una entidad local», o en el trabajo de Jesús COLÁS TENAS, «La contratación en las entidades locales tras la Ley de contratos del sector público: aspectos prácticos e informes de las juntas consultivas», en *Fundación Democracia y Gobierno Local*, I QDL 21, octubre de 2009, págs. 48 y 49.

5/2011, de 10 de marzo, del Patrimonio de Aragón); y c) en el ámbito local ha de acudir a la legislación autonómica sobre Administraciones Locales de la Comunidad respectiva: siguiendo con el ejemplo de Aragón, la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón, con sus respectivos reglamentos de desarrollo (Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales de Aragón²²).

Comenzando por la LPAP, puede citarse el artículo 19, referido a las adquisiciones a título oneroso, que dispone que: *«Las adquisiciones de bienes y derechos a título oneroso y de carácter voluntario se registrarán por las disposiciones de esta Ley y supletoriamente por las normas del Derecho Privado, Civil o Mercantil»*, lo cual no plantea especial problema, pero sí el artículo 110, de carácter más general, dedicado al *«Régimen jurídico de los negocios patrimoniales»*, que afirma que: *«1. Los contratos, convenios y demás negocios jurídicos sobre bienes y derechos patrimoniales se registrarán, en cuanto a su preparación y adjudicación, por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo y, en lo no previsto en estas normas, por la legislación de contratos de las Administraciones Públicas. Sus efectos y extinción se registrarán por esta Ley y las normas de Derecho Privado»*. Sin embargo, en el Reglamento de desarrollo de esta Ley 33/2003 (Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto), aprobado con posterioridad a la reforma de 2007, ya no hay remisiones a la legislación de contratos, sino que regula directamente los procedimientos de contratación²³.

Si, tomando como ejemplo la ya citada Comunidad Autónoma de Aragón, acudimos a su Ley de Patrimonio, el artículo 13 de la Ley aragonesa 5/2011 sobre *Régimen jurídico* se pronuncia prácticamente en los mismos términos y con idéntica remisión, si bien, en lugar de ser a la *legislación de contratos de las Administraciones Públicas*, se remite a la *Ley de contratos del sector público*, dado que es más reciente²⁴. Asimismo la norma aragonesa matiza el segundo

²² Cuyo Preámbulo aclara que esta regulación *«va a suponer el desplazamiento de los Reglamentos estatales correspondientes: el de Bienes del año 1986 y el de Servicios, aprobado en 1955 y que no ha sido actualizado; ...En cuanto a la contratación, se estima innecesario un desarrollo reglamentario, dada la aplicación directa de las normas de contratación de las Administraciones Públicas»*.

²³ Circunscribo el análisis a este tipo de negocios jurídicos, excluyendo otros posibles como los de explotación a los que se refiere el artículo 107.3. LPAP: *«Los contratos y demás negocios jurídicos para la explotación de bienes ... se registrarán por las normas de Derecho Privado correspondientes a su naturaleza, con las especialidades previstas en esta Ley»*.

²⁴ Artículo 13. Régimen jurídico. *«1. Los contratos, convenios y demás negocios jurídicos sobre los bienes y derechos de dominio privado se registrarán, en cuanto a su preparación y adjudicación, por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo y, en lo no previsto en estas normas, por la legislación de contratos del sector público. Sus efectos y extinción se registrarán por esta Ley y, supletoriamente, por las normas de Derecho Privado. 2. En los organismos públicos, la preparación y adjudicación de estos negocios, así como la competencia para adoptar los correspondientes actos, se registrarán, en primer término, por lo establecido en sus*

inciso, puesto que afirma que «*Sus efectos y extinción se regirán por esta Ley y, supletoriamente, por las normas de Derecho Privado*».

En el caso de las entidades locales, siguiendo con el mismo ejemplo de Aragón, los bienes patrimoniales de las entidades locales aragonesas, se rigen, según el artículo 172 de la Ley aragonesa 7/1999, «*por su legislación específica y, en su defecto, por las normas de Derecho Privado*», normativa que puede encontrarse en el Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales de Aragón (Decreto 347/2002, de 19 de noviembre), que a su vez contiene diversas remisiones a la normativa reguladora de la contratación de las Administraciones Públicas como v.gr., el artículo 17 que regula el *Procedimiento de adquisición a título oneroso*, que dispone que «1. *La adquisición de bienes a título oneroso exigirá el cumplimiento de las normas sobre contratación, rigiéndose en cuanto a su preparación y adjudicación por la normativa reguladora de la contratación de las Administraciones Públicas. 2. Cuando la adquisición se refiera a bienes inmuebles se exigirá, en todo caso, informe previo pericial de su valor. La expropiación se regirá por su normativa específica...*», o el artículo 100, que respecto a las normas generales relativas al arrendamiento y cualquier otra forma de cesión de uso de bienes patrimoniales, dispone que «*se regirán por la normativa general de la contratación, salvo regulación específica de aplicación preferente*».

Vamos a ver, a continuación, que la exclusión terminante que lleva a cabo la LCSP (actual TRLCSP) permite pensar que «en la medida en que los contratos patrimoniales, con carácter general, han sido excluidos de la aplicación de la LCSP, estos reenvíos resultan en la práctica carentes de efectividad» (Informe 4/2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón).

En efecto, puede afirmarse que en el caso de los negocios jurídicos sobre inmuebles, no cabe «volver» a la legislación sobre contratos ni siquiera por vía supletoria, y sí y sólo, buscar la normativa pertinente en la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas y en lo que abreviadamente se denomina *normas de Derecho Privado* (Códigos civiles, legislación arrendaticia, etc.). Sí que puede servir la legislación sobre contratos como criterio inspirador para la resolución de dudas y lagunas, pero no se aplica directamente²⁵.

normas específicas». Como se ve, solo difiere en lo apuntado en el cuerpo del texto y en que, en lugar de *patrimoniales*, dice *de dominio privado*.

²⁵ En un trabajo reciente sobre esta cuestión se ha dicho que, a efectos prácticos, dado que los *principios de esta Ley* (art. 4.2 TRLSCP) inciden directamente en varios artículos de la misma, nada impediría la aplicación directa de dichos artículos, pero no por la vía de la supletoriedad sino del propio criterio del artículo 4.2, y ello, «en lugar de inventar una regulación propia en el pliego que ese está elaborando que garantice el cumplimiento de los mismos»; José Manuel MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, «Contratos patrimoniales y otros negocios

Que el reenvío —antes circular— a la legislación sobre contratos haya quedado sin eficacia no significa, de entrada, que se haya producido un vacío legislativo, dado que la legislación patrimonial regula con cierta extensión muchas de las cuestiones que se puedan plantear en torno a estos negocios²⁶. Sin embargo, quedan algunas que no aparecen en la normativa patrimonial y sí en la legislación de contratos (bien porque aquélla se remite directamente a ésta, bien porque no las regula) y respecto a éstas es sobre las que se plantea la tentación de ignorar la exclusión del artículo 4.1.p) y aplicar las normas sobre contratos.

Ejemplos de estas cuestiones son las prohibiciones de contratar previstas en el artículo 60 y siguientes del TRLCSP, pero no previstas en la legislación sobre patrimonio; el régimen de garantías a prestar en los contratos celebrados con las Administraciones Públicas, también previsto en el TRLCSP (arts. 95 y sigs.); o la posibilidad de utilizar la figura del contrato menor para adjudicar contratos patrimoniales. Sobre estas cuestiones —nos fijaremos especialmente en la primera, que es la que más interesa desde una óptica puramente civil— se plantea la duda de si, pese a haber quedado excluidos de la legislación sobre contratos del sector público, se puede aplicar dicha normativa a los negocios inmobiliarios para que no se produzca un vacío legal.

Sobre este punto ya han tenido ocasión de pronunciarse diversos órganos consultivos, con diversidad de soluciones.

La primera postura es la de entender que el reenvío de la legislación patrimonial a la de contratos no ha sido derogado expresamente —y a estos efectos no serviría el art. 4.1.p)—, y en consecuencia sigue siendo aplicable por esa vía la normativa sobre contratos.

El Informe 25/2008, de 29 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre «Régimen jurídico aplicable a los procedimientos y formas de adjudicación de los contratos patrimoniales celebrados por una entidad local», entiende que dicho régimen, al estar estos contratos excluidos del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público, «es el que resulta de las

jurídicos sobre bienes inmuebles de las entidades locales», en *Revista de Estudios Locales*, núm. 149, 2012, págs. 44 y 45.

²⁶ Así, y respecto a los procedimientos de adjudicación, las consecuencias de la exclusión implican que los procedimientos para la concertación de contratos son los previstos en la legislación patrimonial, a saber: subasta, concurso y adjudicación directa, y no los procedimientos abierto, restringido y negociado propios del TRLSCP. En esta misma línea, MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, págs. 51 y 52, afirma que cuando el artículo 138.2 TRLSCP alude a *otros contratos*, lo hace refiriéndose a los contratos regulados por dicho Texto Refundido, y no a los excluidos, de manera que no serían aplicables a los contratos de los que nos estamos ocupando en este trabajo; y que el procedimiento negociado no es equiparable a la adjudicación directa, porque en el procedimiento negociado, con y sin publicidad, en principio se han de solicitar al menos tres ofertas o proposiciones, cosa que no sucede en la adjudicación directa, y además es obligatorio establecer una negociación real (transparente y en condiciones de igualdad, regulada en los arts. 176 y 178 TRLCSP) con todos los que hayan presentado proposiciones, cuya omisión es causa de nulidad del procedimiento; cfr. *op. cit.*, pág. 52.

normas establecidas en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas y de las normas que la complementan, ...siendo de aplicación las normas sobre preparación y adjudicación de contratos de la Ley 30/2007, cuando las normas patrimoniales así lo expresen». Es decir, clara y sorprendentemente, sigue considerando como aplicables por reenvío las normas de contratación, y ello pese a la clara exclusión que realiza el artículo 4 de la Ley 30/2007. Ello le lleva, entre otras consecuencias concretas a declarar aplicables *ex lege* a los contratos patrimoniales las prohibiciones de contratar del artículo 49 de la LCSP (en el TRLCSP, art. 60), al que se remite el artículo 94 LPAP²⁷.

Tampoco se acaba de creer el alcance de la exclusión del artículo 4.1.p) la RDGRN de 5 de diciembre de 2011 (BOE de 19 de enero de 2012), pues partiendo de ella, a los efectos de no aplicar el artículo 140.1 de la Ley 30/2007 (actualmente, art. 156 TRLCSP) a una adquisición de un inmueble tras adjudicación en un concurso público, concluye sorprendentemente que: «Tratándose por tanto de un contrato sujeto al Derecho Privado, el contrato al que se refiere este recurso se regirá, en cuanto su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la Ley de Contratos del Sector Público y por sus normas de desarrollo, y en cuanto a sus efectos y extinción por las normas de Derecho Privado (art. 20.2 de la Ley 30/2007). En definitiva, el *iter* administrativo previo a la definitiva adjudicación del contrato se regirá por la legislación administrativa mientras que la formalización y generación de efectos que haya de producir dicho contrato, se regirá por la legislación civil». Y digo sorprendente conclusión, porque, efectivamente, este tipo de contratos sobre bienes inmuebles son contratos privados realizados por la Administración, pero por estar excluidos de la Ley, quedan también excluidos del régimen normativo previsto en el artículo 20 LCSP (idéntica numeración en el TRLCSP).

La segunda postura considera que la exclusión operada por el artículo 4.1.p) deja sin vigencia los eventuales reenvíos que otras leyes —en nuestro caso la legislación patrimonial— haga a la misma.

En esa línea va el razonamiento llevado a cabo por el Informe 4/2009, de 15 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, titulado «Consideraciones sobre el régimen jurídico aplicable a los procedimientos y formas de adjudicación de los contratos patrimoniales celebrados por una entidad local», que saca las consecuencias,

²⁷ Y en definitiva, no habría diferencia práctica en cuanto al régimen a aplicar respecto a la situación anterior, «si bien la mayor diferencia la encontramos en la regulación del procedimiento negociado que es propia de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y que en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, con su efecto sobre el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, tal procedimiento recibe la denominación de adjudicación directa. En otro contexto podemos apreciar que las reglas que regulan la aprobación de expediente, publicidad, presentación de proposiciones, examen y valoración de las mismas, decisión de adjudicación y efectos de la misma son los mismos».

correctas en mi opinión, de la exclusión actual operada por la Ley 30/2007, que «conlleva que no son de aplicación a los contratos patrimoniales las prohibiciones de contratar del artículo 49 LCSP. Sin embargo es posible argumentar, sobre la base del artículo 8.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, precepto básico, que regula los principios relativos a los bienes y derechos patrimoniales que no existe óbice jurídico para que, a través de los pliegos de condiciones que han de regir la adjudicación de estos contratos patrimoniales, se establezcan de forma motivada previsiones, a modo de supuestos de exclusión, equivalentes al cuadro de prohibiciones de la LCSP, siempre que no resulten desproporcionadas, ni tengan por efecto una discriminación no justificada, y atiendan a la concreta naturaleza y características del contrato en particular así como a garantizar los principios de igualdad y objetividad en la concurrencia del procedimiento de adjudicación»²⁸.

Lo cual, en definitiva, supone la concesión de un margen de libertad y apreciación del caso concreto por parte de la Administración competente del perfil que ha de tener (o más bien no tener) el contratante. Las prohibiciones previstas en la legislación sobre contratos pueden servir de pauta, al amparo del artículo 4.2 TRLCSP, pero en modo alguno vinculan ni limitan. Y ello posiblemente responda más a la filosofía que late tras la exclusión y que va en la línea —descrita en el Informe de la Junta Consultiva Aragonesa— de «establecer un régimen jurídico de los bienes más dúctil y flexible que permita la adaptación del mismo a la realidad de la práctica administrativa actual». Un referente en esta línea es, v.gr., la traslación que del artículo 1255 del Código Civil realizó en su momento la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, al reformar la Ley de Patrimonio del Estado de 1964, recogiendo el principio de libertad de pacto respecto de los negocios jurídicos que afecten a bienes y derechos del Patrimonio del Estado; principio formulado actualmente en el artículo 111 LPAP: «1. Los contratos, convenios y demás negocios jurídicos sobre los bienes y derechos patrimoniales están sujetos al principio de libertad de pactos. La Administración Pública podrá, para la consecución del interés público, concertar las cláusulas y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarias al ordenamiento jurídico, o a los principios de buena administración»²⁹.

²⁸ En esta línea, José M.^a GIMENO FELIÚ, en «Las reformas legales de la Ley 30/2007», *op. cit.*, págs. 86-89, donde afirma que esta exclusión «ha de obligar al legislador autonómico a revisar su legislación patrimonial, pues el sistema de prohibiciones de la LSCP no se les puede aplicar a estos contratos patrimoniales ni aun cuando pudieran haber sido calificados hasta esta Ley contratos administrativos especiales».

²⁹ Sobre esta cuestión, vid. Eloy COLOM PIAZUELO, «La gestión patrimonial. Disposiciones generales», en *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas* (Carmen CHINCHILLA MARÍN, coord.), Civitas, 2004, págs. 606-608, y Raúl LÓPEZ FERNÁNDEZ, «Comentario al artículo 111», en *Comentarios a la Ley del Patrimonio de las*

Por la misma razón, «son los órganos de contratación de las entidades locales, quienes pueden establecer, en el marco de sus atribuciones, la exigencia de prestación de garantía a los licitadores o candidatos, para responder del mantenimiento de sus ofertas hasta la adjudicación definitiva del contrato, sin que sean de aplicación las normas del régimen de garantías de la LCSP...»³⁰.

El carácter privado del contrato excluye, como ha quedado visto al principio del trabajo, la inclusión en el mismo de prerrogativas exorbitantes para la Administración. Sin embargo, como también se ha recordado recientemente, dado que la Administración en toda su actuación —también en los contratos puramente privados— ha de garantizar al interés público en su actuación, pueden incluirse, en uso de la libertad de diseño contractual prevista en el artículo 111, determinadas prerrogativas pero siempre «con las restricciones necesarias para que su ejercicio se limite a la salvaguarda del interés general afectado en el caso del que se trate y con las debidas garantías y compensaciones a favor del contratista que garanticen el equilibrio o la equivalencia de prestaciones entre las partes consustancial a los contratos privados»³¹.

En este mismo ámbito de libertad, el documento contractual puede recibir diversas denominaciones: «pliego de condiciones», «pliego de cláusulas administrativas particulares», «documento descriptivo», como explica al Informe 10/2010, de 15 de septiembre, de la Junta Consultiva de la Comunidad Autónoma de Aragón, siempre que contenga los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato. En concreto detalla el informe cuestiones como «el objeto del contrato, su régimen jurídico, sus efectos, duración del contrato, criterios de negociación (en el procedimiento negociado), pago del inmueble, cumplimiento y extinción, especificación del régimen fiscal (sujeción al Impuesto sobre el Valor Añadido o al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados); y contener los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato, y las demás menciones que sean necesarias para el buen fin del contrato».

Esta cuestión documental nos sirve para enlazar con el último de los puntos a los que haremos referencia: el documento inscribible. Si efectivamente, se

Administraciones Públicas, Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Thomson-Aranzadi-Ministerio de Justicia, 2008, págs. 818-825. En este último trabajo se analiza la influencia que el artículo 4.1.p) TRLCSP, en su segundo inciso, ha tenido sobre el párrafo 2 de dicho artículo 111 LPAP, relativo a los negocios jurídicos complejos, que se rigen por las normas correspondientes al negocio jurídico patrimonial que constituya su objeto principal.

³⁰ En la misma línea, el procedimiento para la preparación y adjudicación de los contratos patrimoniales de las entidades locales no sigue el doble sistema de adjudicación provisional y definitiva, abandonado por lo demás, para el resto de contratos, tras la reforma de la LCSP por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, posterior al Informe 4/2009.

³¹ MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 55.

aplican las consecuencias que deberían seguirse de la exclusión de los contratos sobre bienes inmuebles de la legislación sobre contratos del sector público, no nos plantearemos —como ya hemos apuntado—, la aplicación del artículo 156 TRLSCP (art. 140 de la Ley 30/2007) sobre formalización de los contratos, que parece dar mayor amplitud al documento administrativo como vehículo formal de los contratos celebrados por las Administraciones Públicas³², sino en su caso, el artículo 113 LPAP sobre formalización, que dispone que: «1. *Los negocios jurídicos de adquisición o enajenación de bienes inmuebles y derechos reales se formalizarán en escritura pública. Los arrendamientos y demás negocios jurídicos de explotación de inmuebles, cuando sean susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad, deberán formalizarse en escritura pública, para poder ser inscritos. ...2. Las cesiones gratuitas de bienes inmuebles o derechos reales sobre los mismos se formalizarán en documento administrativo, que será título suficiente para su inscripción en el Registro de la Propiedad, cuando el cesionario sea otra Administración Pública, organismo o entidad vinculada o dependiente*». Este artículo de la LPAP no tiene carácter básico, de modo que v.gr. en Aragón, ha de aplicarse el artículo 16 de la Ley aragonesa 5/2011, que por otra parte se pronuncia en términos muy similares³³.

Estos artículos de la legislación patrimonial estatal y autonómica, son específicos para los bienes inmuebles e imponen dos tipos de consideraciones: 1) hasta qué punto la LPAP está exigiendo una forma *ad solemnitatem* en los contratos sobre bienes pertenecientes a la Administración del Estado (*mutatis mutandis*, cfr. legislación de la Comunidad Autónoma), y 2) las exigencias de

³² 1. *Los contratos que celebren las Administraciones Públicas deberán formalizarse en documento administrativo que se ajuste con exactitud a las condiciones de la licitación, constituyendo dicho documento título suficiente para acceder a cualquier registro público. No obstante, el contratista podrá solicitar que el contrato se eleve a escritura pública, corriendo de su cargo los correspondientes gastos. En ningún caso se podrán incluir en el documento en que se formalice el contrato cláusulas que impliquen alteración de los términos de la adjudicación.* A este respecto, se ha defendido un criterio de amplitud en la admisión del documento administrativo «en todos los casos de actos administrativos que no lleven consigo la directa prestación de consentimiento por parte de personas físicas o jurídicas distintas de la Entidad local actuante... Por el contrario, si media el consentimiento de terceros, con la consiguiente declaración de voluntad de los mismos, parece necesario el otorgamiento de escritura pública notarial... La importante función de control que el Notario ejerce alcanza su sentido en tráfico jurídico entre particulares»; cfr. Basilio AGUIRRE FERNÁNDEZ, *Los bienes de las entidades locales y el Registro de la Propiedad*, Centro de Estudios Registrales, 2008, págs. 40 y 41.

³³ Dice así la norma aragonesa: «1. *Los negocios jurídicos de adquisición, transmisión o gravamen de bienes inmuebles y derechos reales se formalizarán en escritura pública, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 3 de este artículo.* 2. *Los arrendamientos y demás negocios jurídicos de explotación de inmuebles, cuando sean susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad, deberán formalizarse en escritura pública para poder ser inscritos. ... 3. Las cesiones gratuitas de bienes inmuebles o derechos reales sobre los mismos se formalizarán en documento administrativo, que será título suficiente para su inscripción en el Registro de la Propiedad cuando el cesionario sea otra Administración Pública*».

la legislación hipotecaria en el caso de que el documento pretenda acceder al Registro de la Propiedad.

Respecto a lo primero, la dicción del citado artículo 113 podría dar a entender que la exigencia formal de escritura va más allá de lo que sería el sistema general de los artículos 1279 y 1280 del Código Civil, constituyendo un supuesto, precisamente, en el que sí se exige una forma *ad solemnitatem*, aunque el tenor de la ley no condicione expresamente la validez del negocio a ello³⁴. Sin embargo, quizá sea más correcto considerarlo como una mera exigencia instrumental necesaria para cumplir con la obligación de inscripción prevista en el artículo 36 LPAP. Y de hecho, en el Reglamento de desarrollo se exponen conjuntamente ambas obligaciones (art. 24. Formalización y gastos: «1. De acuerdo con lo previsto en el artículo 113 de la Ley, las adquisiciones de bienes inmuebles o derechos sobre los mismos se formalizarán en escritura pública y se inscribirán en el Registro de la Propiedad y se incorporarán al Catastro»).

En este punto conviene recordar nuevamente los efectos de la exclusión de la legislación de contratos, que hacen innecesario plantearse, a los efectos de diferenciar el régimen oportuno, si la formalización es un acto preparatorio o un acto de ejecución, puesto que la norma aplicable —circunscribiéndonos a la legislación estatal en la que nos hemos centrado— es la LPAP. Y recuerdo esto porque si se diferenciara, y nos planteáramos que la formalización es un acto preparatorio, habría de aplicarse, en defecto de norma en la LPAP, lo dispuesto en la legislación de contratos, y concretamente, el artículo 140.3, que señala que la falta de formalización es causa de resolución del contrato. Si se considera que es un acto de ejecución, la norma a aplicar sería la del Derecho Privado, con las dudas, a partir de ahí, de si es forma *ad solemnitatem*, o se encuadra en el sistema genérico de los artículos 1279 y 1280 del Código Civil.

Por lo demás, y respecto al segundo de los puntos expuestos, si el documento en cuestión pretende acceder al Registro de la Propiedad, es la legislación hipotecaria la que, lógicamente, marca las condiciones. Y no siempre se exige escritura pública, como se deduce del artículo 3 LH; en ese sentido, no son pocos los documentos administrativos que pueden acceder: la certificación administrativa a los efectos del artículo 206 LH; los documentos de deslinde administrativo del artículo 12 RH; las adjudicaciones de bienes inmuebles a resultas de ejecución de embargos por deudas de carácter administrativo (art. 25 RH); la inscripción de retractos administrativos, *ex* artículo 29 RH, o la inscripción de bienes adquiridos en procedimientos de expropiación forzosa, entre

³⁴ Contra, Raúl LÓPEZ FERNÁNDEZ, «Comentario al artículo 113», en *Comentarios a la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Thomson-Aranzadi-Ministerio de Justicia, 2008, págs. 832 y 833, que partiendo de otro enfoque distinto, lo encuadra en el sistema genérico de los artículos 1279 y 1280 del Código Civil.

otros³⁵. Pero en definitiva, se exigirá la escritura pública en los negocios jurídicos de disposición (adquisición y enajenación), como por otra parte, se exigiría tratándose de un negocio jurídico entre particulares; lo mismo sucede con las exigencias que la LPAP hace respecto a la inscripción de los arrendamientos. Quizá la novedad que aporta este artículo sea precisamente la relativa a las cesiones gratuitas hechas a otras entidades del sector público —entendido en sentido amplio—, en las que no se considera necesario el control notarial, siendo suficiente el administrativo³⁶.

No existe normativa específica para las entidades locales: siguiendo con el ejemplo de Aragón, el Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, del Gobierno de Aragón, ya citado, no contiene disposiciones relativas a la formalización, pero en la medida en que el artículo 6.3, v.gr. afirma que: «*Los bienes patrimoniales se rigen por su legislación específica y, en su defecto, por las normas del Derecho Privado*», entiendo que se aplicarán estas últimas, y concretamente, las exigencias de la Ley Hipotecaria.

Por lo demás, y respecto a la posible modificación del contrato una vez adjudicado, el carácter privado de los mismos exige el mutuo consentimiento para aquélla, sin perjuicio de que se hubieran podido acordar eventuales previsiones al respecto en el pliego de condiciones. En este punto ha de tenerse en cuenta el criterio restrictivo en la modificación de los contratos del sector público, que impera actualmente en el TRLCSP, modificada por la Ley de Economía Sostenible (Ley 2/2011, de 4 de marzo)³⁷, que introdujo un nuevo párrafo en el artículo 20.2 en el que se dispone que, pese a que los efectos y extinción de los contratos privados se regirán por el Derecho Privado: «*No obstante, serán de aplicación a estos contratos las normas contenidas en el Título V del Libro I, sobre modificación de los contratos*». Sin que se apliquen directamente estas normas a los contratos excluidos, pues están previstas para los contratos privados pero incluidos en el ámbito de la legislación sobre contratos, sí que sería un claro ejemplo de principio inspirador —ex art. 4.2 TRLCSP— para los contratos excluidos, que inclinaría al intérprete a favor de la interpretación más restrictiva en un caso de modificación.

³⁵ Sobre estas cuestiones, y en especial sobre las consecuencias del artículo 37 LPAP en cuanto al título inscribible, cfr. Pedro Luis SERRERA CONTRERAS, en «Dos apuntes registrales en torno a la nueva Ley de Patrimonio», en *RCDI*, núm. 684, 2004, págs. 1831-1848.

³⁶ Las condiciones y presupuestos de dichas cesiones aparecen respectivamente en los artículos 145 LPAP, 57 de la Ley aragonesa 5/2011 y 102 del Decreto 347/2002 del Gobierno de Aragón.

³⁷ En el Preámbulo de dicha Ley se explica: «*En especial, se modifica por completo la normativa de los modificados de obras, de acuerdo con las prácticas recomendadas por la Unión Europea, y teniendo en cuenta, especialmente, la postura manifestada por la Comisión sobre modificaciones no previstas en los documentos de licitación y sobre el carácter de alteración sustancial de aquellas que excedan en más de un 10 por 100 el precio inicial del contrato*».

IV. CONCLUSIONES

- I. Hasta la Ley 30/2007, los que podrían denominarse genéricamente *contratos inmobiliarios* celebrados por una Administración Pública se calificaban frecuentemente, dependiendo de su vinculación con las finalidades públicas, como contratos privados o como contratos administrativos especiales, pero siempre dentro del marco de dicha legislación.
- II. La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, introdujo una importante modificación en el régimen normativo de los negocios jurídicos del sector público que recaen sobre bienes inmuebles, al excluirllos de dicha legislación. Esta reforma legislativa, fruto de directivas europeas, deja fuera del ámbito de aplicación de la legislación estos contratos, que quedan sometidos a la legislación sobre patrimonio de las Administraciones Públicas y a las normas de Derecho Privado.
- III. Lo referente al contrato a cuya virtud se constituye el derecho real de superficie puede diferir de este régimen general, y es posible que siga calificándose en algunos casos como contrato administrativo especial.
- IV. El problema se plantea porque algunas de las normas sobre patrimonio continúan remitiéndose, a su vez, a las normas sobre contratación administrativa, de modo que muchos operadores jurídicos siguen aplicando, por esta vía, la normativa que la Ley 30/2007 perseguía precisamente dejar de aplicar, aunque permitiera el recurso a los principios generales inspiradores de esta para resolver las dudas que se pudieran suscitar.
- V. Este problema se ha puesto de manifiesto en cuestiones como la inclusión en los pliegos de contratación de prohibiciones de contratar, en los que a partir de ahora deberán tenerse en cuenta criterios que garanticen muy especialmente el equilibrio o la equivalencia de las prestaciones, propia de los contratos sometidos al Derecho Privado.

V. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUIRRE FERNÁNDEZ, Basilio: *Los bienes de las entidades locales y el Registro de la Propiedad*, Centro de Estudios Registrales, 2008.
- COLÁS TENAS, Jesús: «La contratación en las entidades locales tras la Ley de contratos del sector público: aspectos prácticos e informes de las juntas consultivas», en *Fundación Democracia y Gobierno Local*, I QDL 21, octubre de 2009.
- COLOM PIAZUELO, Eloy: «La gestión patrimonial. Disposiciones generales», en *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas* (Carmen CHINCHILLA MARÍN, coord.), Civitas, 2004.
- CONTRERAS ORTIZ, Manuel M.^º: «La distinción entre los contratos administrativos especiales y los contratos privados de la administración en la ley de contratos del sector

- público. El caso de los contratos inmobiliarios», en *Revista española de la función consultiva*, núm. 10, julio-diciembre, 2008.
- DE PABLO CONTRERAS, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, DE PABLO CONTRERAS, PÉREZ ÁLVAREZ, y PARRA LUCÁN: *Curso de Derecho Civil (II), Derecho de Obligaciones*, 3.^a ed., Colex, 2011, págs. 376 y 377.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, I, Thomson-Civitas, 14.^a ed., 2008.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: «Verso un concetto de Diritto Amministrativo come Diritto statutario», en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Anno X, 1960.
- GIMENO FELIÚ, José María: «El ámbito objetivo de la aplicación de LCSP», en *La ley de contratos del sector público y su aplicación por las entidades locales* (coord.: José Antonio MORENO MOLINA), CEMCI, 2008.
- GIMENO FELIÚ, José María: *Las reformas legales de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público: alcance y efectos prácticos*, Civitas, 2011.
- LÓPEZ FERNÁNDEZ, Raúl: «Comentario al artículo 111» y «Comentario al artículo 113», en *Comentarios a la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Thomson-Aranzadi-Ministerio de Justicia, 2008.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, Manuel: «Contratos patrimoniales y otros negocios jurídicos sobre bienes inmuebles de las entidades locales», en *Revista de Estudios Locales*, núm. 149, 2012.
- MORENO MOLINA, José Antonio: «La nueva Ley de contratos del Sector público: principales novedades y aspectos problemáticos», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 44, junio de 2008.
- SERRERA CONTRERAS, Pedro Luis: «Dos apuntes registrales en torno a la nueva Ley de Patrimonio», en *RCDI*, núm. 684, 2004.

VI. ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA, INFORMES Y DICTÁMENES

TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 16 de diciembre de 1980 [RJ 1980/5020].
- STS de 19 de octubre de 1981 [RJ 1981/4484].
- STS de 11 de mayo de 1982 [1982/2566].
- STS de 7 de noviembre de 1983 [RJ 1983/5959].
- STS de 9 de octubre de 1987 [1987/6931].
- STS de 23 de mayo de 1988 [RJ 1988/3917].
- STS de 13 de febrero de 1990 [RJ 1990/1430].
- STS de 30 de octubre de 1990 [RJ 1990/8400].
- STS de 28 octubre de 1991 [RJ 1991/7241].
- STS de 11 de junio de 1993 [RJ 1993/4827].
- STS de 17 de julio de 1995 [RJ 1995/5856].

- STS de 11 de junio de 1996 [*RJ* 1996/6123].
- STS de 20 de noviembre de 1996 [*RJ* 1996/8225].
- STS de 17 de julio de 1999 [*RJ* 1999/5958].
- STS de 24 de enero de 2007 [*RJ* 2007/710].
- STS de 27 de mayo de 2009 [*RJ* 2009/3189].
- STS de 30 de diciembre de 2011 [*RJ* 2012/304].

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STJS de Madrid, de 7 de marzo de 2000 [*RJCA* 2000/271].
- STJS de Castilla y León, de 17 de septiembre de 2004 [*JUR* 2004/271150].

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- Auto de la AP de Barcelona, de 28 de septiembre de 2004 (Sección 13.^a) [*JUR* 2004/305019].
- Auto de la AP de Madrid, de 31 de octubre de 2005 (Sección 14.^a) [*JUR* 2006/1581].
- SAP de Segovia, de 12 de julio de 2010 (Sección 1.^a) [*JUR* 2010/310814].
- Auto de la AP de Jaén, de 5 de noviembre de 2010 (Sección 3.^a) [*AC* 2011/121].

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- RDGRN de 29 de enero de 2009 [*RJ* 2009/1610].
- RDGRN de 9 de marzo de 2010 [*RJ* 2010/1489].
- RDGRN de 16 de abril de 2010 [*RJ* 2010/2740].
- RDGRN de 5 de diciembre de 2011 [*BOE* de 19 de enero de 2012].

JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

- Informe 5/1996, de 7 de marzo.
- Informe 7/1996, de 7 de marzo.
- Informe 36/1997, de 10 de noviembre.
- Informe 22/2002, de 23 de octubre.
- Informe 43/2007, de 29 de octubre.
- Informe 25/2008, de 29 de enero.

JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA COMUNIDAD
AUTÓNOMA DE ARAGÓN

- Informe 4/2009, de 15 de abril.
- Informe 10/2010, de 15 de septiembre.

CONSEJO DE ESTADO

- Dictamen del Consejo de Estado 1336/2005, de 17 de noviembre de 2005.

RESUMEN

*NEGOCIOS JURÍDICOS
SOBRE BIENES INMUEBLES
CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO*

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, introdujo una importante modificación en el régimen normativo de los negocios jurídicos del sector público que recaen sobre bienes inmuebles, al excluirlos de dicha legislación. La normativa a aplicar sigue sin estar totalmente clara en la actualidad, con opiniones y dictámenes contradictorios de las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa. El peso, cada vez mayor del Derecho Privado en estos contratos, hace necesaria una consideración del problema desde la perspectiva del Derecho Civil, con especial atención a cuestiones relativas a la formalización del contrato, o la inclusión de prohibiciones de contratar.

ABSTRACT

*JURISTIC ACTS INVOLVING
IMMOVABLE PROPERTY
PUBLIC SECTOR CONTRACTS*

Under Act 30/2007 of 30 October on public sector contracts, juristic acts involving immovable property are excluded from legislation on public sector juristic acts. That is a major modification. What rules do apply are still not entirely clear to this day. There are contradictory opinions and decisions from administrative contracting advisory boards. Because of the ever-increasing weight of private law in public sector contracts, the problem needs to be considered from the standpoint of civil law, paying special heed to issues concerning contract conclusion and the inclusion of prohibitions against contracting.

*(Trabajo recibido el 23-7-2012 y aceptado
para su publicación el 31-7-2013)*

Adquisición de productos financieros y los riesgos de asimetría en la información

por

ESTHER MUÑOZ ESPADA
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

SUMARIO

- I. EL MERCADO FINANCIERO: INNOVACIONES Y SUCESIVOS RETORNOS.
 - II. LA RESPONSABILIDAD DE LOS INTERVINIENTES EN EL MERCADO DE INSTRUMENTOS FINANCIEROS.
 - III. LA PAUTA DE CONDUCTA EN LOS MERCADOS FINANCIEROS.
 - IV. DIFICULTADES DE APLICACIÓN Y EL FRACASO EN LA GESTIÓN DE LOS RIESGOS.
 - V. LAS VÍAS DE RECLAMACIÓN.
 - VI. A MODO DE CONCLUSIÓN. LA GESTIÓN DEL RIESGO FINANCIERO Y SU INFLUENCIA EN LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO CONTRACTUAL.
-
- I. EL MERCADO FINANCIERO: INNOVACIONES Y SUCESIVOS RETORNOS

Sabido que el mundo financiero no se corresponde con esa imagen elitista que él pretende proyectar de sí mismo y que se ha visto profundamente desacreditado en varias ocasiones¹, no extraña que sigan funcionando dentro de

¹ Recordemos los casos como Citibank (1964), Allied Lyons (1991), Showa Shell (1993), Banca Negara (1994), Propter & Gamble (1994), Sumitomo (1995), Gibson Greeting Cards

él las operaciones de ingeniería financiera o esas nuevas fórmulas que sirven para enmascarar la realidad contable con productos de riesgo, en ocasiones incorrectamente calificados²; lo que no prejuzga la necesidad de reforzar la eficiencia de los instrumentos financieros en orden a la competitividad de la actividad empresarial y la necesidad de la adaptación del Derecho a las necesidades de la economía³. A su vez, la especulación se desarrolla cada vez más a través de instrumentos innovadores y alternativos a las inversiones tradicionales, algunos muy sofisticados y revestidos de una gran complejidad, que sirve para justificar su opacidad⁴. La generalización de estos instrumentos viene favorecida por unas estructuras financieras no del todo bien trabadas o compactadas⁵, por las que a veces determinadas operaciones terminan generando situaciones de grave conflicto económico y social⁶, como ha sucedido con la adquisición

(1995), Orange County (1995), Barings Bank (1995), Long Term Capital Mangement (1998), Metallgesellschaft (1994), Allied Irish Banks (2002), Société Générale (2008), AIG (2008), Lehman Brothers...

² GENESSE, P./TOPSACALIAN, P., *Ingénierie financière*, Economica, París, 2004, medios jurídico-financieros al servicio de la empresa, como medios destinados a favorecer su desarrollo y la reorganización de sus estructuras, sin embargo, la finalidad de algunos montajes dan lugar a problemas éticos. ALBOURY, M., «La finance contre l'entreprise», en *Revue Française de Gestion*, 1993, pág. 38, «la mejor forma de crear valor no está en montajes jurídico-financieros sofisticados... sino en la actividad industrial y comercial de las empresas». Puede verse, asimismo, FERRANDIER, R./KOEN, V., *Marché de capitaux et technique financière*, Economica, París, 2004; BONHOMME, R., «Responsabilité et gestion du risque financier», en *RDBF*, 2010, pág. 42, el mercado puede ser volátil sin ser, sin embargo, especulativo.

³ VERMEILLE, S., «Régle de Droit et développements des modes de financement alternatifs au crédit bancaire ou l'indaptation du droit français à l'évolution de l'économie et de la finance», en *RTDF*, núm. 2, 2012, pág. 28 y sigs., «la elaboración de la regla de Derecho óptima pasa por una mejor comprensión del impacto de las leyes sobre el acceso a los capitales externos al servicio de la financiación de la economía y una aproximación ventajosa transversal de diferentes problemáticas» (pág. 54). Vid. asimismo, MARTIN, D./SABA, O./FALLET, C., «Pistes de réflexion pour une réforme du régime des actions de préférence», en *SJ Entreprise et Affaires*, núm. 38, 23 de septiembre de 2010, 1821.

⁴ Sobre las relaciones entre las crisis financieras y los productos financieros de creciente complejidad, vid. FERNÁNDEZ DE ROZAS, J. C., «Regulación *versus* desregulación internacional tras la crisis de 2008», en *Agenda internacional*, núm. 28, 2010, pág. 201.

⁵ ONTIVEROS, E./ESCOLAR, I., *El rescate*, Madrid, 2013, pág. 103, «durante mucho tiempo los bancos españoles han estado ocultando parte de su deuda, camuflando sus balances, poniendo precios a activos que no eran reales... ¿por qué han ocultado la deuda de esa manera y por qué el Gobierno ha permitido que lo hayan hecho?». «El resultado final es un sistema bancario con amenazas de liquidez importante y de calidad de los activos y posible insuficiencia de los recursos, de solvencia, en definitiva».

⁶ Los desastres financieros encuentran sus raíces en la ingeniería financiera, LAURENT, J., *Global derivate Debacles, From theory to Malpractice*, Singapore/London, 2012 (hay traducción al francés de A. GRIBE, *Les produits derives et le grands desastres financiers, ingeniere défailante et supercherie*, París, 2011), pág. 293; y los derivados están incluidos en la mayor parte de los vehículos de inversión bajo una u otra forma. La mala utilización de los derivados distorsiona el orden establecido en el ámbito de la inversión, pág. 303.

de las denominadas participaciones preferentes⁷, que se han terminado convirtiendo en vehículos de destrucción. Así, hay más de 10.000 millones de euros invertidos en participaciones preferentes de bancos y más de 14.000 millones de emisiones de otros sectores financieros, como el energético o el de telecomunicaciones, y una avalancha de reclamaciones sobre irregularidades en la comercialización de este producto; sin duda, existen otros tantos confeccionados como éste de manera tortuosa, casi bastaría con fijarse en el opaco mercado de bonos hipotecarios; ahora, alguno de estos productos, por sus resultados, se han visto fuertemente devaluados⁸, pero conviene tomar en cuenta que después del caos nada parece cambiar⁹; ¿se van a dejar de ofrecer masivamente productos financieros de manera indiferenciada? El Real Decreto-ley 24/2012, de reestructuración y resolución de entidades¹⁰, que se ocupa, entre otros aspectos, de los instrumentos híbridos y de ciertas precauciones para su comercialización, entre los cuales se encuentran las participaciones preferentes, prevé como una de las soluciones la opción del canje, pero ¿cómo pueden confiar los titulares de participaciones preferentes, deuda subordinada u otros productos híbridos o complejos, en una propuesta de canje si no pueden evaluar las implicaciones?¹¹, ¿el canje obedece a lo que ellos pretendían adquirir?, ¿entra en los tipos de productos adaptados al perfil de ese inversor al que de manera irregular se han colocado, por ejemplo, participaciones preferentes, cuando él en realidad pretendía una inversión muy conservadora?, ¿qué margen de legalidad tiene todo esto, sobre todo cuando se trata de ofertas de cambio por ciertos instrumentos de capital de la misma entidad de crédito? No tiene mucha coherencia cuando

⁷ Auge de las participaciones preferentes que no sólo es un fenómeno español.

⁸ «El genio financiero precede a la caída», GALBRAITH, J. K., *Breve historia de la euforia financiera*, Ariel, Barcelona, 1991, pág. 32 y sigs.

⁹ «Nada es más notable que esta observación: al día siguiente de la especulación, la realidad será ignorada casi por completo», *ib.*, pág. 34.

¹⁰ Posteriormente Ley 9/2012.

¹¹ Según su artículo 38, las entidades afectadas por un proceso de reestructuración han de adoptar alguna acción de gestión o propuesta sobre estos productos, que puede consistir en: «a) Ofertas de canje por instrumentos de capital de la entidad de crédito, sean acciones, cuotas participativas o aportaciones al capital. b) Ofertas de recompra de los valores, ya sea mediante su abono directo en efectivo o condicionado, conforme a su valor actual, a la suscripción de acciones, cuotas participativas o aportaciones al capital de la entidad o a la reinversión del precio de recompra en algún otro producto bancario. c) Reducción del valor nominal de la deuda. d) Amortización anticipada a valor distinto del valor nominal». Permite a la entidad financiera proponente que «las medidas del apartado anterior podrán ir acompañadas de otras modificaciones de los términos de las emisiones afectadas y, en particular, la introducción del carácter discrecional del pago de la remuneración». El diseño de estos niveles de intervención se complementa con lo dispuesto en los artículos 42 y sigs. del mismo texto legal si el FROB estimara que con las medidas adoptadas por la entidad no se asegurara un reparto adecuado de los costes de reestructuración o resolución, lo que podría implicar mayores pérdidas para los tenedores de participaciones preferentes. Medidas excepcionales previstas hasta el 30 de junio de 2013.

la propia Disposición Adicional 13.^a del texto contempla un legislador decidido a evitar futuras prácticas irregulares con una serie de medidas preventivas a través de límites en el valor de adquisición¹² —que por otro lado, ya no tiene demasiada virtualidad, porque ahora ya ni a las propias entidades les interesan las participaciones preferentes por su falta de repercusión sobre el cómputo del capital—; y en relación a la referencia de los folletos de emisión no parece que haya nada nuevo, o sobre el registro de productos no idóneos para el tipo de cliente, más de lo mismo ya previsto en el espíritu de la Directiva MiFID. Y ¿no parecen excesivas las limitaciones a la reclamación de cantidades por incumplimiento en las condiciones de emisión a consecuencia de una intervención del FROB?¹³ Y cuando el alcance del problema es tan extenso ¿cómo conciliar los intereses de los inversores con los de la sociedad, es decir, con la estabilidad presupuestaria? Incluso, si el particular inversor tiene el perfil adecuado para ofrecerle un instrumento financiero complejo, ¿está garantizada la información sobre los balances de las entidades que emiten o en las que se invierte, o sobre sus reestructuraciones de capital?, ¿se puede garantizar un riguroso análisis del producto y de sus circunstancias concurrentes en momentos de crisis, incertidumbre, inestabilidad e insolvencia?

Una vez más, el fracaso en las estructuras financieras, favorecido por un contexto de crisis, evidencia la necesidad de un reforzamiento de las garantías a favor del inversor o del usuario de servicios financieros.

II. LA RESPONSABILIDAD DE LOS INTERVINIENTES EN EL MERCADO DE INSTRUMENTOS FINANCIEROS

La Comisión Nacional del Mercado de Valores, en algunas ocasiones, ha reconocido simplemente frente algunas irregularidades su tardía reacción¹⁴, o

¹² La Disposición Adicional 13.^a ha salido al paso imponiendo que la comercialización o colocación entre clientes o inversores minoristas de emisiones de participaciones preferentes, instrumentos de deuda convertibles o financiaciones subordinadas computables como recursos propios conforme a la normativa de solvencia de entidades de crédito, exigirá el cumplimiento de los requisitos siguientes: a) La emisión ha de contar con un tramo dirigido exclusivamente a clientes o inversores profesionales de al menos el cincuenta por ciento del total de la misma, sin que el número total de tales inversores pueda ser inferior a cincuenta, y sin que sea de aplicación a este supuesto lo previsto en el artículo 78 bis.3.e) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. b) En el caso de emisiones de participaciones preferentes, o instrumentos de deuda convertibles de entidades que no sean sociedades cotizadas, en los términos del artículo 495 de la Ley de Sociedades de Capital, el valor nominal unitario mínimo de los valores será de 100.000 euros. En el caso de las restantes emisiones, el valor nominal unitario mínimo será de 25.000 euros.

¹³ De nuevo según lo previsto en el mismo texto legal citado.

¹⁴ Aunque se han reforzado las funciones de las sociedades rectoras y de los organismos de supervisión en general.

digamos le resulta más fácil instruir un expediente sancionador que prevenir¹⁵, podía haber prohibido —según han defendido algunos expertos— la colocación de participaciones preferentes entre inversores minoristas¹⁶, como se han prohibido las ventas en corto de las acciones de los bancos durante un periodo¹⁷.

La generalidad de la doctrina mercantilista manifiesta buena dosis de complacencia al comentar la Ley del Mercado de Valores, aunque los problemas no se generan sólo por una cuestión de deficiencia normativa, sino de aplicación. La Comisión Nacional del Mercado de Valores¹⁸ ejerce una supervisión prudencial, que debe garantizar la seguridad de las transacciones y la solvencia del sistema. Pero esta supervisión y control, sin embargo, no hace necesaria una autorización previa respecto de los productos financieros que se ponen en circulación o que se quieran comercializar, es decir, no es necesaria autorización administrativa previa ni para las emisiones ni para la admisión a negociación de los valores emitidos (art. 25 LMV), el emisor puede acudir a cualquier técnica adecuada para la colocación de los valores siempre que se ajuste a las condiciones recogidas en el folleto; pero ¿cómo puede garantizar la solvencia del sistema si no tiene como función verificar la veracidad de la información suministrada por los emisores, ni tampoco verificar los resultados de las ofertas de productos financieros sobre los inversores?, según el artículo 92 de la LMV la incorporación a los registros de la CNMV de la información «sólo implicará el reconocimiento de que aquellos contienen toda la información requerida por las normas que fijan su contenido y en ningún caso determinará responsabilidad de la Comisión Nacional del Mercado de Valores por la falta de veracidad de la información en ellos contenida»¹⁹. Tampoco es una forma de dar confianza en el sistema que las normas de conducta contenidas en los artículos 78 a 83

¹⁵ «La labor supervisora se complica y, continuamente, va por detrás del desarrollo vertiginoso de los mercados, de los instrumentos financieros, de la tecnología», KIRCHNER, P./SALINAS, C., *La reforma de la ley del mercado de valores*, Valencia, 2009, pág. 329.

¹⁶ Cabe recordar que inicialmente las acciones estuvieron reservadas por su alto nivel especulativo a inversores profesionales, vid. sobre ello, MÉADEL, J., *Les marchés financiers et l'ordre public*, LGDJ, París, 2007, pág. 159.

¹⁷ Aunque, ciertamente, la medida ya no tenga mucho sentido en la actualidad, pues carecen de interés para las entidades de crédito, vid. MAYORGA TOLEDANO, M. C., «El problema de las participaciones preferentes: déficit regulatorio o apariencia de protección», en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6, 2012, pág. 14.

¹⁸ O de los mercados financieros, sobre la denominación, vid. MARTÍN MUÑOZ, A./IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J., «Concepto de valor y ámbito de aplicación de la Ley del Mercado de Valores», en *Derecho de la regulación económica, Mercado de valores*, t. II, dir.: JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, Madrid, 2009, pág. 23 y sigs.

¹⁹ Sobre el artículo 92 LMV, vid. Circular 1/2013, de 30 de enero, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre comunicación de informaciones relativas a empresas de servicios de inversión y sus sociedades dominantes y a sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva.

quater de la LMV, siendo normas imperativas, estén plagadas de conceptos vagos e indeterminados. Asimismo, las órdenes de ejecución de las operaciones deben permitir por parte del ordenante y del receptor que conozcan con exactitud sus efectos, pero no es un supuesto aislado que el propio oferente o quien comercializa el producto no lo entienda; en la SAP de Álava, de 7 de abril de 2009²⁰, se analizaba un *swap* para cubrir el riesgo de oscilación monetaria, respecto al cual el mismo director de la oficina bancaria reconoció que no comprendía en absoluto esa cláusula del contrato, lo que provocó la declaración de su nulidad²¹.

Asimismo, son fines esenciales de la Ley del Mercado de Valores el fomento de la transparencia de los mercados de valores, la correcta formación de los precios y la protección de los inversores. Pero a este respecto, el propio Banco de España expresó que las participaciones preferentes ofrecían una rentabilidad poco acorde con el riesgo asumido, siendo dudoso que la rentabilidad residual supere a la de una imposición a plazo fijo, aunque se hayan comercializado convenciendo de que eran productos de alta remuneración; el Banco de España expresó su preocupación por el peso creciente de las participaciones preferentes en los recursos propios básicos de algunas entidades, así como por la forma en la que, en determinados casos, se estaban comercializando entre la clientela minorista tradicional²², lo que no evitó que se siguiera operando en muchos casos del mismo modo, ni se limitó la extensión del problema. En efecto, este producto vale simplemente lo que el mercado pague por él, dependiendo en buena medida de las condiciones del emisor y de su capacidad para generar beneficios, y sin carácter acumulativo. En una inversión se supone que se cobra un precio equivalente o con relación al riesgo asumido, pero en un reciente estudio donde se comprueba si su emisión fue efectuada en condiciones de mercado, comparándose con la rentabilidad de los activos sin riesgo, una de las conclusiones a las que se llega es que el diferencial con respecto a la deuda pública ha sido bajo durante todo el periodo analizado y «además se estrechó en la fase en la que ya desde España se amplió el abanico de entidades financieras que accedieron a la actividad de este instrumento financiero»; «las participaciones preferentes emitidas en España han presentado en general unas condiciones de emisión poco atractivas para los inversores, ...el agravante de todo esto es que su característica de perpetuidad deja atrapados a los inverso-

Cabe citar también la Circular 2/2013, de 9 de mayo, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre el documento con los datos fundamentales para el inversor y el folleto de las instituciones de inversión colectiva.

²⁰ AC 2009/995.

²¹ También SAP de Jaén, de 27 de marzo de 2009, AC 2009/1604; SJPI, núm. 1 de Mataró, de 5 de febrero de 2012.

²² Informe de Estabilidad Financiera del Banco de España, núm. 3, noviembre de 2002, págs. 13, 14 y 41.

res en unas inversiones de rentabilidad dudosa»²³. En ello insiste el Informe de Estabilidad Financiera del Banco de España de noviembre de 2002, «dado que algunas participaciones preferentes no se han dirigido al mercado institucional, sino que se han comercializado entre la clientela minorista (con menor capacidad de valoración del riesgo asociado al instrumento), que su liquidez en el mercado secundario es muy escasa, y puesto que ofrecen una rentabilidad poco acorde con el riesgo asumido, las entidades podrían estar incurriendo en riesgo de reputación. En concreto, si a la rentabilidad ofrecida se le resta la prima de riesgo derivada del bajo derecho de prelación de las participaciones preferentes, la prima a percibir por su iliquidez y el precio de la opción de compra otorgada al emisor (aspectos mal conocidos por el pequeño inversor), es dudoso que, en algunas de estas emisiones, la rentabilidad residual supere a la de una imposición a plazo fijo»^{24 25}.

El Banco de España tampoco ofrece una imagen de seguridad, percibiéndose esa contradicción entre primar la solvencia de la banca o la tutela del cliente²⁶; la amortización anticipada de participaciones preferentes previa autorización del Banco de España, como excepción a su carácter perpetuo, es una prueba de ello; o cuando se da por quebrada una entidad, cuando en realidad ha sido rescatada y se puede suspender el cobro de intereses en vez de dar por perdido parte del capital invertido; el mismo problema se presentó cuando la sociedad emisora y el intermediario financiero, siendo la misma entidad, canaliza sus títulos, como ha ocurrido con la comercialización de participaciones preferentes, a través de las sucursales bancarias. Aunque para empezar, ¿qué autonomía cabe esperar de esta institución, o de la CNMV, como se exige, teniendo en cuenta el modo de realizarse en ellas los principales nombramientos?²⁷. Los informes

²³ BLANCO MARCILLA, E., «Participaciones preferentes: rentabilidad de las emisiones», en *CNMV*, julio de 2007, págs. 1, 29, 35 y 49.

²⁴ Informe de Estabilidad Financiera del Banco de España, núm. 3, noviembre de 2002, pág. 41. En la Comisión Nacional del Mercado de Valores se habían recibido reclamaciones por la escasísima liquidez de las participaciones preferentes que cotizan en el mercado AIAF.

²⁵ El Informe del Defensor del Pueblo de marzo de 2013, a propósito de su estudio sobre las participaciones preferentes, reclama «mayor independencia y competencias claras y precisas para la CNMV, para adoptar medidas cautelares. Del mismo modo, es importante el otorgamiento de facultades a la CNMV para imponer acuerdos a las partes, cuando estime que la normativa no ha sido respetada, en perjuicio de los inversores minoristas, evitando que tengan que acudir a la justicia para solventar cuestiones que el supervisor ha decidido de antemano, sin perjuicio de su derecho a la utilización de la vía judicial».

²⁶ Vid. RAMOS MUÑOZ, D., «Las participaciones preferentes y su contexto: resolviendo el sudoku», en *La Ley*, núm. 7970, noviembre de 2012, pág. 7, sobre el potencial conflicto de intereses dentro del regulador, pues el cumplimiento de las normas de solvencia puede resultar contraproducente para los inversores.

²⁷ Sobre el tema, puede verse BETANCOR, A., «La Comisión Nacional del Mercado de Valores como administración independiente», en *Derecho de la regulación económica, Mercado de valores*, t. II, dir.: JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, Madrid, 2009, pág. 172,

anuales de la CNMV sobre reclamaciones y consultas evidencian que no son suficientes las medidas actuales²⁸.

De otro lado, las agencias de calificación son otra parte de la debilidad del sistema²⁹, por las dificultades, entre otras razones, de perfilar sus responsabilidades; es sorprendente, expresa PARTNOY, que la cuestión de qué papel deberían desempeñar en el moderno desarrollo de la evolución de los mercados financieros siga aún abierta³⁰. Son reiteradas las críticas que se han hecho a

por su parte, expresa que «en nuestro caso, el término independencia, aplicado a entes como la CNMV, debe hacerse en su sentido relativo».

²⁸ En el Informe anual de la CNMV sobre reclamaciones y consultas el 95 por 100 de las reclamaciones se dirigen contra los bancos y cajas de ahorro, cuatro entidades acumulan más del 45 por 100 de las quejas. Desde febrero de 2012 las reclamaciones se han incrementado en más de un 100 por 100 respecto al año anterior. Las reclamaciones tramitadas por los servicios de la CNMV alcanzaron en 2011 las 2.408, un 15,4 por 100 más que en 2010 y, de ellas, las que implicaron un análisis de las cuestiones planteadas y la emisión de un informe fueron 2.086, lo que supone un aumento del 17,6 por 100 respecto de las resueltas en 2010. Un 82 por 100 se refirió a incidencias relativas a la prestación de servicios de inversión, se debió principalmente a problemas de información a los inversores y, en segundo lugar, al proceso y ejecución de órdenes. Las reclamaciones resueltas con informe favorable al reclamante se incrementaron un 51,3 por 100 en el ejercicio 2011. En el año 2011, de las reclamaciones que se resolvieron con informe favorable al reclamante, las entidades comunicaron la rectificación de su actuación según los criterios señalados solo en el 9,6 por 100 de los casos, porcentaje inferior al de 2010 (14,6 por 100). En el resto de los casos, la entidad comunicó que no rectificaba en 238 ocasiones (19,5 por 100) y en 863 ocasiones (70,8 por 100) no se realizó ninguna comunicación al respecto a la CNMV.

²⁹ ONTIVEROS, E./ESCOLAR, I., *El rescate*, Madrid, 2013, págs. 124 y 125, «las agencias de calificación crediticia, como se ha puesto de manifiesto antes y después de la crisis, han ido siempre detrás de la curva, como se dice en los mercados financieros. En el mejor de los casos, porque también ha habido otras anomalías, han ido detrás de los acontecimientos y han sido de tal magnitud los errores que han cometido que muchas veces han tratado de curarse en salud y han bajado las calificaciones».

«Los fallos en los sistemas de evaluación de los activos y entidades por parte de las agencias de calificación impidieron anticipar los desfases patrimoniales», BILBAO UBILLOS, J., «La crisis actual, cambios en la regulación financiera y modificación de las fronteras entre lo público y lo privado», en *Gestión y política pública*, núm. 2, 2012, pág. 489; BETANCOR, A., «Mariposas, fotocopias y burbujas inmobiliarias», en *El Notario del Siglo XXI*, marzo-abril de 2013, pág. 30 y sigs.; PARMEGGIANI, F., «La regolazione delle agenzie di rating tra tentativi incompiuti e prospettive future», en *Giur. Comm.*, 2010, pág. 121 y sigs.; DENIS, F., «La nouvelle responsabilité civile des agences de notation», en *Rev. Lamy Droit des affaires*, núm. 65, 2011, pág. 73 y sigs.; ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C., *La responsabilidad civil de las agencias de calificación crediticia*, Aranzadi, Navarra, 2013.

³⁰ «Legal scholars long have recognized that investment banking, accounting, and law firms can act as private gatekeepers to financial markets. However, scholars have not settled the questions of when and whether such gatekeepers should be liable for misrepresentations or fraud by public issuers of securities. The answers to these questions depend, of course, on both the reputational and legal constraints imposed on gatekeepers' activities. Because scholars continue to debate the scope of these constraints, it is unsurprising that the question of what role gatekeepers should play in modern, rapidly-evolving financial markets remains open», el autor hace, asimismo, una propuesta para una modificación de su régimen, en «Barbarians

las agencias de calificación, por la opacidad de sus métodos de calificación, por la fuerte concentración de este sector, como por sus conflictos de intereses.

Tampoco se han visto medidas de actuación sobre aquellas autoridades que, en este contexto más amplio de crisis, no solamente no corrigieron los excesos, sino que orientaron su política en la dirección contraria y continúan persistiendo en ella; y ¿por qué el mercado en nuestro país no se amplía a otras modalidades financieras que no sean necesariamente las bancarias?, es decir, aumentar la presencia de otro tipo de financiadores u operadores en el mercado financiero con adecuadas garantías; y ¿qué se hace con aquél que produjo el contagio a otros países por inflación de préstamos a particulares que ninguna posibilidad tenían de devolver los créditos y han comercializado básicamente productos financieros basados sobre esas hipotecas?, en definitiva, sobre una pura farsa³¹. ¿Qué confianza se puede tener en aquellos que deben resolver la crisis si no fueron capaces de predecirla?

Todas las variables deben tomarse en cuenta, porque como dijera J. F. NASH, en el mundo real tanto las relaciones económicas como las políticas y sociales el resultado depende de la conjunción de decisiones de diferentes agentes o jugadores.

Todo ello cuestiona al propio orden jurídico, puesto que la solución a estos problemas sociales y económicos tiene que ser política y jurídica, la correcta decisión política es también jurídica. El Derecho es la racionalización de la acción política, casi siempre con contenido y alcance económico. Otra vez confundir lo que erróneamente se distingue. El Derecho tiene que tener una respuesta objetiva de justicia y seguridad. Pero lo que se está intentando, las soluciones que se están proponiendo, son medidas más de circunstancias que la solución ortodoxa, lo que equivale a una incorrecta asignación de responsabilidades o a una huida del verdadero problema, y precisamente en el Derecho Civil se encuentra el fundamento para salir al paso de estos problemas.

at the gatekeepers?: a proposal for a modified strict liability regime», *Washington University Law Quarterly*, 2001, copr © 2003 West, Thomson business.

³¹ No solo respecto de las denominadas *subprime*, las calificadas Alt-A que se realizaron en Estados Unidos entre 2004 y 2008 por un total de 1,2 billones de dólares tenían la misma probabilidad de impago, aunque tenían puntuaciones crediticias FICO superiores a las de los prestatarios de *subprime*. Pero mientras se pueda «atraer más dinero al mercado el problema queda resuelto. Esa ha sido la historia de los últimos tres o cuatro años» anteriores al 2007; lo cual quiere decir que no siempre las mejores firmas de Wall Street entienden sus propios riesgos; y «¿por qué las agencias de calificación no se mostraron más críticas con los bonos respaldados por hipotecas basura de interés variable?», LEWIS, M., *La gran apuesta*, trad.: F. J. RAMOS MENA, Barcelona, 2013, pág. 217 y pág. 258, el FMI evaluó las pérdidas en los activos relacionados con el mercado *subprime* originados en EE.UU. en un billón de dólares.

Vid. AVENEL, J. D., *L'essential des marches financiers aux Etats-Unis: institutions financières, fonctionnement des marches, produit financiers traditionnelles*, París, 2011.

Si bien, un establecimiento puede quebrar no por razones vinculadas al riesgo del mercado o al riesgo del crédito, vid. CHARTIER, E., *Le système d'information du risqué opérationnel*, Economica, París, 2009.

III. LA PAUTA DE CONDUCTA EN LOS MERCADOS FINANCIEROS

En concreto, la regulación debe reforzarse a favor de aquellos que tiene más posibilidades de verse perjudicados. A la vista de los acontecimientos, el conjunto de deberes a cargo de las entidades de comercialización de instrumentos financieros, y de las entidades supervisoras, que guían también las condiciones contractuales, proporcionan una tutela insuficiente. A este respecto, lo que han hecho las sucesivas regulaciones es ir proporcionando a cuenta gotas mayores rigores para la defensa del pequeño inversor, que, en definitiva, es una aplicación o una transposición a un área específica de los principios ya recogidos en la teoría general de las obligaciones y contratos; circunstancia reveladora, no tanto de un problema de deficiencia normativa, como, sobre todo, de aplicación y control. En este contexto, el principio de buena fe y de lealtad en las relaciones contractuales asume una especial significación a través del deber de información, con diversidad de funciones en su desenvolvimiento, que ha alcanzado un gran desarrollo sobre la base, fundamentalmente, pero no exclusivamente, de las relaciones entre profesional y usuario; esta obligación, que se entendía implícita en el principio de buena fe y lealtad en las relaciones contractuales, para permitir expresar un consentimiento correctamente formado, pasa a contemplarse expresamente como un deber de información de origen legislativo, con distinto alcance y contenido según su ámbito de actuación y con una diversidad de funciones, reflejando una nueva expansión de la lógica proteccionista del consumidor³².

La idea es compensar al usuario de servicios financieros que frecuentemente se ve indefenso en un campo excesivamente técnico y desconocido para él, enfrentado a una contraparte que parece mejor protegida por el sistema; en efecto, un banco no es un acreedor cualquiera³³, y no puedo serlo porque cumple una finalidad de relevancia social y una utilidad económica muy especial, por lo que, en coherencia, debe ofrecer una cualificación y un estatuto particularmente exigente, con una normativa bien definida y mejor estructurada, apoyada por un eficiente sistema de control, que no siempre quiere funcionar.

De esta protección forma parte otra consideración: la transparencia en el funcionamiento de los mercados ha supuesto históricamente uno de los objetivos más perseguidos por los ordenamientos jurídicos de cualquier sector económico. No puede hacerse una correcta asignación de los recursos ni adoptarse decisiones económicas convenientes si hay asimetría en la información, fuente de

³² Sobre esto puede verse MOLFESSIS, N., «De l'obligation de renseignement à l'éducation juridique du contractant», en *Mélanges en l'honneur du professeur J. Hauser*, París, 2012, pág. 928 y sigs.

³³ Vid., por ejemplo, Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública, sobre su posición de privilegio en lo referente al procedimiento concursal.

desigualdades³⁴; por ello, las entidades financieras tienen que estar sometidas a un estatuto profesional especialmente exigente para favorecer su solidez y fiabilidad dentro del tráfico económico³⁵. Es decir, la relación entre el inversor y la entidad de crédito no tiene que basarse en una relación de confianza, porque entre ambos hay conflicto de intereses³⁶. En este ámbito las relaciones se desenvuelven, a diferencia de lo característico del Derecho Privado, entre el conflicto de intereses y la asimetría en la información.

Ante esto, un proceso de simplificación legislativa se impone ya para empezar, tanto por lo que se refiere al desarrollo de las normas de conducta o pautas de comportamiento de las entidades de emisión o intermediarias en relación con el inversor minorista, como en lo que respecta a su responsabilidad³⁷. La dispersión legislativa y su fragmentación, característica de este ámbito que analizamos, debilita enormemente la eficacia en la protección de los derechos de este tipo de inversor, como perjudica también a las propias entidades participantes del sector, incrementando sus costes de transacción; de modo, que la propia codificación de la materia clarificaría y mejoraría la accesibilidad del inversor a los instrumentos financieros, superando la actual dispersión normativa, que ha sido objetivo, no conseguido, de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios³⁸. Pero no sólo es esto, es un sistema de fuentes, el del ámbito económico, con una gran dependencia de elementos y conceptos definidos técnicamente fuera del sistema jurídico, con multitud de normas secundarias de distinto origen, en un complejo sistema de distribución de competencias no sólo territoriales, sino de los diversos centros de planificación y de producción paranormativa, con habilidad para crear además nuevos mecanismos de intervención para coyunturas específicas, por ejemplo, como la actual, en tiempos de crisis³⁹.

³⁴ Sobre los fallos del mercado, vid. CIDONCHA MARTÍN, A., «Los mercados de valores: mercados primarios y secundarios. Las bolsas de valores», en *Derecho de la regulación económica, Mercado de valores*, t. II, dir.: JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, Madrid, 2009, pág. 108.

³⁵ Vid. SSTs de 28 de marzo de 2005, *RJ* 2005/2614, 12 de abril de 2006, *RJ* 2006/1893, 21 de septiembre de 2006, *RJ* 2006/6652, 15 de noviembre de 2006, *RJ* 2006/8131.

³⁶ Por ello, en la Directiva MiFID se justifica que la creciente gama de actividades que muchas empresas de inversión realizan simultáneamente ha incrementado la posibilidad de que surjan conflictos de intereses entre estas diversas actividades y los intereses de sus clientes. Es, pues, necesario establecer normas que garanticen que estos conflictos no perjudiquen los intereses de sus clientes. Desarrollado en el artículo 18.2 de dicha normativa.

³⁷ ZUNZUNEGUI, F., «Hacia un estatuto del inversor», en *RDMF*, 2006, pág. 8 y sigs., propone ir desarrollando un Derecho especial del usuario de servicios financieros.

³⁸ OLAIZOLA, F., «Una visión crítica de la Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios», en *El Notario del Siglo XXI*, pág. 48 y sigs.

³⁹ Como refiere ampliamente CARRILLO DONAIRE, J. A., «Peculiaridades del sistema de fuentes en el mercado de valores», en *Derecho de la regulación económica, Mercado de valores*, t. II, dir.: JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, Madrid, 2009, pág. 429 y sigs.;

Por lo tanto, una tutela del inversor debe abordarse como protección de la parte más débil, con especial énfasis en la prevención de los problemas de información asimétrica, es más, este es el instrumento esencial para la protección del inversor y del propio mercado de valores⁴⁰, si bien la normativa de protección del inversor tenga una identidad específica respecto a éste.

La normativa específica arranca con más detalle a partir del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, sobre normas de conducta de los intervinientes en los mercados de valores y las normas que rigen las relaciones entre clientes y entidades en las operaciones contratadas por ambos. Se integran para una mayor transparencia de los mercados y de la protección de los inversores, así como para una ordenación más completa de las relaciones entre estos y las entidades que actúan en los mercados de valores, estableciéndose las condiciones que, en aras de una mayor claridad, deben cumplir las órdenes sobre valores, actividades de asesoramiento y difusión de información en materias relacionadas con los instrumentos financieros. Son normas de ordenación del mercado, cuyo incumplimiento constituye una infracción administrativa y forman parte del contenido de las relaciones precontractuales con el cliente o inversor.

En definitiva, son medidas de gestión de conflictos de intereses, cuya función es poner en guardia; requieren la advertencia, con la debida antelación, para que el inversor tome las debidas precauciones y adopte la mejor decisión, y ello a lo largo del tiempo que permanezca la adquisición de ese producto⁴¹. Cualquier práctica comercial está guiada por el principio de diligencia y por las exigen-

vid. también FRISON-ROCHE, M. A., «Régulation bancaire, régulation financière», en *Études de droit privé, Mélanges offerts à P. Didier*, París, 2008, pág. 173 y sigs.

⁴⁰ Sobre la prioridad de los fines de esta política legislativa, vid. VALMAÑA OCHAITA, M., *Algunas consideraciones sobre el marco jurídico de protección del inversor en Derecho español*, ed. Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca, 2008, pág. 5 y sigs.; *La responsabilidad civil derivada del folleto informativo en las ofertas públicas de suscripción y venta de valores*, Madrid, 2006; SÁNCHEZ ANDRÉS, A., *La nueva legislación del mercado de valores, fundamentos económicos y jurídicos para la regulación de la materia*, Pamplona, 1995, pág. 91 y sigs.; SALINAS ADELANTADO, C., «Desregulación y neoregulación en el mercado de valores», en *RDM*, núm. 224, 1997, pág. 709.

⁴¹ En la SAP de Baleares, de 2 de septiembre de 2012, la Sala estima que, *en el caso, este deber de información implicaba dar a conocer a los clientes minoristas las informaciones preocupantes que se publicaban sobre el particular*, y en ocasiones, con carácter contradictorio, pues las agencias de calificación mantenían un «rating» elevado de seguridad de inversión, *a fin de que los clientes con todos los datos disponibles en dicho momento, hubieran podido decidir si procedían a la venta de las participaciones preferentes a pesar de la baja del valor nominal en las transacciones llevadas a cabo en un mercado secundario, o bien si las mantenían, con los riesgos que ambas posturas pueden implicar*: la reducción del valor, o, en último extremo, la quiebra, si no es rescatado, o bien que si mejorase la situación económica el valor pudiera incrementarse, en el bien entendido que no era posible conocer el futuro del valor de dicha inversión, y por ello, la entidad demandada no suministró esa información concreta y necesaria para decidir. La Audiencia entiende que hay un incumplimiento contrac-

cias de la buena fe, evitando conflictos de intereses y reflejando el propósito comercial de esa práctica. La redacción originaria de la LMV establecía como regla elemental de actuación respecto del cliente la diligencia, transparencia y una gestión ordenada y prudente. La obligación de que las entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones está en el origen; son las irregularidades, abusos o fraudes lo que ha llevado a sucesivos desarrollos mediante su especificación y concreción, que no representa, sino la insistencia sobre la misma regla; como si añadir sinónimos de la misma obligación evitara una conducta irresponsable, en vez de centrarse en un riguroso control y en fijar límites estrictos claramente definidos⁴².

Estas obligaciones se han desarrollado a través de diversos textos normativos, aplicándose de modo específico a concretos instrumentos financieros; nuevos instrumentos financieros de creciente complejidad, pues la difusión del empleo de las nuevas tecnologías y la profunda crisis del sector financiero han servido de justificación para ulteriores desarrollos de esta regulación en áreas sectoriales. Su evolución también se ha producido por la vía de otorgar un papel importante, aunque no en la práctica, a los códigos de conducta, a la autorregulación, como alternativa respecto del enfoque legislativo tradicional.

Pero es la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, *Markets in Financial Instruments Directive*⁴³, el hito más citado en la protección del usuario de estos servicios, de acuerdo con el Plan de acción de servicios financieros⁴⁴. La UE refuerza el marco legislativo comunitario de los servicios de inversión y de los mercados regulados, con el fin de alcanzar dos grandes objetivos en cuanto a reglamentación: por una parte, proteger a los inversores y preservar la integridad del mercado, estableciendo requisitos armonizados para la actividad de los intermediarios autorizados; por otra parte, fomentar la equidad, la transparencia, la eficacia y la integración de los mercados financieros. Más específicamente: la integración del mercado finan-

tual del artículo 1101 del Código Civil y de la suficiente entidad conforme al artículo 1124 del mismo Código para provocar la resolución contractual.

⁴² Sobre estos límites puede verse HULL, J., *Options, futures et autres actifs dérivés*, París, 2011, pág. 16 y sigs.; MORVAN, J., *Marché et instruments financiers*, París, 2009, pág. 145 y sigs., su importancia se evidencia teniendo en cuenta que los mercados financieros están cada vez más globalizados e integrados, tema al que se refiere este autor.

⁴³ Por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo, modificada por la Directiva 2010/78.

⁴⁴ Y sus normas de desarrollo —la Directiva 2006/73/CE, el Reglamento 1287/2006 de la Comisión y los textos legales de nivel III derivados del asesoramiento del Comité de Reguladores Europeos (CESR)—. Como se podría aquí citar de manera más expresa la Orden EHA 2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que proviene también de esta Directiva y que provoca la modificación de la LMV.

ciero; introducir un régimen regulatorio común para los servicios financieros de los Estados miembros; introducir el principio de armonización máxima; reforzar la protección de los inversores, a través de un suministro de información de mayor calidad; el establecimiento de una mayor transparencia de los mercados de valores; el perfeccionamiento de las normas de conducta en la relación con los clientes; y la aplicación del principio de mejor ejecución, de manera que se incluya la obligación de obtener el mejor resultado posible al ejecutar las órdenes de los clientes. A los servicios que ofrecen productos financieros se les impone la obligación de actuar de forma honesta, imparcial y profesional en interés del cliente, y proporcionar información clara y no engañosa, de manera que se compruebe que se es consciente de lo que se está contratando.

Exige a las empresas de inversión, en su labor de comercialización de productos, que adecuen previamente su oferta al test de idoneidad o conveniencia del cliente, teniendo en cuenta sus circunstancias personales y patrimoniales. En definitiva, la idea es modernizar los mercados financieros; mejorar la potestad supervisora de las agencias nacionales de valores del mercado; y mejorar la cooperación transfronteriza entre supervisores. Ello se puede resumir en tres principios fundamentales: proporcionar un mayor nivel de protección a los clientes y especialmente al pequeño inversor mediante el establecimiento y aplicación por parte de las entidades que prestan servicios de inversión de normas de conducta y protocolos de organización y control; introducir un marco regulatorio común para homogeneizar la prestación de servicios de inversión en los países de la Unión Europea; y conseguir un aumento de la competencia, mediante la liberalización de determinados mercados y servicios financieros.

La normativa MiFID supone para los usuarios de servicios de inversión: la necesaria clarificación y comunicación de la clasificación asignada; la evaluación de la idoneidad o de la conveniencia en función del servicio de inversión prestado; la clasificación del cliente y el tipo de instrumento financiero sobre el que recaiga; y la aplicación de políticas específicas para la ejecución de órdenes y gestión de los conflictos de interés. Ello quiere decir que antes de que el servicio bancario o financiero venda un producto a un cliente, tiene que valorar: los conocimientos y experiencia del cliente, los tipos de productos y servicios con los que el cliente está familiarizado, naturaleza, frecuencia y tipo de operaciones a las que está habituado ese cliente y nivel de estudios, formación y experiencia profesional, sin presuponer conocimientos sobre cuestiones financieras por mucho que se puedan relacionar en parte con su profesión. Y asegurarse de la suficiencia y fiabilidad de la información que va a transmitir⁴⁵.

⁴⁵ Sobre el deber de investigar, vid. FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A., «La protección del inversor y la responsabilidad administrativa de los administradores y directivos por infracción de la normativa del mercado de valores», en *RDBB*, núm. 76, 1999, pág. 119 y sigs.; más específicamente y en función del tipo de servicio financiero que se preste vid. la

A la vista de ello, la Directiva no ha dejado de valorarse como el instrumento normativo esencial que introduce cambios sustanciales en la tutela del interés del inversor, lo cual no es tan cierto, al menos en lo que se refiere a las bases de la relación contractual, a los deberes de transparencia y de información y tampoco en cuanto a la relación de dichas normas de conducta en función del tipo de inversor —pues siempre se ha distinguido, para la apreciación de la validez, si los contratantes son peritos o conocedores del ámbito del respectivo negocio, así por ejemplo en relación al requisito de la excusabilidad del error—. En relación con la protección del inversor minorista no es más que una especificación al ámbito financiero de los principios que están en la base de la teoría general de las obligaciones y contratos, como el principio de buena fe en las relaciones contractuales y precontractuales, la nulidad de pleno derecho de los actos jurídicos celebrados en contra de normas imperativas —art. 6.3 del CC, o aplicación del art. 1258 o del art. 1265 del CC—; también son deberes de cualquier mandatario o comisionista, que se desenvuelven ahora de modo acorde con su especialidad en las normas de conducta o en las pautas de comportamiento de los intermediarios financieros; tomando la protección de los intereses de los inversores como clave del sistema, como no podría ser de otro modo, y ante lo que se insiste por numerosas conductas irregulares y se imponen con valor clarificador y conminador. Su trascendencia económica y jurídica radica en su utilidad para dar confianza y seguridad al mercado de valores, es una técnica de control de este mercado, que procura unas instituciones sometidas a un estatuto de rigor y profesionalidad, de competencia, aunque esto sólo será así si, en efecto, funcionaran de este modo con independencia de las actuaciones de supervisión e inspección.

Son normas de disciplina y de ordenación, cuya infracción da lugar a sanciones administrativas y cuyo incumplimiento o defectuoso cumplimiento permite al perjudicado reservarse las acciones legales correspondientes, en cuanto forman parte del contenido contractual y precontractual de obligado cumplimiento.

Esto quiere decir que en relación a la adquisición de determinados productos financieros, como han sido las denominadas participaciones preferentes, no es coherente la exigencia de un régimen diferente antes y después de la entrada en vigor de la Directiva MiFID y que se resuelvan jurisprudencialmente supuestos similares de modo diverso en atención a dicho documento, porque el problema estaba previsto ya antes en la misma LMV a la luz de la Directiva 1993/22/CE⁴⁶, y en los propios principios generales de la teoría de las obligaciones y contratos; sin perjuicio todo ello, del objetivo de la Directiva MiFID de resolver los problemas de manera uniforme para un mercado único. Por ello, aquellas

Guía de obligaciones de información al inversor en el marco de la Directiva MiFID, CARRASCO PERERA, A./LYCZKOWSKA, K., en www.uclm.es/Centro/Cesco.

⁴⁶ Vid. STS de 18 de abril de 2013.

actividades que queden fuera del marco de esta Directiva tendrán que recibir igualmente unos niveles adecuados de protección del usuario y ese contexto se determina igualmente por las reglas de la teoría general de las obligaciones y contratos, Ley CGC o TR de 2007, pues no afecta a productos de crédito como préstamos o hipotecas, salvo en el caso de algunos productos de financiación muy sofisticados que incluyan la utilización de instrumentos derivados.

En todo caso, hay que advertir que los inversores minoristas no son exactamente consumidores, pero merecen un tratamiento jurídico protector diferenciado como el de estos, sean o no consumidores; por lo que, en función de cada caso, pueden confluir normas de la Directiva MiFID y la Orden EHA de 2011 con el TR de 2007⁴⁷.

La distinta consideración en función del tipo de inversor por la Directiva MiFID, determina unas consecuencias y una protección jurídica diversa, traspuestas a los artículos 78 bis y 78 ter de la Ley 47/2007, que tampoco es una concepción nueva, pues la responsabilidad del adquirente en la teoría general del Código Civil también se flexibiliza en función de la experiencia, la cualificación y los conocimientos técnicos en el sector del negocio en el que está actuando. La máxima protección corresponde al cliente minorista, que se define en la propia

⁴⁷ SÁNCHEZ ANDRÉS, A., «La protección del inversor en el mercado de capitales», en *Reforma del Derecho Privado y protección del consumidor*, JCYL, Documentos Consumo, Valladolid, 1994, pág. 216 y sigs., no considera la integración de la protección del inversor en el marco de la protección del consumidor atendiendo a su diferente naturaleza económica; por su parte, TAPIA HERMIDA, A. J., «Las normas de protección de la clientela en el mercado de valores», en *RDBB*, 1996, pág. 569 y sigs., el cliente «al ser usuario de servicios financieros tendrá derecho a gozar de los medios de protección establecidos genéricamente por la LGDCU». Las normas especiales de protección de la clientela en el mercado de valores —continúa el autor— deben integrarse en las normas generales de protección del consumidor o usuario, de manera que las lagunas de la normativa sectorial sean completadas por remisión a la normativa general contenida en la LGDCU. Es útil considerar que el principio de protección del inversor constituye una aplicación sectorial del principio de protección del consumidor en el que se integra, cuyas razones explica en las págs. 572 y sigs. Vid., en la misma línea, FERNÁNDEZ BENAVIDES, M., «Participaciones preferentes: aproximación al problema y primeras respuestas de la jurisprudencia civil», núm. 4, 2012, págs. 35, 45 y 49, www.revista.uclm.es/Index.php/cesco; ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C., «Mecanismos jurídicos de protección del cliente inversor frente a las entidades prestadoras de servicios de inversión», en *RDBB*, núm. 114, 2009, pág. 66 y sigs.

El consumidor de bienes de consumo corriente no tiene la misma posición que un inversor particular, en el ámbito de los mercados financieros no está protegido contra las fluctuaciones del mercado, si bien está protegido en cuanto hay un reconocimiento a través de un estatuto jurídico específico y una distinción entre distintos tipos de inversores, lo que redundará sobre su categoría específica diferenciadora de la posición de consumidor de otro tipo de servicios y bienes. La Ley no se refiere a la categoría de consumidor, sino que distingue los inversores profesionales del resto de inversores, lo que responde a la necesidad de reforzar la parte más débil, pero también y especialmente para simplificar las operaciones entre profesionales, así MÉADEL, J., *Les marches financières et l'ordre public*, en LGDJ, París, 2007, pág. 159 y sigs., reconociendo, no obstante, que la naturaleza imperativa del principio de transparencia es objeto de una aproximación al Derecho del consumo (pág. 178).

Directiva como todo cliente que no sea profesional, siendo cliente profesional el que se ajusta a los criterios establecidos en su anexo II, artículos 78 bis2 y bis3 de la LMV. Los clientes minoristas pueden renunciar a la protección legal prevista, ya sea en todo momento o con respecto a un servicio de inversión o a una operación determinada, o a un tipo de operación o producto; deben declarar por escrito, en un documento separado del contrato, que son conscientes de las consecuencias de su renuncia; será válida, por tanto, si se efectúa una evaluación adecuada de la competencia, la experiencia y los conocimientos del cliente que ofrezca garantías razonables, a la vista de la naturaleza de las operaciones o de los servicios previstos⁴⁸; requiere, así, consentimiento expreso y por escrito y tal renuncia no libera a la entidad prestadora de servicios financieros de la correspondiente responsabilidad, pues debe advertirle claramente por escrito de la protección y de los derechos de indemnización de los que puede quedar privado; y antes de decidir si acepta la solicitud de renuncia, las empresas de inversión estarán obligadas a adoptar todas las medidas razonables para asegurarse de que el cliente que pide ser tratado como cliente profesional cumple los requisitos legales para ello⁴⁹.

Salvo esta renuncia, deben cumplirse por parte de la entidad prestadora de servicios financieros todas las pautas de comportamiento, pues respecto del inversor minorista no se presume ni la suficiente experiencia ni conocimientos ni cualificación adecuada para una correcta evaluación de los riesgos. Y estas pautas están presentes a lo largo de todo el periodo vinculado por ese negocio, pues ante cambios en el mercado tiene que mantenerse la debida relación, calculada inicialmente, entre el tipo de inversor y el nivel de riesgos.

La clasificación en función del tipo de inversor es la que ha sido fundamentalmente tenida en cuenta por las diversas resoluciones judiciales para anular o no la orden de compra del inversor respecto de las denominadas participaciones preferentes, pero en ocasiones ha aplicado esta diversa clasificación sin casuismo, puesto que la previa adquisición del inversor minorista de algún producto financiero, complejo, no equivale a conocimiento y adecuada valoración del riesgo de cualquier otro tipo de producto también complejo, y máxime si respecto

⁴⁸ Debe comprobarse que se cumplen, como mínimo, dos de los siguientes criterios: que el cliente haya realizado en el mercado de valores de que se trate operaciones de volumen significativo con una frecuencia media de diez por trimestre durante los cuatro trimestres anteriores; que el valor de la cartera de instrumentos financieros del cliente, formada por depósitos de efectivo e instrumentos financieros, sea superior a 500.000 euros; que el cliente ocupe o haya ocupado por lo menos durante un año un cargo profesional en el sector financiero que requiera conocimientos sobre las operaciones o los servicios previstos.

⁴⁹ Las empresas —expresa la Directiva— deben aplicar políticas y procedimientos internos adecuados, que deberán establecerse por escrito, para clasificar a los clientes. Corresponde a los clientes profesionales informar a la entidad de inversión de cualquier cambio que pudiera modificar su clasificación, si esta tuviera conocimiento de que el cliente ha dejado de cumplir las condiciones para poder acogerse a un trato profesional, adoptará las medidas apropiadas.

de él no se han seguido las pautas de obligado cumplimiento frente al inversor en función de su clasificación, y especialmente en función del tipo de servicio de inversión; no porque conozca determinados productos complejos cabe deducir que conoce otros distintos, respecto a él debe cumplirse igualmente el deber de información. En función del caso concreto es aceptable que se afirme que «la cultura financiera de los actores, no es la del hombre medio, la del buen padre de familia que preconiza nuestro Código Civil, sino que su posición social, su cultura financiera y sus posibilidades económicas no pueden pretender que se considere que tienen escasos conocimientos sobre los productos financieros que adquieren y que únicamente realizan inversiones en función de lo que les va indicando su asesor»⁵⁰. Pero convence poco en abstracto, porque el cumplimiento de estas obligaciones de información, a pesar de lo que puede entenderse del texto legal, no puede depender exclusivamente de si el producto es complejo o no, porque la diferencia a los efectos de esta clasificación no puede ser sólo objetiva, sino también subjetiva, dependiendo, a su vez, de la experiencia o de los conocimientos financieros de ese concreto inversor minorista, porque no todo producto catalogado de no complejo es así para todo tipo de inversor minorista. De otro lado, las dificultades no pueden producirse a los efectos de catalogar y clasificar el tipo de inversor por la entidad, porque aparece claramente definido en el anexo correspondiente de la Directiva, aunque cabe pasar de una clase a otra, cumplidos los requisitos y condiciones para ello; por lo que no parece que pueda haber discrepancias entre las diversas entidades a los efectos de esta clasificación, la dificultad más bien está en comprobar que la entidad ha cumplido todas las pautas de comportamiento a la hora de comercializar de manera concreta ese producto específico. Es el test de conveniencia o de idoneidad, según el tipo de servicio financiero que se preste, el medio de valoración de la adecuación de determinados productos financieros para ese concreto inversor minorista, y es el cumplimiento por parte de la entidad de todas las pautas de comportamiento correspondientes a los deberes de información para ese concreto producto que se pretende adquirir lo que liberará a la entidad de cualquier ulterior responsabilidad, esto es lo que significa asegurar la gestión adecuada y prudente de la empresa de inversión, que exige el artículo 9 de la Directiva, y no, como se hace en algunas sentencias, dependiendo de *si con carácter general* el inversor estaba habituado a invertir y a la realización de determinadas operaciones financieras; lo que corresponde, pues, es comprobar si para la adquisición de ese concreto producto o prestación de servicio financiero por parte de la entidad se han realizado todas las actuaciones que implican el correcto deber de información sobre el alcance de los riesgos, características y condiciones de ese producto de manera clara e inteligible al nivel de este

⁵⁰ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de lo Mercantil de Barcelona, de 8 de septiembre de 2009.

concreto inversor minorista, tanto en el caso de asesoramiento de inversión⁵¹, como el caso de ejecución de órdenes por cuenta de clientes⁵². Y en caso de conflicto esto es lo que debe demostrar la entidad, que no es ni más ni menos que el cumplimiento de las actuaciones comprendidas en el principio de buena fe de las relaciones contractuales y precontractuales, y ello a lo largo del tiempo, pues la entidad continua obligada a informar sobre la evolución de ese producto en los mercados financieros, y habría que añadir también cuando se ejerciten los mecanismos de reclamación, es decir en la fase postcontractual⁵³. Y no solamente esto, sino que la Directiva impone a las empresas de inversión una obligación efectiva de «ejecución óptima», para garantizar que ejecutan las órdenes en las condiciones más favorables para los clientes⁵⁴, para cuyo control se diseña el registro de contratos (art. 79 ter LMV). Lo que debe tratarse como una obligación de medios o de actividad, no de resultado en todo caso, pues no cabe imponer responsabilidades cuando lo propuesto no ha dado los resultados esperados, en un mercado sometido a la influencia de múltiples factores, es decir, aleatorio. Y esta obligación debe aplicarse a toda empresa que tenga obligaciones contractuales o de intermediación con el cliente⁵⁵. Aplicándose tanto a los servicios y actividades de inversión⁵⁶, como a las actividades de

⁵¹ La Directiva define como asesoramiento en materia de inversión la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros.

⁵² Que se define por la Directiva como la conclusión de acuerdos de compra o venta de uno o más instrumentos financieros por cuenta de clientes.

⁵³ SAP de Valencia, Sección 9 de 30-10-2008 (AC 2009/92).

⁵⁴ «Los Estados miembros exigirán que, cuando preste servicios de inversión o, en su caso, servicios auxiliares a clientes, la empresa de inversión actúe con honestidad, imparcialidad y profesionalidad, en el mejor interés de sus clientes» (art. 19.1).

⁵⁵ La Directiva MiFID no se aplica, en otros casos, al de las personas que prestan asesoramiento en materia de inversiones en el ejercicio de otra actividad profesional no regulada por la presente Directiva, siempre que la prestación de dicho asesoramiento no esté específicamente remunerada (art. 2.1.j).

⁵⁶ Servicios y actividades de inversión: cualquiera de los servicios y actividades enumerados en la sección A del anexo I en relación con cualquiera de los instrumentos enumerados en la sección C del anexo I. Es decir, recepción y transmisión de órdenes de clientes en relación con uno o más instrumentos financieros; ejecución de órdenes por cuenta de clientes; negociación por cuenta propia; gestión de carteras; asesoramiento en materia de inversión; aseguramiento de instrumentos financieros o colocación de instrumentos financieros sobre la base de un compromiso firme; colocación de instrumentos financieros sin base en un compromiso firme; gestión de sistemas de negociación multilateral. Respecto de los siguientes instrumentos financieros: Valores negociables; Instrumentos del mercado monetario; Participaciones de organismos de inversión colectiva; Contratos de opciones, futuros, permutas (*swaps*), acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos, u otros instrumentos derivados, índices financieros o medidas financieras que puedan liquidarse en especie o en efectivo; Contratos de opciones, futuros, permutas (*swaps*), acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de derivados relacionados con materias primas que deban liquidarse en efectivo o que puedan liquidarse en efectivo a petición de una de las partes (por motivos distintos al incumplimiento

comercialización⁵⁷. Ampliando la Directiva los servicios de inversión a los de asesoramiento, es decir análisis y recomendaciones a un concreto inversor en función de las circunstancias de su cartera de gestión⁵⁸, de modo que al ser el asesoramiento un servicio de inversión, va a ser objeto de autorización y registro, y, por ello, de mayores requisitos y controles para su ejercicio, lo que se trata de diferenciar respecto de la comprensión y explicaciones que debe recibir el cliente a la hora de adquirir algún producto financiero⁵⁹, como obligaciones de carácter precontractual. En cuanto a su extensión a las actividades de comercialización, dependerá de si por la forma de su difusión o por la forma de su realización pueden ser incluidos en alguno de estos conceptos⁶⁰. A este respecto

o a otro suceso que lleve a la rescisión del contrato); Contratos de opciones, futuros, permutas (*swaps*) y otros contratos de derivados relacionados con materias primas que puedan liquidarse en especie, siempre que se negocien en un mercado regulado o SMN; Contratos de opciones, futuros, permutas (*swaps*), acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de derivados relacionados con materias primas que puedan ser liquidados mediante entrega física no mencionados en el punto 6 de la Sección C y no destinados a fines comerciales, que presentan las características de otros instrumentos financieros derivados, teniendo en cuenta, entre otras cosas, si se liquidan a través de cámaras de compensación reconocidas o son objeto de ajustes regulares de los márgenes de garantía; Instrumentos derivados para la transferencia del riesgo de crédito; Contratos financieros por diferencias. Contratos de opciones, futuros, permutas (*swaps*), acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de derivados relacionados con variables climáticas, gastos de transporte, autorizaciones de emisión o tipos de inflación u otras estadísticas económicas oficiales, que deban liquidarse en efectivo o que puedan liquidarse en efectivo a elección de una de las partes (por motivos distintos al incumplimiento o a otro suceso que lleve a la rescisión del contrato), así como cualquier otro contrato derivado relacionado con activos, derechos, obligaciones, índices y medidas no mencionados en la presente sección C, que presentan las características de otros instrumentos financieros derivados, teniendo en cuenta, entre otras cosas, si se negocian en un mercado regulado o SMN, se liquidan a través de cámaras de compensación reconocidas o son objeto de ajustes regulares de los márgenes de garantía.

⁵⁷ Vid. sentencia núm. 514/2012, de 3 de diciembre, *JUR* 2013/9883, AP de Baleares, sobre los diferentes tipos de servicios y las diferentes fórmulas de administración y gestión de valores y su diferente contenido, como el modelo de diligencia exigible. Vid., asimismo, sentencia de 21 de marzo de 2011 (*JUR* 2011/190142), con alusión a la SAP de Asturias, de 27 de enero de 2.010 (*AC* 2010/6).

⁵⁸ «Al prestar asesoramiento en materia de inversiones o realizar gestión de carteras, la empresa de inversión obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio, la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente o posible cliente, con el fin de que la empresa pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan», artículo 19.4.

Vid. SAP de Barcelona, de 4 de diciembre de 2009 (*JUR* 2010/34833), sobre la relevancia del asesoramiento personalizado.

⁵⁹ SAP de Asturias, de 22 de octubre de 2012, *JUR* 2012/37094, «si bien el contrato explica suficientemente la mecánica de funcionamiento de la permuta financiera, no puede aceptarse que el banco hubiera agotado el deber de información».

⁶⁰ La posición dominante es la de excluir del ámbito de esta Directiva a la actividad de comercialización de productos y servicios de inversión, y no sólo porque ésta no se mencione en el listado del anexo correspondiente de la Directiva, sino porque conceptualmente

«toda la información, incluidas las comunicaciones publicitarias, dirigidas por la empresa de inversión a los clientes o posibles clientes serán imparciales, claras y no engañosas. Las comunicaciones publicitarias serán claramente identificables como tales» (art. 19.2 de la Directiva).

Esto todo caso, si la Directiva representa un hito fundamental⁶¹, desde luego deja cabos sueltos, para empezar tendría que tener como fundamento, sobre todo, el artículo 169 del Tratado constitutivo, no tanto la realización del mercado interior, para cuya realización otras importantes medidas deberían afrontarse, como la armonización del mercado hipotecario, que por el momento no se hará; así mismo, faltan medidas de valor prudencial en relación con la prevención del endeudamiento; y utiliza términos indefinidos y susceptibles de diversas interpretaciones, lo que impide una mejor protección del usuario de estos servicios y dificulta la armonización.

IV. DIFICULTADES DE APLICACIÓN Y EL FRACASO EN LA GESTIÓN DE LOS RIESGOS

El derecho del inversor minorista a una completa información puede resultar un tanto ambiguo ante la dificultad de trasladar unos conceptos de por sí intrínsecamente complejos y excesivamente técnicos. Esta adaptación es la que se deja a la discreción de la entidad, con tal de que se cumpla el objetivo. No es fácil que un texto normativo pueda precisar mucho más cuando expresa que se proporcionará a los posibles clientes de manera comprensible información adecuada sobre la empresa de inversión y sus servicios, y sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión propuestas, pero lógicamente la abstracción facilita fugas; asimismo, porque ello estará en relación con el nivel de conocimientos del inversor y del objeto de la inversión y la normativa presupone y cuenta con la colaboración del inversor⁶², y, por esta vía, puede que se presuponga demasiado, puede no ser correcta la idea que se hace el gestor de los conocimientos o del nivel del inversor o escudarse en esta valoración subjetiva para rebajar su responsabilidad; de otro lado, la decisión del inversor no sólo debe ir precedida de la debida información, sino de un plazo de reflexión, en lo que no se hace especial énfasis. La Directiva MiFID lo que previene es que «esta información incluye orientaciones y advertencias apropiadas acerca de los riesgos asociados a las inversiones en esos instrumentos o en relación

difiere de lo que es un asesoramiento o de lo que es una ejecución de órdenes en materia de servicios de inversión, así FLORES DOÑA, M. S., «Ejes del mercado europeo de instrumentos financieros», en *Perspectivas del sistema financiero*, núm. 98, pág. 27.

⁶¹ CHOQUET, L., «Services d'investissement, Directive MIF: oasis ou mirage?», en *Rev Banque*, núm. 678, mars 2006, pág. 54 y sigs.

⁶² Apartado 5 del artículo 19.

con estrategias de inversión particulares, centros de ejecución de órdenes, y gastos y costes asociados, de modo que les permita, *en lo posible*, comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece y, por consiguiente, puedan tomar decisiones sobre la inversión con conocimiento de causa» (art. 19.3). Siendo todas estas actividades supervisadas por la respectiva autoridad competente de cada uno de los Estados miembros. Estas dificultades, pero sobre todo la inercia en unas prácticas demasiado flexibles, han llevado a que entre los problemas de comercialización detectados o los motivos de reclamación más habituales esté el no someter al inversor a un riguroso test de conveniencia o defectos significativos en el diseño de dicho test, que condicionan el resultado y autorizaciones inadecuadas de compra por parte de inversores que resultaron no ser aptos para el producto⁶³. Como ha ocurrido con el supuesto de las participaciones preferentes y la deuda subordinada.

A estas alturas es ya suficientemente conocido el producto de las participaciones preferentes, aunque desde el punto de vista objetivo las características de las participaciones preferentes presentan una gran casuística⁶⁴, han variado notablemente a lo largo del tiempo y, sobre todo, entre tipos de entidades⁶⁵. Las participaciones preferentes han sido valores regulados por normas mercantiles de otros países, habitualmente centros *offshore*, desde donde se han emitido por filiales instrumentales, creadas con esa única finalidad por el grupo⁶⁶. Este

⁶³ Otras denuncias frecuentes se han realizado en relación con redondeos al alza en los créditos; comisiones de apertura o cancelación de cuentas; comisiones abusivas por gestión o por descubierto; más excepcionalmente inversiones no consentidas, hasta el punto de que el banco convence al cliente para que fraccione sus ahorros y, sin avisarle, invierte, por ejemplo, parte de ellos en Bolsa.

⁶⁴ VAMPARYS, X., «Retour sur un modèle: les preferred shares américaines», en *Actualité du droit des sociétés*, núm. 11, 2006, 273. Sobre su diversa utilidad, puede verse *Les actions de préférence: pour une modernisation du droit des valeurs mobilières*, Proposition du MEDEF, mai 2001; MONOD, F., «Les actions privilégiées: un levier pour l'investisseur minoritaire», en *Rev Banque*, juin 1994, núm. 549, pág. 58 y sigs.; LAGARRIGUE, A., «Deeply subordinated bonds, preferred shares: debt or capital?», en *International Business Law*, 2005, núm. 4, pág. 540 y sigs.; sobre su origen, vol. col. *Les actions de préférence en droit comparé*, París, 1978.

⁶⁵ Uno de los fuertes motivos para su introducción ha sido permitir a los establecimientos de crédito emitir equivalentes de *preferred shares* anglosajonas para satisfacer las exigencias prudenciales a los que se les sometía, sin descartar las ventajas de diversificar su portfolio, a estas circunstancias y su utilidad se refieren BARSAN, I. M/PIETRANCOSTA, A., «Pour une réforme des actions de préférence: focus sur le régime du rachat à la lumière du droit communautaire», en *RTDF*, núm. 3, 2008, pág. 11 y sigs.; GISSINGER, P., «Les nouvelles générations de titres hybrides», en *RTDF*, núm. 2, 2006, 98 y sigs.

⁶⁶ Posteriormente han tenido que ser emitidas por una entidad de crédito española o por una sociedad anónima residente en España o en un territorio de la Unión Europea, que no tenga la condición de paraíso fiscal, y cuyos derechos de voto correspondan en su totalidad directa o indirectamente a una entidad de crédito española y cuya actividad u objeto exclusivos sea la emisión de participaciones preferentes.

es propietario de las acciones ordinarias de la filial y avala sus emisiones de preferentes⁶⁷. Los fondos así captados los utiliza la filial para conceder financiación, depósito subordinado, a otra entidad del grupo, que suele ser la matriz⁶⁸. Una parte de las participaciones preferentes han cotizado en mercado secundario organizado no oficial de valores que no ha tenido mucha transparencia; menos cuando se ha hecho a través de un mercado interno, por el contrario, un mercado secundario amplio con una correcta formación de precios reflejaría adecuadamente el nivel de riesgo. No otorgan a sus titulares derechos políticos, o derecho de voto, salvo en los supuestos excepcionales que se establezcan en las respectivas condiciones de emisión. No otorgan derechos de suscripción preferente respecto de futuras nuevas emisiones. Toda su preferencia se circunscribe respecto de las acciones ordinarias y, en su caso, de los cuotaparticipes⁶⁹; si bien, en el caso de las cajas de ahorro la expresión es más engañosa⁷⁰. La propia denominación no expresa su esencia, es confusa, y, como tal no es casual, otra expresión podría haber alertado a los inversores, la denominación debe representar la esencia y la cualidad fundamental de la figura, y de esta manera sirve o constituye otra vía de protección. No son depósitos, ni están cubiertos por el fondo de garantía de depósitos. Son productos de renta variable, aunque en ocasiones se hayan comercializado como si fueran de renta fija. Son títulos «ultrasubordinados que tienen una liquidez muy restringida y que, por tanto, si se intentan liquidar se pueden obtener pérdidas significativas»⁷¹; sin un mercado líquido no hay seguridad de que puedan venderse cuando se quiera ni obtenerse un precio justo por ello. Se diferencian de las acciones por su complejidad, al incorporar opciones⁷². Su plazo es ilimitado, tienen carácter perpetuo, normalmente el emisor se reserva el derecho a amortizarlas, aunque el emisor podrá acordar la amortización anticipada a partir del quinto año desde su fecha de desembolso, previa autorización del Banco de España, que sólo la concederá si no se ve afectada la situación financiera ni la solvencia de la entidad de crédito,

⁶⁷ Sobre estos antecedentes, DELMAS GONZÁLEZ, F. J., «Comentarios al Reglamento de obligaciones de información respecto de participaciones preferentes y otros instrumentos de deuda y de determinadas rentas obtenidos por personas físicas residentes en la UE», en *Doc.* núm. 2-20056 y sigs.

⁶⁸ Siguiendo el Informe de Estabilidad Financiera del Banco de España de noviembre de 2002, pág. 41 y sigs.

⁶⁹ SYLVESTRE, S./PASSEMARD, J., «Les actions de preference peuvent-elles conférer des droits inférieurs aux actions ordinaires?», en *RTDF*, núm. 1, 2010, pág. 70 y sigs.

⁷⁰ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *Las participaciones preferentes, un híbrido financiero supletorio del capital social*, Civitas, Madrid, 2005, pág. 80, nos encontramos ante una clase de financiación *tertium genus*, tipificada por el legislador entre los dos modelos típicos de financiación permanente de la empresa, y no asimilable a ninguno de aquellos.

⁷¹ SEGURA, J., «Comparecencia parlamentaria», en *DOCD*, núm. 283, 26 de mayo de 2009, pág. 22.

⁷² Pueden calificarse de productos complejos, así se ha manifestado la CNMV al expresar que si incluyen un derivado implícito siempre se considerarán instrumentos complejos.

o de su grupo o subgrupo consolidable⁷³. A estos efectos, el Banco de España podrá condicionar su autorización a que la entidad sustituya las participaciones preferentes amortizadas por elementos de capital computables de igual o superior calidad⁷⁴. En todo caso, su contenido depende de las condiciones de la emisión, dentro de los límites de su regulación.

Las participaciones preferentes sirven para incrementar los recursos propios básicos, a un coste, en general, muy por debajo del ROE⁷⁵ ⁷⁶, en coyunturas como las que han atravesado recientemente las principales entidades españolas: rápida expansión, basada en la compra de paquetes accionariales significativos; descenso de los recursos propios básicos, por los fondos de comercio generados; y carácter temporal de este descenso, que explica que el emisor se reserve el derecho a la recompra de las preferentes, para cuando haya amortizado aceleradamente los citados fondos, estableciéndose límites para dar derecho a dividendo, sin perjuicio de las limitaciones a efectos de solvencia⁷⁷.

⁷³ Las condiciones de emisión de las participaciones preferentes no podrán contemplar incentivos a la amortización anticipada. El Banco de España podrá conceder autorización en cualquier momento para el reembolso anticipado de instrumentos con o sin vencimiento en el supuesto de que se produzca una modificación en el régimen fiscal o de computabilidad como recursos propios de dichos instrumentos que no estuviera prevista en la fecha de emisión (Real Decreto 771/2011, de 3 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero, de recursos propios de las entidades financieras, y el Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre fondos de garantía de depósitos de las entidades de crédito).

La Ley 6/2011, de 11 de abril, por la que se modifican la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros; la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas, modifica los requisitos para la computabilidad de las participaciones preferentes como recursos propios, complementado con lo dispuesto por el Real Decreto-ley 18/2012, de 11 de mayo, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero.

⁷⁴ Vid. Boletín Económico del Banco de España, julio-agosto de 2011.

⁷⁵ *Return on Equity* o rentabilidad financiera. Beneficio después de impuestos/Fondos propios.

⁷⁶ Lo que en realidad se está haciendo no es más que financiar a esa entidad «comprando un título de discutible rentabilidad, escasísima liquidez y mucho riesgo, sin disfrutar de los derechos sociales que otorga la Ley al tenedor de acciones de una empresa con forma societaria. Es decir, se convierte en un accionista «de segunda» y acaba siendo el banco de su propio banco. La entidad, claro está, no puede estar más contenta: por un lado consigue captar capital sin que la posición del accionista se vea perjudicada, capital que en realidad no computa como tal a efectos de rentabilidad sobre recursos propios lo que hace que su ROE se dispare y, generalmente, se reserva el derecho de convertir esas participaciones en acciones cuando quiera... que es tanto como decir cuando le convenga. Negocio redondo aunque sólo sea para uno», CABOBLANCO SANTAMARÍA, L., «Ingeniería financiera, ¿es realmente juego limpio?», en *Estrategia financiera*, núm. 296, julio-agosto de 2012, pág. 11.

⁷⁷ Informe de Estabilidad Financiera del Banco de España de noviembre de 2002, pág. 41.

Es decir, un producto hecho exclusivamente a la medida de los intereses del emisor o de la entidad en la que se invierte.

Todas estas características revelan que se trata de un producto admisible por su aceptación en el elenco de productos financieros comprendidos en la Ley del Mercado de Valores, pero puede muy bien reputarse como uno de los peores de los valores negociables regulados en el panorama español⁷⁸. Debería partirse de una cierta proporcionalidad. No tanto porque a la otra parte se le considere como un consumidor, no es consumidor, sino participe en una entidad, siéndole aplicables las normas del mercado de valores y otras generales. Pero la gracia es que el suscriptor, en muchos casos, creía actuar como consumidor, de modo que él cree que la función pactada es el ahorro como titular de cuenta a plazo fijo o variable, aparece como cliente de una empresa que no pretende que lo engrandezcan uniéndole a ella para luego desmantelarlo en la práctica. Y, si la función pactada por él no es esa, hay disenso por error obstativo y, por tanto, anulabilidad —siguiendo a CLAVERÍA GOSALBEZ⁷⁹— o nulidad —según otro sector doctrinal—, según se valore ese delicado equilibrio lleno de matices y de subjetividad entre la protección del contratante y la seguridad jurídica o la estabilidad contractual; o hay error vicio; más allá cabe pensar en el dolo —error provocado— o, incluso, fraude. Habría estafa si con ánimo de lucro utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno⁸⁰. Convendría aclarar, aunque algunos autores hayan manifestado lo contrario, que los inversores minoristas no son exactamente consumidores, pero merecen un tratamiento jurídico protector diferenciado como el de estos, sean o no consumidores: cabe aplicarles, por supuesto, los preceptos correspondientes del Código Civil sobre error y dolo y las normas de la LMV y la Orden del EHA 2011 derivadas de las dos MiFID, pero no directamente la LCGC de 1998 ni el Texto Refundido de consumidores del 2007, salvo por analogía. Pero, si pretenden ser consumidores

⁷⁸ Por tratarse de «un valor leonino en el sentido de que representa una posición jurídica de socio cautivo en cuanto excluido de interés común de la sociedad... ya que el tal pseudo socio sólo participa en los avatares adversos de la sociedad en la que se integra pero sin derecho de participación en su sistema de organización interna ni en las ganancias sociales ni en la eventual revalorización del patrimonio social, así como tiene excluido de entrada el derecho de suscripción preferente con independencia de que concurra o no causa de interés social», ALONSO ESPINOSA, F. J., «Participaciones preferentes y clientes minoristas de entidades de crédito», en *La Ley*, 2012, núm. 7875, pág. 4.

⁷⁹ Vid. CLAVERÍA GOSALBEZ, L. H., «Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato», en *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, dir.: DELGADO ECHEVERRÍA, Navarra, 2007, págs. 73, 81, 84, «no todos los casos de disenso o de falta de consentimiento deben ser tratados (de nulidad) si son muy cercanos a otros que el legislador ha afrontado asignándoles la anulabilidad: el supuesto de error obstativo, tan próximo al error vicio, es el más claro, pero cabe añadir otros».

⁸⁰ Puede verse sobre el fraude, MATA MARTÍN, R., *Estafa convencional, estafa informática y robo en el ámbito de los medios electrónicos de pago*, Navarra, 2007.

(quieren depósito a plazo fijo) y les colocan las preferentes (serían inversores, cosa que no quieren), entonces sí se les aplicaría el Derecho de la imposición del contenido contractual a los consumidores, con control de inclusión y de contenido, nulidad de cláusulas abusivas, etc., como ocurre en el caso de los préstamos hipotecarios.

La comercialización no se hizo siempre como impone la normativa, cuando se suministró al mercado una información falsa o engañosa, tendenciosa, incluso los propios supervisores lo consideraban inapropiado para los particulares; el problema se puede resumir en el ofrecimiento y colocación indiscriminada, en algunos casos, de un producto complejo de alto riesgo sin el correcto asesoramiento y la debida información, a iniciativa de la propia entidad bancaria, basándose en la confianza que previamente ese cliente tenía depositada en el comercial de la entidad. La falta de percepción de los rendimientos derivados de la inversión advirtió con posterioridad de las irregularidades en la difusión de estos productos, al comprobarse la imposibilidad de recuperar el capital invertido, cuestionándose la validez de su comercialización por falta de la debida información e incumplimiento de las pautas de comportamiento de la entidad para la comercialización de productos complejos, o, en definitiva, por la falta de transparencia y, en ocasiones, a través de comerciales sin ninguna formación cualificada.

A partir de aquí se ofrece un amplio abanico de soluciones. Salvo el inversor correctamente informado que asume el riesgo del mercado⁸¹, el resto tiene que ser resarcido. Con lo cual, la responsabilidad penal o civil derivada de este incumplimiento quedará a salvo, a pesar de que el *Memorandum of Understanding on Financial Sector Policy Conditionality* —que no es fuente del Derecho— advierta que los accionistas, los titulares de capital híbrido y los de deuda subordinada, en cuanto a los bancos que han recibido ayudas para su rescate, tengan que asumir parte de las pérdidas, debiendo tomar el Gobierno las medidas legislativas necesarias para obligar a los accionistas y a los titulares de híbridos a asumir la mencionada quita si no se pudiera llegar a un acuerdo voluntario sobre el reparto de la carga. Y si se canjean por acciones o se recompran con pérdidas de capital ello no impide cualquier tipo de reclamación en caso de incumplimiento de las normas de comercialización de estos productos.

⁸¹ Como puede verse en la sentencia núm. 343/2012, de 27 de septiembre, AC 2012/2148, AP de Valladolid, y de igual modo en la sentencia núm. 370/2012, de 6 de julio, AC 2012/1178, AP de Madrid.

V. LAS VÍAS DE RECLAMACIÓN

Al margen de otras responsabilidades⁸², el incumplimiento de las pautas de comportamiento por parte de las entidades prestadoras de servicios financieros puede dar lugar a diferentes categorías de ineficacia; los efectos y consecuencias jurídicas dependerán del tipo de contrato de prestación de servicios de inversión⁸³, pudiendo derivarse en cualquiera de las fases de contratación, teniendo en cuenta que las responsabilidades están presentes mientras se mantenga ese producto financiero⁸⁴.

Ello implica la necesidad de un análisis casuístico de los afectados por irregularidades en la comercialización de participaciones preferentes, a pesar de que las entidades nacionalizadas, como paradoja, hayan optado por soluciones globales, tanto cuando se canjea por otros productos, como cuando se decide a favor del arbitraje colectivo. Recientemente, la oficina del Defensor del Pueblo ha apoyado un arbitraje universal a cargo de la CNMV para las participaciones preferentes de las antiguas cajas que han recibido ayudas públicas, para ofrecer un tratamiento unitario, y con el fin de facilitar a los afectados un medio ágil o más económico para la recuperación de su inversión o parte de ella. Pero las soluciones universales de la manera tan particular con que se están llevando a cabo —así en el caso de Bankia— justifican algunas reticencias, y no sólo porque impliquen pérdidas para el inversor o por el proceso de selección previa que se está haciendo, por lo que no todos los afectados pueden acudir a él; se

⁸² Imposición de posibles sanciones administrativas, responsabilidad patrimonial de la administración por falta de supervisión administrativa, o responsabilidades penales.

⁸³ Sobre estos contratos, MADRAZO, J., «Los contratos de servicios de inversión», en *Los mercados financieros*, dir. CAMPUZANO, B./CONLLEDO LANTERO, F./PALOMO ZURDO, R. J., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 716 y sigs.

⁸⁴ Como ha tenido la oportunidad de expresar alguna resolución judicial, «la primera cuestión esencial a efecto de determinar el grado de información exigible a prestar por la entidad demandada, es determinar la calificación del contrato suscrito entre los litigantes, debiéndose distinguir al respecto si se trata de una simple administración de valores o además de lo anterior, puede considerarse como un contrato de gestión de los mismos o que comporte obligación de asesoramiento». Y así, en la sentencia núm. 360/2012, de 20 de julio, AC 2012/1469, AP de Zaragoza, sobre nulidad de la contratación de las participaciones preferentes del Royal Bank of Scotland, se argumenta que «no cabe postular la nulidad de la adquisición de un producto del que por una de las facultades de dicho contrato se podía adquirir. La naturaleza jurídica del contrato de gestión de carteras discrecional que vinculaba a las partes, y en virtud del cual la entidad tenía la potestad jurídica de adquirir productos de inversión sin una previa autorización del cliente, regulándose una información *a posteriori*, lo que llevará a, tras concluir que al cancelar el contrato de gestión no se dio orden de venta de las preferentes, desestimar en su integridad la demanda. Cuestión distinta es si se facilitó o no la información adecuada, lo que fundaría una acción resarcitoria si su incumplimiento ha generado daños al cliente; pero tal falta de información, que operaría en tal caso *ex-post* la contratación del producto, dadas las facultades discrecionales de la entidad no puede generar una nulidad originaria de la contratación».

requeriría, para empezar, si se quiere a través de estas variedades, una comisión verdaderamente independiente, que decida qué casos pueden resolverse a través de este medio, y para su debida independencia no parece suficiente que el banco que reciba las solicitudes nombre a una consultora externa para su evaluación. El arbitraje se ha abordado con autorización del Banco de España y de la Unión Europea, y se ha ido extendiendo, desde los bancos nacionalizados, a través de un arbitraje de consumo con ámbito autonómico o local ejercido a través de las juntas arbitrales; pero si se opta por esta vía, hay que garantizar la especialización de las cortes arbitrales, una especialización bancaria y financiera. Y se está ampliando con una comisión de seguimiento en la que participa la CNMV, el Banco de España, el Consejo de Consumidores y usuarios y otros organismos públicos, fijando y supervisando los criterios y el perfil del inversor y con control de la entidad externa que determina los derechos de reclamación; lo que no evidencia un sistema muy operativo.

El Real Decreto Ley 6/2013, de 22 de marzo, de protección de los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero, crea esta comisión de seguimiento, que establecerá los criterios para que los titulares puedan acogerse al arbitraje⁸⁵; acordándose una derrama extraordinaria al Fondo de Garantía de Depósitos⁸⁶ para dar liquidez a los canjes de estos productos, como participaciones preferentes. El objetivo es la creación de un órgano con funciones de coordinación y promoción de los trabajos necesarios para el seguimiento de las incidencias derivadas de la comercialización de

⁸⁵ La nota de prensa publicada por el FROB con fecha 17 de abril de 2013 sobre «Publicidad de los criterios básicos determinados por la Comisión de Seguimiento de Instrumentos Híbridos de Capital y Deuda Subordinada», toma en cuenta: los relativos a los requisitos de capacidad para contratar; los relativos a la documentación contractual, así, inexistencia del documento contractual, falta de documentación relevante en el expediente de contratación, incorrecciones relevantes en el documento contractual (denominación incorrecta del producto, falta de alguna de las firmas en caso de cotitularidad, órdenes de compra facilitadas por el director no selladas...); los relativos a la información proporcionada sobre el producto: falta de información (o información incorrecta) sobre las características y riesgos del producto antes de la contratación, especialmente, clasificación como producto sin riesgo o conservador, clasificación como producto no complejo, plazo de la inversión, riesgo de liquidez y/o grado de subordinación, información adicional no correcta sobre el producto, contradictoria o no coherente con la información contenida en la documentación contractual, ausencia de explicación de las condiciones, efectos y riesgos del producto por parte de la entidad financiera, especialmente el hecho de que este producto no estaba cubierto por el FGD y que podía perder todo o parte del capital adquirido; los relativos a la obtención de información sobre el cliente por la entidad, así como otras circunstancias del cliente minorista. Serán objeto de arbitraje preferente para las entidades los ahorradores que sean titulares de una inversión en los productos objeto de controversia inferior a 10.000 euros, en particular cuando la inversión proceda de un traspaso de productos de bajo riesgo de la propia entidad.

⁸⁶ Medidas sobre el FGD que se han sido cuestionadas por el BCE en su Informe de 10 de abril de 2013 sobre el citado Real Decreto-ley de marzo.

instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada, haciendo un análisis de los factores generadores de reclamaciones judiciales y extrajudiciales, así como de sus resultados por parte, especialmente, de las entidades participadas por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, realizando informes sobre su evolución, que serán remitidos al Congreso de los Diputados; determinándose los criterios básicos, en el caso de entidades participadas por el FROB, para ofrecer a sus clientes la sumisión a arbitraje.

Pero, si de lo que se trata es de buscar soluciones *ad hoc* más que responsabilidades, a la vista de las circunstancias, lo más sencillo sería que la entidades comercializadoras propusieran un acuerdo a sus clientes, una solución favorecida por la CNMV o el Banco de España, y, en su caso, promover más la mediación⁸⁷ que el arbitraje, a la vista del procedimiento tan *sui generis* que se está siguiendo con estos arbitrajes⁸⁸. Teniendo en cuenta, que la solución tiene que ser rigurosamente jurídica, lo contrario es además antisocial, no puede tratarse como si hubiera sobrevenido un fenómeno de la naturaleza; la vía abierta por el Gobierno, a través del citado texto legal, no es muy ortodoxa; la solución

⁸⁷ Sin coste para los adquirentes, igual que se ha pensado en esa comisión que se dice independiente que realiza funciones de análisis y de selección.

⁸⁸ En la información que proporciona Bankia a quienes han adquirido preferentes y subordinadas de Bankia, se hace constar que el arbitraje es un proceso independiente al canje obligatorio por acciones, por lo que al margen de que se haya realizado dicho canje o se vaya a realizar próximamente, se puede solicitar la aceptación al arbitraje. Cuya fórmula de cálculo, bastante arbitraria en cuanto a la utilización del índice, se obtendrá descontando de la cuantía de su inversión nominal los intereses brutos percibidos desde el momento en que suscribió el contrato de inversión. A esa cantidad resultante, se añadirán los intereses brutos que le hubieran correspondido desde el momento de su inversión hasta la firma del convenio arbitral, tomando como referencia la evolución del índice Euribor, doce meses desde la suscripción o compra de los Títulos y hasta el día de la firma de la entrega de las Acciones del Banco, Bonos BFA o Depósito o hasta la fecha de la firma del presente Convenio, en el caso de que ésta tenga lugar antes de la referida entrega. Pero, si ya se ha producido el canje obligatorio en el momento de suscribir el convenio arbitral e inmediatamente antes de su firma, puede dar a la oficina bancaria la orden de vender las acciones que le hayan sido entregadas en virtud del canje obligatorio efectuado y hacerlas efectivas en ese momento, de acuerdo con el valor de mercado. Si el cliente decide vender sus acciones en ese momento, le será ingresado en su cuenta el precio obtenido por la venta de esas acciones. Así mismo, se advierte que «concluidas las actuaciones y dictado el laudo arbitral, la liquidación de las cantidades a percibir por el Interesado en caso de laudo estimatorio, se efectuará por diferencias entre la Cantidad máxima objeto de restitución y el valor de cotización de las Acciones del Banco, que continúan siendo titularidad del Interesado, tomando la cotización de cierre de mercado del día anterior a la fecha de firma del presente Convenio. En caso de que las Acciones del Banco se hubiesen vendido parcial o totalmente con anterioridad a la fecha de firma del presente Convenio, se descontará el precio de venta de mercado de las Acciones del Banco enajenadas. Si las Acciones del Banco se hubiesen vendido con posterioridad a la fecha de firma del presente Convenio, se descontará el valor de cotización de las Acciones del Banco enajenadas, tomando la cotización de cierre de mercado del día anterior a la fecha de firma del presente Convenio».

no puede ser socializar las pérdidas, la falta de rigor trae malas consecuencias para el sistema financiero⁸⁹.

Las vías de reclamación son diversas, distinguiéndose si la entidad financiera ha comercializado el producto como intermediaria de otra entidad o vende participaciones preferentes emitidas por ella misma o por una filial⁹⁰.

Si las irregularidades en la comercialización de participaciones preferentes se han producido por la falta de información o deficiente información y ha llevado a la incorrecta formación del consentimiento del inversor, ha inducido a error en la adquisición de ese producto financiero, en virtud del artículo 1266 del Código Civil el error invalidará el consentimiento cuando recaiga sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. La entidad que comercializa tiene que asegurarse de que el inversor comprende el contenido y su verdadero alcance y esa información fundamentalmente debe resaltar el riesgo patrimonial del producto. Basta con tener una información en lo esencial, y no es suficiente la mera explicación, ha de verificarse su comprensión y ha de entregarse por escrito, como folleto informativo del producto que se pretende adquirir o de las condiciones de la orden de compra, sin que se considere adecuadamente cumplido porque se encuentre a disposición en una página web. El cumplimiento del deber de información no se entiende en sentido formal, sino en sentido efectivo y en función de la singular y concreta relación y en función del tipo de servicio de inversión que se vaya a prestar⁹¹.

Algunas sentencias han deducido la existencia de error por la discrepancia en la denominación, se llamaba «contrato de depósito a plazo», cuando, en realidad, se trataba de participaciones preferentes, unido al hecho de que el adquirente, por su formación, era ajeno a los conocimientos del mercado financiero. La equívoca denominación se unía al hecho de la falta de la debida información. «Sin que la aceptación del abono de cupones pueda considerarse una confirmación del negocio en cuanto el adquirente pudo confundirlo con abono de intereses del

⁸⁹ Pero por qué extrañarse si se va en la dirección contraria, si como expresa LAURENT, J., *Global derivate Debacles, From theory to Malpractice*, Singapore/London, 2012 (hay traducción al francés de A. GRIBE, *Les produits derives et le grands desastres financiers, ingeniere défailante et supercherie*, París, 2011, pág. 288, definir la inclinación al riesgo de una sociedad es una de las piedras angulares de toda estrategia de gestión de riesgos y la decisión tiene que asegurar que estas políticas están bien adecuadas al ADN de la sociedad.

⁹⁰ Vid., CHAVES RIVAS, A., «Instrumentos y formalidades en la emisión de participaciones preferentes. Derecho de información», en vol. col. dir. por SAN JUAN Y MUÑOZ/LÓPEZ JIMÉNEZ, *Reclamaciones frente a la comercialización de las participaciones preferentes*, Bosch, Barcelona, 2013, pág. 117.

⁹¹ SANGIOVANNI, V., «L'adeguatezza degli investimenti prima e dopo la MiFID», en *Corriere giuridico*, 10/2010, pág. 1385 y sigs.; GRECO, «Il consumatore-risparmiatore e gli obblighi informativi continuativi tra fonte legale e fonte convenzionale», en *Resp. civ. e prev.*, 2011, pág. 1357 y sigs.

depósito», por lo que se declara la resolución del contrato, obligando a las partes a la restitución recíproca de lo abonado, con los intereses legales devengados desde la fecha efectiva del pago o cobro, «por aplicación del artículo 1124 del Código Civil», si bien debería mejor haber citado el artículo 1303 del Código Civil. Se aprecia un supuesto de vicio del consentimiento derivado de un error, en virtud del artículo 1266 del Código Civil, inducido por la discrepancia entre la denominación y el objeto del contrato. El error habría recaído sobre la sustancia de la cosa que fue objeto del contrato y sobre aquellas condiciones que principalmente han dado motivo a celebrarlo. La falta de la debida información o la defectuosa información ha conducido a una disfunción, a una falsa representación de la realidad, induciendo a estipular, que no se corresponde con lo realmente querido con error⁹². De igual modo⁹³, cuando una orden de compra se ha rubricado bajo la denominación de «compra de renta fija a vencimiento» y, en realidad, se suscribe deuda privada perpetua, y el inversor había manifestado la necesidad de disponer de ello en un periodo de tiempo razonable. El hecho de que el cliente estuviera en la creencia de que la fecha de vencimiento reflejada en el contrato era la fecha de vencimiento total, no una fecha para que el banco emisor si a este le convenía retornaba al inversor, se consideró como ocultación dolosa determinante de un error invalidante del consentimiento, puesto que afectó a los elementos esenciales del contrato.

Se deduce también error⁹⁴ cuando no se informa de los elementos esenciales como son el plazo de vigencia, tipo de intereses remuneratorios, posibilidad de rescate o si el principal se encontraba garantizado, por lo que del contenido del negocio no se puede deducir, en modo alguno, las condiciones de lo contratado. El error es *in substantia*, pues recayó sobre lo que constituyó el objeto del contrato, es decir la clase de inversión contratada, «pues la demandante manifestó al director de la oficina que intervino en la formalización del contrato la necesidad de poder disponer del dinero invertido en un plazo de dos años, y las participaciones preferentes adquiridas se emitieron por tiempo indefinido, con fecha de amortización fijada en el 31 de diciembre de 2050, que únicamente se podían amortizar total o parcialmente a voluntad del emisor, y no a solicitud de los inversores, con autorización previa del garante a partir de que hayan transcurrido cinco años desde la fecha del desembolso, lo que contraviene de forma clara la voluntad manifestada por la demandante, constituyendo el plazo de vigencia de la inversión un requisito esencial del contrato»⁹⁵.

⁹² SAP de Madrid, de 26 de junio de 2012, AC 2012/465, núm. 428.

⁹³ SAP de Alicante, de 27 de septiembre de 2012, La Ley 144034/2012.

⁹⁴ SAP de Pontevedra, de 25 de abril de 2012, La Ley 59977/2012.

⁹⁵ De igual modo, SAP de Alicante, de 27 de septiembre de 2009, resultaron determinantes «las omisiones en la información ofrecida por la CAM sobre aspectos principales del contrato, unida a que la facilitada era en muchos aspectos equívoca, hubo de producir en los clientes —que no tenían la condición de expertos financieros relevantes— un conocimiento

También ha servido para afianzar estos argumentos la falta de adecuación del producto para ese concreto inversor y la falta de experiencia en productos de estas características, y ello a pesar de que se había realizado un test de conveniencia, de lo que se tenía que haber deducido la falta de perfil del inversor, estando, además, la persona afectada por graves limitaciones, como un deterioro cognitivo severo, progresivo e irreversible, «lo que lleva a pensar que fue inducida a contratar bajo error»⁹⁶, calificándose de un error importante y relevante, pues afecta al núcleo del contrato y a sus obligaciones principales y no es imputable a la negligencia de la demandante, sino que es excusable «pues respondió a la lógica confianza de ésta en la entidad bancaria», con lo que se asimila al empleo de una diligencia normal, no imputable, por ello, a la persona que lo padece, disponiéndose la devolución a favor de la demandante del capital invertido y ésta a reintegrar los importes recibidos trimestralmente como intereses a cuenta de su inversión⁹⁷.

equivocado sobre el verdadero riesgo que asumían, ante la posibilidad de perder la totalidad del capital invertido, incurriendo así en error sobre la esencia del contrato de entidad suficiente como para invalidar el consentimiento, de acuerdo con lo establecido en el Código Civil en su artículo 1265».

⁹⁶ Juzgado de Primera Instancia de Santander, núm. 10, de 29 de enero de 2010.

⁹⁷ La venta a unos ancianos, de los cuales uno estaba afectado por una enfermedad degenerativa con conocimiento de ello por parte del comercial de la entidad bancaria, ha sido tratado como un supuesto de nulidad, o como un supuesto de falta de consentimiento, justificado por el hecho de no poder, libre y voluntariamente, suscribir un contrato sin los conocimientos específicos para su entendimiento y sin que conste en el documento mención a las características de la emisión del producto. La declaración de nulidad obligó, en el supuesto en concreto, a la restitución de las prestaciones y el precio con los intereses legales desde la fecha de suscripción, sin perjuicio de resarcir los daños producidos por el equivalente al tipo de interés que la propia entidad de crédito demandada abonaba a los fondos depositados a plazo fijo en cada anualidad, aplicada al capital invertido más los intereses.

El Juzgado de Primera Instancia, núm. 4 de Vigo, por su parte, declara nulo el contrato de una joven a la que pasaron los fondos de una cartilla infantil a participaciones preferentes. La sentencia destaca que no se ha apreciado «motivo ninguno para pensar» que la joven o su madre —que fue la que en su nombre, en 2005, contrató el producto, «presentaran la experiencia inversora suficiente como para concluir que el error hubiera sido fruto de su propia negligencia o desatención», pues se trata de un producto «complejo». Asimismo, destaca que «no habría de extrañar» que la denunciante y su madre «pudieran acabar confundiendo el producto con algo parecido a un depósito a plazo, del que las participaciones preferentes se diferencian de forma sustancial, pero cuyos elementos diferenciales no fueron adecuadamente puestos de manifiesto por la entidad bancaria».

Otras sentencias que pueden verse, SAP de Palma de Mallorca, de 11 de marzo de 2011, *JUR* 2011/190142, núm. 91; SAP de Murcia, de 1 de abril de 2011, *AC* 2011/1903, núm. 105; SAP de Badajoz, de 26 de julio de 2011, *JUR* 2011/369474, núm. 266; SAP de Pontevedra, de 25 de abril de 2012, *JUR* 2012/178529, núm. 324; SAP de Madrid, de 29 de noviembre de 2011, *JUR* 2012/29023, núm. 587, 6 de abril de 2011, *AC* 2011/1914, núm. 156; SAP de Valencia, de 17 de julio de 2008, *JUR* 2008/307713, núm. 243; SAP de Zaragoza, de 3 de febrero de 2012, *AC* 2012/19, núm. 58; SAP de Baleares, de 16 de febrero de 2012, *JUR* 2012/113800. Sobre Resolución contractual puede verse la SAP de Asturias, de 26 de septiembre de 2011, *AC* 2011/2197, núm. 431; SAP de Badajoz, de 26 de julio de 2011, *JUR*

En algunas sentencias donde se declara la existencia de error, sin entrar la resolución en demasiadas profundidades, podría considerarse más específicamente error obstativo, porque falta la intención común, hay error sobre la naturaleza del contrato, falta la coincidencia sobre los efectos esenciales o sobre las condiciones o cualidades principales del producto financiero, sin que pueda considerarse que no había una coincidencia sobre lo que en este caso se pudiera entender como características esenciales del producto⁹⁸.

Se califique de contrato o de orden de suscripción de valores, la entidad oferente debe recabar el consentimiento informado, y esta condición debe poderla acreditar en cualquier momento y lo contrario le hace responsable; deben explicarse y aclararse las características del producto contratado y su naturaleza, y la prueba de que se ha realizado esta aportación le corresponde a la entidad⁹⁹; sin una completa información no puede haber un válido consentimiento. Así mismo, en el extracto de posiciones debe figurar exacta la denominación de participaciones preferentes u obligaciones subordinadas; en algunos casos, la denominación se hacía de manera sintética, por ejemplo, «F. Telf. Finan. USA Pref.», lo que no permite una correcta determinación del producto; ni es suficiente para que la entidad se libere de responsabilidad hacer referencia en la orden de compraventa de valores que «el ordenante hace constar que recibe copia de la presente orden que conoce su significado y transcendencia, así como que ha sido informado de la tarifa de comisiones y gastos aplicables a la operación y autoriza a la entidad a asentar los importes»; tiene que poder demostrar que al cliente se le facilitó efectivamente la información, que la comprendía y aceptaba dichas condiciones. Recae sobre la entidad o el profesional financiero la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información a la clientela y, sobre todo, en el caso de productos de inversión complejos, con aplicación de lo establecido por la STS de 14 de noviembre de 2005¹⁰⁰.

2011/369474, núm. 266; SAP de Valencia, de 28 de junio de 2011, AC 2011/2044, núm. 283; SAP de Valencia, de 24 de febrero de 2010, JUR 2010/222625, núm. 68, o la más reciente de la AP de IB, de 4 de mayo de 2013, condenando a Banesto a devolver 205.000 euros a un cliente al que dio información deficiente, por no aclarar la «imprevisibilidad» de la operación.

Plazo para el ejercicio: SAP de Badajoz, de 26 de julio de 2011, JUR 2011/369474, núm. 266; SAP de Baleares, de 21 de marzo de 2011, JUR 2011/190142, núm. 91.

⁹⁸ Vid. TERRÉ, F./SIMLER, P. H./LEQUETTE, Y., *Droit civil, les oblitations*, Dalloz, París, 2009, pág. 227.

⁹⁹ SAP de Barcelona, de 25 de julio de 2012, núm. 276/2012.

¹⁰⁰ Asimismo, SAP IB de 3 de diciembre de 2012, «la existencia de estas normas no se justifica por una exclusiva finalidad de protección de la parte contratante con mayor déficit de información. Es necesario contextualizar este tipo de normas que disciplinan la participación de determinados agentes económicos en la posición oferente del mercado de crédito. Por lo tanto, en última instancia, constituyen una regulación profesional ordenada a sentar las bases para conseguir una mayor competencia entre las entidades, objetivo éste que aparece claramente enunciado en la propia Exposición de Motivos de la Orden de 12-XII-1989 en una sencilla frase que anuda ambos conceptos, mejor información y mayor competencia, en

Pero no solamente se trata de tener información sobre las características completas del producto en el momento de la contratación, sino de la situación patrimonial de la entidad en la que se invierte a través de estas participaciones preferentes, es decir estar informado de manera continuada sobre los riesgos dependientes del emisor del producto, lo que abunda en la falta de correspondencia de este producto con el perfil de un inversor minorista, conservador o poco conocedor de los mercados financieros, pues solo se pueden ofrecer productos que encajen en el perfil derivado del test correspondiente, y en este caso se entiende a favor de inversores especializados¹⁰¹.

Este fenómeno ha demostrado la importancia de extender el nivel de cultura financiera de los no profesionales y restringir la comercialización de productos financieros no referenciados a mercados oficiales independientes de los operadores. Para los inversores lo más importante es el objetivo de su inversión y proceder con diligencia.

Sin embargo, a pesar del pronunciamiento de la mayoría de las sentencias calificándolo de un supuesto de error, la incidencia del dolo pudiera no ser tan excepcional, teniendo en cuenta que la STS de 5 de marzo de 2010¹⁰² aprecia dolo en el que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe; o en la STS de 11 de diciembre de 2006¹⁰³, en virtud de la cual se reputa dolo la omisión de hechos o circunstancias influyentes y determinantes para la conclusión del contrato, respecto de los que existe el deber de informar según la buena fe y los usos del tráfico. Por ello, ya LACRUZ BERDEJO expresó que, en realidad, los vicios del consentimiento podían reducirse a dos categorías fundamentales¹⁰⁴, el error y el miedo¹⁰⁵; al dolo podríamos llamarlo

una relación de causa-efecto». La carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, respecto del cual la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica de un ordenado empresario y representante leal en defensa de sus clientes, lo cual es lógico por cuanto desde la perspectiva de estos últimos (los clientes) se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información AP de Valencia, de 26-4-2006 (*JUR* 2006/272575).

Insisten sobre ello GUILLOT, L. L./BÉRARD, P. Y., «Le devoir de vigilance du banquier», en *Rev. Banque*, núm. 744, 2012, pág. 73 y sigs.

¹⁰¹ «Es imposible que las preferentes, un producto muy complejo, híbrido, perpetuo y subordinado, haya sido el producto más vendido de los últimos años, con cifras de 30.000 millones de euros nada menos, si no es por un incumplimiento generalizado y sistemático de todas las normas de protección al (usuario)», GOMÁ LANZÓN, F., *Blog ¿hay derecho?*

¹⁰² *RJ* 2010/2390.

¹⁰³ *RJ* 2006/9893.

¹⁰⁴ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, II, Barcelona, 1977, pág. 52.

¹⁰⁵ CLAVERÍA GOSALBEZ, L. H., «Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato», en *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, dir.: DELGADO ECHEVERRÍA, Navarra, 2007, pág. 83, hay que revisar el régimen de los vicios de la voluntad, reformando y desarrollando más la regulación del error... unificando la violencia e intimidación y suprimiendo el dolo como figura autónoma, pues según la construcción más preferible, o consiste en una actividad encaminada a provocar el error, o en

un error provocado. En el dolo se exige un ánimo intencionado, una actuación maliciosa para provocar en el otro engaño¹⁰⁶, que determina y lleva efectivamente a la contratación, que puede realizarse a través de un hecho positivo o un hecho negativo, en cuanto la conducta dolosa puede consistir también en una omisión, por ejemplo no sacar del error a la otra persona, «las medias palabras o las informaciones imprecisas o incompletas podrán también considerarse en ocasiones como maquinaciones dolosas y, desde luego, los son en todos aquellos casos en que exista, impuesto por la buena fe, un especial deber de información fidedigna por parte de los contratantes en orden a la determinación de los extremos básicos del contenido contractual»¹⁰⁷. En cuyo caso respondería el mismo comercial que las ha vendido.

Cabe añadir que en los supuestos que analizamos no se requiere el elemento intencional para calificarlo de dolo, pues, por un lado, el profesional no podía ignorar la información omitida, de importancia determinante para la otra parte, y, por otro, la propia legislación impone el deber de información, una obligación exigida de manera reforzada, podríamos decir, por la trascendencia del producto comercializado y porque le incumbe demostrar la ejecución de esta obligación, así, por esta vía se suprime el elemento intencional del dolo; o, podríamos decir, es fácilmente deducible la mala fe o intención deliberada si no se ha informado de aquello a lo que se estaba obligado, pues ¿de haberse informado correcta y ampliamente de sus condiciones muchos hubieran adquirido este producto financiero?; cabe presumir que en muchos casos, de haberse conocido, no se hubiera llegado a contratar. Supuestos cuya nulidad cabe declarar, pudiéndose, asimismo, exigir además, una indemnización de daños y perjuicios, aunque bien es cierto que las pérdidas fueran provocadas por la crisis, sin ella, en buena parte, no se hubiera ni siquiera hablado de este producto, pues algunos ni eran conscientes de que se las habían colocado. En todo caso, el silencio sobre esa información decisiva sin la intencionalidad no puede considerarse como una simple falta de la obligación contractual de información —«obligación precontractual de información que existe en todos los ámbitos de Derecho Civil y en todos los negocios»—¹⁰⁸, de manera que no se presentan los mercados financieros con una normativa muy original.

una manipulación cercana a la intimidación; en rigor, podemos decir que el consentimiento está viciado cuando la información de un contratante es defectuosa o cuando su libertad se halla limitada o no existe».

¹⁰⁶ No se requiere que el dolo invalidante cause perjuicio —*animus decipiendi*—.

¹⁰⁷ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos...*, cit., pág. 64.

¹⁰⁸ Si bien tenga un contenido variable, FAGES, B., *Droits des obligations*, LGDJ, París, 2011, pág. 104; FABRE-MAGNAN, M., *De l'obligation d'information dans le contrat. Essai d'une théorie*, LDGJ, París, 1992; artículo 110, *L'avant projet Catala*; artículo 50, *Projet de la Chancellerie*; artículo 33, *Propositions Terré*.

El deber de información o el reforzamiento de las exigencias de lealtad en este contexto¹⁰⁹ cabe asimilarlo a determinados negocios donde se valora de una manera particular la necesidad de una especial fidelidad o una especial buena fe¹¹⁰ y, en vez de esto, en algunos supuestos, parece percibirse la creación de un artificio para representar una situación de aparente confianza con el cliente disimulando una información con influencia en la adecuada formación del consentimiento. No se trataba de una relación entre profesionales, cuya omisión pudiera, en todo caso, tratarse como una falta; aunque, un error sobre un producto financiero de estas características padecido por un profesional no es tampoco necesariamente inexcusable. Dadas estas circunstancias, carece de relevancia si la ignorancia de la víctima proviene de una imposibilidad absoluta de informarse por no tener los medios para disipar el error o por la simple desigualdad de la cualificación de las partes contratantes. El cliente tiene un deber de diligencia, pero si se exigiese un deber autónomo del cliente de informarse se impediría la función de la norma que es la responsabilidad de la entidad financiera por no informar o informar incorrectamente, lo que no excluye la actuación diligente y prudente con la que debe proceder el cliente. No es fácil encontrar el punto de equilibrio¹¹¹, precisamente por ello el objetivo de la normativa a través de la transparencia es evitar el conflicto de intereses y la asimetría de la información recomponiendo la paridad.

¿Y podría solicitarse la nulidad por infracción de normas imperativas o por reputarse el deber de información como un principio de orden público?, las irregularidades en la información de un contratante por otro o los consiguientes desequilibrios o abusos son defectos intrínsecos al proceso formativo del negocio, debiendo, por ello, calificarse de invalidez; pero no se trata de un contenido contractual ilegal, sino de una deficiente formación de la voluntad contractual, por falta de información o de libertad: en nuestro Derecho eso se canaliza a través de la anulabilidad; a veces, también con la rescisión, que no es técnicamente invalidez, pero eso es una distorsión del sistema¹¹². Sólo, si cabe estimar que falta totalmente el consentimiento, cabría nulidad en virtud

¹⁰⁹ SAP de Asturias, de 16 de julio de 2012, AC 2012/1453, se requiere «una diligencia profesional específica a la entidad de inversión, que se ha de materializar en un deber de información riguroso...».

¹¹⁰ BRINGUIER-FAUS, S., «Vers la consécration de grands principes européens des contrats: l'exemple du principe de bonne foi-loyauté», en *Rev. Lamy Droit des affaires*, núm. 79, 2013, pág. 66 y sigs.

¹¹¹ Como ha señalado SERRAO D'AQUINO, P., «Obblighi informativi e responsabilità dell'intermediario finanziario. Parte I: criteri generali di comportamento, operatore qualificato, profilatura della clientela secondo la MiFID. Obblighi informativi legati ai prodotti derivati», en *Giur. di merito*, 2012, núm. 214, pág. 1466 y sigs.

¹¹² En este sentido, CLAVERÍA GOSALBEZ, L. H., «Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato», en *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, dir.: DELGADO ECHEVERRÍA, Pamplona, 2007, pág. 73 y sigs.

del artículo 1261, 1.º, del Código Civil. En cuanto a su consideración como principio del orden público, no hay contenido contrario al orden público, sino práctica contraria al orden público; el contenido es correcto y no habría nada que objetar si hubiera libertad e información, pues los desequilibrios están permitidos, en cuanto la donación está permitida¹¹³.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN. LA GESTIÓN DEL RIESGO FINANCIERO Y SU INFLUENCIA EN LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO CONTRACTUAL

Afectados los mercados y las empresas por la crisis económica y financiera, la necesidad de atraer capitales a través de nuevos productos más innovadores, tanto al ámbito europeo como internacional, es un reto que requiere al mismo tiempo de una gran dosis de seguridad jurídica y de reglas claras y transparentes, y aún más, de una armonización de las garantías financieras. La asistencia al sistema financiero es un reto constante que cuestiona al orden jurídico y exige decisiones judiciales previsibles. Los productos híbridos representan una renovación de los métodos de financiación comercial e industrial, que favorecen numerosos proyectos arriesgados, favorecen la reestructuración empresarial, como son una oportunidad para las empresas en dificultad, pues no en vano se han privilegiado en una época de depresión de los mercados. Sin embargo, su complejidad y los resultados, cada vez más especulativos, requieren de reglas precisas, de límites más estrictos y de controles más férreos para servir verdaderamente al mundo empresarial como nuevos instrumentos de financiación, con las suficientes garantías para reforzar la estabilidad del sistema y de la economía, participando como factor de crecimiento económico y no, como ha ocurrido, vehículos que han contribuido al riesgo sistémico. El núcleo conceptual básico del Derecho Privado asegura la salvaguardia del sistema a través del principio de transparencia y de un intento de igualdad de los distintos operadores, y, para ello, el deber de información, en la base del principio de buena fe y de la lealtad de las relaciones contractuales, se convierte en un instrumento de especial significación, «signo eminente de las exigencias crecientes de la transparencia en Derecho positivo», «la información no es solamente ya la garantía de un derecho y de su buen ejercicio, sino, que se ha convertido ella misma en objeto de derecho. Mejor, la información se incorpora en el Derecho mismo. Esta extensión considerable, más allá del Derecho del consumo, implica la difusión de una lógica consumerista en ámbitos que se creían en una lógica diferente, incluso opuesta». Desborda, sin duda, el marco del Derecho de consumo para

¹¹³ Como de nuevo argumenta CLAVERÍA GOSALBEZ, L. H., *Notas para...*, cit. pág. 69 y sigs.

influir en situaciones diferentes, que se caracterizan por una desigualdad entre contratantes. El movimiento actual profundiza en «una implicación creciente del deudor de la información, encargado de inculcar a su contratante las informaciones necesarias para su decisión», y tiene más sentido a medida que los riesgos del contrato se acrecientan¹¹⁴. Representa una evolución en nuestro sistema, pero no exento de producir distorsiones en los mismos elementos que están en el origen de la transmisión¹¹⁵, es decir, que no necesariamente es el antídoto de los riesgos¹¹⁶.

En el centro del problema, representado por el binomio riesgo-obligación, la cuestión se resuelve en la adaptación al tipo de inversor a través de la clásica obligación de información, pero ahora contemplada legislativamente de manera expresa y con particularidades específicas, no siendo suficiente una leal y completa información, sino que debe comprobarse y responsabilizarse de su comprensión, por tanto, bajo exigencias específicas, cuyo incumplimiento o defectuoso cumplimiento compromete gravemente la responsabilidad contractual. Pero no es un antídoto contra el riesgo, pues en el ámbito financiero no existe el riesgo cero, y porque el deber de información no es sinónimo de educación y pedagogía financiera para el inversor no advertido, así como por sus perfiles difusos por definición, dado que exige una adaptación; por ello, el legislador se tiene que plantear si en la configuración de estos instrumentos, como las participaciones preferentes, es admisible una desproporción tan fuerte entre los derechos y riesgos que asume el adquirente y si cabe excluir de su comercialización al inversor minorista, ¿una prohibición de no contratar, porque puede hacerse peligroso individual y colectivamente? En caso contrario, el inversor minorista tiene que dejar claro que es consciente de la contingencia específica que asume cuando decide elegir este tipo de productos; teniendo en cuenta que no evita el fraude el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, cuando prescribe que en la contratación de préstamos hipotecarios se exigirá que la escritura pública incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato, el otorgamiento de las escrituras ya implica la obligación del notario de leerla y asesorar al firmante.

De esta manera, ante la adversidad sólo hay: o el inversor a quien se ha informado debidamente y asume sus consecuencias o el inversor minorista frente a quien no se cumplieron o se cumplieron defectuosamente las advertencias

¹¹⁴ MOLFESSIS, N., «De l'obligation de renseignement à l'éducation juridique du contractant», en *Mélanges en l'honneur du professeur J. Hauser*, París, 2012, págs. 928, 943 y 949.

¹¹⁵ BAUDOUIN JURDANT, B., «La colonisation scientifique de l'ignorance», *Alliage*, déc. 2007, núm. 61, esta transmisión popular del saber es ilusoria.

¹¹⁶ Sobre esta relación, vid. de nuevo, MOLFESSIS, N., *De l'obligation de renseignement...*, cit. pág. 949.

legales, en cuyo caso tiene a su disposición, del modo que hemos analizado, los clásicos instrumentos del Derecho contractual; al margen de las sanciones administrativas y otras responsabilidades; esto debe implicar la producción de los efectos propios de la declaración judicial en cada caso, sin concentrar o tratar el perjuicio reparable como una pérdida de oportunidad. Pero lo que resulta sorprendente son los circunloquios y los parcheos legislativos que se han ido disponiendo en la resolución del problema de las participaciones preferentes, que hemos tomado como específico, para paliar una situación que se hubiera resuelto con simplicidad si no se hubieran dejado derivar sucesivas prácticas poco ortodoxas y no se retorcieron algunos instrumentos del Derecho, como hemos visto. No hay que contentar a todos, simplemente contra arbitrariedad teórica, nos recuerda ATIAS.

Como se trata de responder a los diferentes agentes en el mercado y a las diferentes necesidades, hay una diversa protección, en este sentido es importante hacer una distinción: los inversores minoristas no son exactamente consumidores, pero merecen, como hemos visto, un tratamiento jurídico protector diferenciado como el de éstos: cabe aplicarles, por supuesto, los preceptos correspondientes del Código Civil sobre error y dolo y las normas de la LMV y la Orden del EHA de 2011 derivadas de las dos MiFID —2004 y 2006—, pero no directamente la LCGC de 1998 ni el Texto Refundido de consumidores del 2007. Pero, si pretenden ser consumidores (quieren depósito a plazo fijo) y les colocan las preferentes (serían inversores, cosa que no quieren), sí se les aplicaría el Derecho de la imposición del contenido contractual a los consumidores, con control de inclusión y de contenido, nulidad de cláusulas abusivas, etc., como ocurre en el caso de los préstamos hipotecarios. Dicho de otro modo, ¿se transforma en inversor (partícipe preferente) a alguien que quiere ser consumidor (depositante)?, no, sigue siendo consumidor. Si una persona cree que es consumidor y desea serlo debe ser protegido en virtud del TR de 2007, además de por el Código Civil, aunque el contrato firmado no sea de consumidor, sino de partícipe, aunque el contrato sea inválido total o parcialmente, la conducta del banco debe caer en el ámbito del consumidor y MiFID. Esto es importante para evitar manipulaciones dentro del derecho de consumidores, que pueda realizar el predisponente o contratante fuerte frente al consumidor, que es alterar de manera artificial el supuesto de hecho¹¹⁷; es decir, evitar el caso sorprendente de que una persona quiera ser simplemente un depositante, por lo tanto, consumidor, y lo conviertan en inversor (adjudicándole las participaciones preferentes que no quería). El error provocado por dolo, o sin dolo, relevante, productor de nulidad, puede recaer acerca de la índole de la relación que contrae la parte más débil con la entidad finan-

¹¹⁷ CLAVERÍA GOSALBEZ, L. H., *Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas*, Bosch, Barcelona, 2008.

ciera, ésta y los documentos lo reputan inversor y él cree ser consumidor, por ejemplo, depositante o cuenta correntista, ¿qué le aplica el jurista?, el Código Civil, los artículos 1266 y 1301, MiFID, LMV, Orden EHA 2011, ¿pero se le aplica, si hay condiciones generales, el Decreto de 2007?, sí, si él pretende ser consumidor. La diferenciación, pues, es importante a la hora de delimitar más correctamente su tratamiento jurídico.

Quizá sea más factible superar la categoría de consumidor y crear una protección simplemente del «contratante más débil»¹¹⁸, hacer una categoría más amplia, con aplicación a los pequeños inversores.

Esta normativa no deja de advertir, como se ve, la influencia de los procesos de masificación. La estandarización de la materia contractual y la necesidad de agilización del tráfico jurídico-económico han producido una nueva normativa que sitúa en su núcleo central la preocupación por la justicia contractual, y el Derecho ha reaccionado protegiendo a la parte más débil en la contratación en masa, desde un ámbito añadido por el nuevo reto de la globalización. Por esta vía, se ha producido una tal «influencia del Derecho del consumo sobre el Derecho común de los contratos y sobre todo el sistema jurídico, que algunos ven en el Derecho del consumo el futuro Derecho común del contrato», «el vector de una renovación de la teoría general del contrato»¹¹⁹. Esta influencia ha hecho que la noción de contrato sea menos percibida como un acuerdo de voluntades, que como un compromiso creador de una expectativa legítima, apareciendo la teoría del contrato relacional, según BUSSEUIL, como el nuevo parangón del Derecho Privado europeo, como clave para la explicación unitaria del Derecho europeo de contratos; de manera, que el fundamento del contrato «no es ya unitario, sino pluralista»¹²⁰. Esta influencia ha revelado también la insuficiencia de la regulación contenida en el Código Civil y en el Código de comercio en lo que se refiere al proceso de formación del contrato y a su perfección, que contrasta con la importancia que tales aspectos han ido cobrando tanto desde el punto de vista jurídico, como económico. Y sobre ello se han producido los principales problemas de comercialización de las participaciones preferentes. En cuanto a la perfección del contrato y lo que para nosotros podría tener relevancia, debe resaltarse la importancia cada vez mayor de los sistemas de temporización del contrato, dirigidos a permitir una mejor formación de la voluntad contractual a favor de la parte más débil, proporcionado con la debida antelación, hecho que no se refuerza demasiado en la normativa.

A su vez, la evolución de esta concepción tiene su correlativo reflejo en el ámbito de la responsabilidad, favoreciendo la viabilidad de indemnizaciones

¹¹⁸ Incluidos los empresarios suministradores.

¹¹⁹ BUSSEUIL, G., *Contribution à l'étude de la notion de contrat en droit privé européen*, en LGDJ, París, 2009, pág. 334.

¹²⁰ Ib., pág. 681.

con una función de socialización, y hay que tener presente que esta vía tiene sus riesgos. Se está viendo en algunas propuestas para la resolución de los problemas originados por la comercialización de las participaciones preferentes, cuyo tratamiento tiene que contenerse dentro de los efectos jurídicos de su respectiva calificación jurídica, y no dentro de esa idea que concibe a la sociedad como fuente aseguradora de todos los riesgos. La evolución que ha llevado a una inflación de la responsabilidad tiene un coste económico importante y no puede abrirse la puerta a todos los excesos; cada vez más está presente en este ámbito la abstracción y los conceptos imprecisos¹²¹, por donde pierde coherencia y rigor el fundamento y las funciones de la responsabilidad. Estos límites están por redefinir a la vista de la expansión de las actividades y factores derivados del desarrollo tecnológico y de otras realidades a las que el Derecho se hace cada vez más sensible.

RESUMEN

CRISIS FINANCIERA PARTICIPACIONES PREFERENTES

Buena parte de los desastres financieros han tenido su origen en montajes especulativos a través de la ingeniería financiera, coincidiendo, a menudo, crisis y productos financieros de creciente complejidad y opacidad. La promoción de nuevos medios jurídico-financieros destinados a favorecer el desarrollo y la reorganización de estructuras empresariales y bancarias constituye un riesgo en el ámbito de las inversiones; la última experiencia la aporta el fenómeno de las participaciones preferentes o la deuda subordinada. La solución a los problemas sociales y económicos que han originado tiene que ser a la vez política y jurídica, la correcta decisión política es también jurídica. El Derecho es la racionalización de la acción política, casi siempre con contenido y alcance económico. Su estudio, cara a posibles propuestas de lege ferenda, requiere un análisis de las pautas de conducta de los diferentes agentes en el

ABSTRACT

FINANCIAL CRISIS PREFERRED SHARES

A good many financial disasters stem from set-ups designed for speculation through financial engineering. Often crises coincide with financial products of increasing complexity and opacity. It is a risky proposition, investment-wise, to push new legal and financial measures through to favour the development and reorganisation of business and banking structures; the most recent experience on that topic had to do with preferred shares, or subordinated debt. Any solution to the social and economic problems they have created has to be both political and legal. The correct political decision will also be a legal decision. Law is the rationalisation of political action, and it almost always refers to and affects economic matters. De lege ferenda, what is required is analysis of the patterns of conduct of the different market agents and the evolution of Spanish legislation, which reinforces contract

¹²¹ Vid., en este sentido, TOURNEAU, P. H., «Responsabilité», en *Enc. Dalloz*, Rep. Droit civil, t. X, 2009, pág. 11.

mercado y de la evolución de una normativa marcada por un reforzamiento de las condiciones contractuales, vinculando la peculiar aportación del sistema financiero en la gestión de los riesgos al proceso y desarrollo del Derecho contractual.

conditions. Such analysis could forge a link between the financial system's special contribution to risk management and the process and development of contract law.

(Trabajo recibido el 3-6-2013 y aceptado para su publicación el 31-7-2013)

Fraccionando el dominio: las tenencias intermedias para facilitar el acceso a la vivienda¹

por

DR. SERGIO NASARRE AZNAR
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Rovira i Virgili

y

DR. HÉCTOR SIMÓN MORENO
Investigador Postdoctoral
Universidad Rovira i Virgili

SUMARIO

LISTA DE ABREVIATURAS.

1. LA INSUFICIENCIA DE LA DICOTOMÍA VIVIENDA EN PROPIEDAD-VIVIENDA EN ALQUILER.
2. CONCEPTO Y ROL DE LAS TENENCIAS INTERMEDIAS EN EL ACCESO A LA VIVIENDA.
3. LOS MODELOS DE TENENCIAS INTERMEDIAS:
 - 3.1. LA INSUFICIENCIA DE LAS TENENCIAS INTERMEDIAS «TRADICIONALES».
 - 3.2. QUÉ PUEDEN APORTAR UNAS «NUEVAS» TENENCIAS INTERMEDIAS.
 - 3.3. LA EXPERIENCIA DE LA *SHARED OWNERSHIP* INGLESA.

¹ Este artículo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación «Las tenencias intermedias para facilitar el acceso a la vivienda», del Ministerio de Economía y Competitividad, Proyectos de Investigación Fundamental no Orientada (DER 2012-31409), dirigido por el doctor Sergio NASARRE AZNAR. Del mismo modo, el estudio parte del artículo de opinión elaborado por encargo de la Diputación de Barcelona, Gerencia de Servicios de Vivienda, Urbanismo y Actividades, programa «Governs locals i polítiques d'habitatge. Balanç i reptes» del Observatorio Local de la Vivienda en junio de 2012, enmarcado a su vez en el Proyecto de Investigación «Nuevas figuras de acceso a la vivienda» de la Agencia de la Vivienda de la Generalidad de Cataluña, de diciembre de 2011, dirigido, a su vez, por el doctor NASARRE.

4. LA PROPIEDAD COMPARTIDA.
 5. LA PROPIEDAD TEMPORAL.
 6. LA PROPIEDAD FRACCIONADA EN NUESTRO SISTEMA CONSTITUCIONAL DEL DOMINIO:
 - 6.1. LA PROPIEDAD EN EUROPA Y EL CONTENIDO FUNDAMENTAL CONSTITUCIONAL.
 - 6.2. LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL.
 - 6.3. LA IMBRICACIÓN DE LA PROPIEDAD COMPARTIDA Y DE LA PROPIEDAD TEMPORAL EN NUESTRO SISTEMA DOMINICAL.
 7. CONCLUSIONES.
- LISTA DE FIGURAS.
- LISTA DE TABLAS.
- LISTA DE JURISPRUDENCIA.
- LISTA DE LEGISLACIÓN.
- BIBLIOGRAFÍA.

LISTA DE ABREVIATURAS

Art.	Artículo.
CC	Código Civil español de 1889.
CCC	Código Civil de Cataluña.
CE	Constitución Española.
LAU	Ley de Arrendamientos Urbanos.
LH	Ley Hipotecaria de 1946.
LTV	<i>Loan to Value</i> .
LPH	Ley de Propiedad Horizontal.
RH	Reglamento Hipotecario de 1947.
SOCIMI	Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
TS	Tribunal Supremo.
UE	Unión Europea.

1. LA INSUFICIENCIA DE LA DICOTOMÍA VIVIENDA EN PROPIEDAD-VIVIENDA EN ALQUILER

Las cifras macroeconómicas revelan que de 2007 a 2011 se han producido en España 330.000 ejecuciones hipotecarias por impago de préstamos o créditos garantizados con inmuebles². Que ha habido una disminución de transacciones de viviendas en 2011 del 29,3 por 100 en relación a 2010³, lo que evidencia que a pesar de la disminución de los precios de los inmuebles, la vivienda no parece ser aún lo suficientemente asequible, dada la coyuntura económica y financiera actual. Que los índices de pobreza en España son elevados⁴, lo que queda corroborado por el estudio de la *Fundación Encuentro*⁵, que indica que a lo largo de 2009 el 13 por 100 de los españoles habían recibido ayuda económica de familiares y un 13,5 por 100 lo había hecho en especie (ropa, comida, atención personal), porcentaje que aumenta entre los jóvenes al 29,7 por 100. Que el 37 por 100 de la población entre 18 y 35 años considera el acceso a la vivienda como uno de los problemas más importantes de la juventud española⁶, lo que también está en relación con el estudio EUROSTAT⁷, que revelaba ya en 2007 que la principal causa de que los jóvenes españoles estuvieran viviendo tanto tiempo en el hogar paterno era por culpa de la falta de vivienda asequible.

Si a estos datos añadimos que España tiene una de las tasas de vivienda en alquiler más bajas en Europa (lo que ha conllevado poca oferta, a menudo poca calidad y precios altos)⁸, lo que ha empujado a las familias, independien-

² CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Datos sobre el efecto de la crisis en los órganos judiciales 3T 2011*, disponible en www.poderjudicial.es, en «Estadística». Falta desglosar cuántas de estas ejecuciones corresponden a primera vivienda. El informe de la ASOCIACIÓN HIPOTECARIA ESPAÑOLA, *Actividad hipotecaria de octubre 2011 y previsiones 2012* (www.ahe.es), señaló que la tasa de dudosidad estaba en el 2,63 por 100 en 2011, mientras que en 2010 era del 2,58 por 100.

³ Puede verse en <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/03/07/suivienda/1331111088.html>. Los datos estadísticos en <http://www.fomento.gob.es/BE2/?nivel=2&orden=34000000>. Consulta el 19-9-2013.

⁴ Atendiendo al índice de *The Economist*, publicado el 9-2-2012, España se encontraba en 2011 en el 6.º país de entre los 92 evaluados en pobreza, atendiendo a la tasa de paro más la tasa de inflación. Puede verse en <http://www.economist.com/blogs/graphicdetail/2012/01/daily-chart-0>. De hecho, el 2-3-2012 el Gobierno anunció que en 2012 el paro podría afectar a seis millones de personas (<http://www.elmundo.es/elmundo/2012/03/02/economia/1330692649.html>). Consulta el 19-9-2013.

⁵ FUNDACIÓN ENCUENTRO, *Informe España 2011. Una interpretación de su realidad social*, pág. 191 (se puede encontrar en <http://www.fund-encuentro.org/>).

⁶ CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOLOGICAS (CIS). Estudio 2835, 27 de abril de 2010. Disponible en <http://www.cis.es>.

⁷ EUROSTAT, *Youth in Europe. A statistical portrait*, 2009 Ed., pág. 31 (se puede encontrar en http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-78-09-920/EN/KS-78-09-920-EN.PDF). Consulta el 19-9-2013.

⁸ Ver la estadística más reciente en EUROSTAT, *Population by tenure status, 2009*, en http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php?title=File:Population_by_tenu-

temente de su capacidad de repago, a adquirir vivienda en propiedad (lo que les ha reportado un gran esfuerzo económico), podemos concluir que la dicotomía dominio-alquiler, tal y como viene configurada en nuestro sistema jurídico, no está dando una respuesta óptima a las necesidades de vivienda de las familias y, por tanto, está incumpliendo el mandato que prevé el artículo 47 CE destinado a los poderes públicos que deben facilitarles el acceso a una vivienda digna. Tal y como dice el informe EUROSTAT sobre Exclusión Social⁹ una *access to affordable accommodation of an acceptable quality may be considered as a basic human need*, lo que contrasta con la opinión del Presidente William J. Clinton en 1994 de que «más americanos deberían tener sus propias casas, por razones que son económicas y tangibles, y razones que son emocionales e intangibles, pero que van al corazón de lo que significa albergar, alimentar, expandir el Sueño Americano»¹⁰; ello llevó a políticas que comportaban necesariamente la generalización de las hipotecas *subprime* en Estados Unidos y el inicio de la actual crisis mundial¹¹.

Atendiendo a las cifras expresadas, una de las consecuencias inmediatas de dicha crisis es que muchas familias que compraron una vivienda en el periodo 1994-2007 se encuentran en una situación de sobreendeudamiento, por lo que peligra su tenencia. A ello coadyuva que aquellas que están de alquiler han venido tradicionalmente asumiendo hasta el doble de costes que aquellas que tenían una vivienda en propiedad, lo que parece contradictorio¹², además de la tradicional falta de estabilidad para el inquilino más allá de los primeros cinco años de alquiler (arts. 9 y 18 Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos¹³), de la idea de que está viviendo en casa ajena (arts. 2.2, 8, 23 y 27.2 LAU) y de la desconfianza y la incertidumbre de los propietarios¹⁴.

re_status_2009_(1)_(%25_of_population).png&filetimestamp=20120110104744. Consulta el 19-9-2013.

⁹ EUROSTAT, *Combating poverty and social exclusion. A statistical portrait of the European Union*, 2010 Ed., pág. 84.

¹⁰ La traducción al castellano es libre.

¹¹ Un patrón que curiosamente coincide con el sucedido en España tras la aprobación de la Ley de Medidas de Reforma del Sistema Financiero [Ley 44/2002, de 22 de noviembre (BOE de 23 de noviembre de 2002, núm. 281, pág. 41273)] que autorizó a las entidades de crédito a titularizar hipotecas *subprime* [que no cumplen con los requisitos del art. 5 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, del Mercado Hipotecario (BOE de 15 de abril de 1981, núm. 90, pág. 8148)], es decir, a transferir el riesgo de impago de las mismas a terceros, generando la misma problemática moral que en Estados Unidos, al no existir por ello incentivos para dichas entidades para conceder hipotecas de calidad.

¹² Son cifras de 2007 recogidas en EUROSTAT, *Combating poverty...*, pág. 88.

¹³ BOE de 25 de noviembre de 1994, núm. 282, pág. 36129. Con la entrada en vigor de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del alquiler de viviendas (BOE de 5 de junio de 2013, núm. 134, pág. 42244), este plazo se ha reducido a tres años.

¹⁴ A pesar de las últimas reformas de la LEC para incrementar la rapidez de los desahucios, en muchas ciudades la eficacia no depende tanto de los nuevos plazos y procedimientos de la ley sino de los recursos de la Administración de Justicia para llevarlos a cabo y que a menudo

No parece tampoco que las políticas públicas de fomento del alquiler (fracaso de los Fondos de Inversión Inmobiliaria, de las SOCIMI, de la Sociedad Pública de Alquiler, etc.¹⁵) hayan contribuido a su generalización efectiva ni a la vertebración y profesionalización de un adecuado mercado de vivienda en alquiler.

Dicho esto, no estamos de acuerdo con que la preferencia de la vivienda en propiedad de los españoles sea una cuestión consustancial a estos, algo característico nuestro, histórico (es sólo, de hecho, un fenómeno relativamente reciente) e inmutable (propietarismo estructural), a lo que, por lo tanto, debe dársele satisfacción mediante políticas de vivienda encaminadas al fomento de la propiedad privada. Estamos, en cambio, más en la línea de KEMENY¹⁶, el cual señala que las «preferencias» o «actitudes» de las personas hacia una forma de tenencia de la vivienda son irrelevantes cuando se contextualizan en un conjunto de valores e ideologías imperantes en una sociedad¹⁷. Así, la importancia de las casas adosadas, la acumulación de viviendas y de otros bienes, o la importancia del coche o coches privados son propias de sociedades con vivienda en propiedad; en cambio, dice, son propias de sociedades de vivienda en alquiler la generalización de los pisos en alquiler, los estilos de vida centrados en la ciudad y el transporte público, la infraestructura urbana desarrollada y un cierto desarrollo del estado social (por ejemplo, Alemania). Por lo tanto, sigue el autor, las preferencias de tenencia actuales son el resultado y no la causa de los sistemas de tenencia.

Así, tal y como ha sucedido en España en los doce años de boom inmobiliario recientes (1995-2007), en una sociedad en que los propietarios, gracias a las políticas públicas de vivienda, han venido obteniendo sustanciosos beneficios (fiscales, plusvalías, en los Planes de Vivienda, etc.), mientras que el acceso a la vivienda en alquiler quedaba marginado de éstas en la práctica, causando su estigmatización (no subsidiado, poco estructurado ni profesionalizado, poco rentable¹⁸) y restricción (poca oferta, cara y de escasa calidad) estaba claro que

son insuficientes, pudiendo tardar el desahucio efectivo, incluso después de las reformas, más de seis y doce meses en algunos casos.

¹⁵ Sobre el fracaso de estos mecanismos, ver NASARRE AZNAR, Sergio, «La insuficiencia de la normativa actual sobre acceso a la vivienda en propiedad y en alquiler: la necesidad de instituciones jurídico-privadas alternativas para facilitar el acceso a la vivienda. Algunas propuestas», en Sergio NASARRE (dir.), *El acceso a la vivienda en un contexto de crisis*, Madrid, 2011, Ed. Edisofer, págs. 143 a 146. Ver, además, como recientemente se ha desmantelado después de siete años de ineficiencia (desde 2008 en quiebra) la Sociedad Pública de Alquiler (<http://www.elmundo.es/elmundo/2012/03/15/suvivienda/1331840835.html>). Consulta el 19-9-2013.

¹⁶ KEMENY, Jim, *The myth of homeownership. Private versus public choices in housing tenure*, Londres, 1981, Routledge & Kegan Paul Ltd.

¹⁷ En KEMENY, Jim, *The myth of homeownership*, págs. 62 y 63.

¹⁸ En todo ello coinciden teóricos y prácticos. Ver, por ejemplo, la reseña de Javier BURÓN del *Seminario sobre la vivienda en alquiler. Situación actual y perspectiva de futuro*, organizado en abril de 2012 por la Asociación para el Desarrollo del Alquiler (ADA) (www.ada.es).

debía existir una gran preferencia de las familias por la vivienda en propiedad, como así ha sucedido. Coincidimos, además, con los estudios en Gran Bretaña en que incluso el reciente ligero incremento detectado en España de viviendas en alquiler es más por motivos económicos —una ligera mayor asequibilidad— que por libre opción¹⁹. Por todo ello, consideraba KEMENY ya en 1981 necesario plantear formas alternativas de tenencia (*possibility of tenure choice, variety and free competition*) que pudiesen competir con la vivienda en propiedad; se trata de desarrollar políticas públicas neutrales en cuanto a la forma de tenencia en un contexto de incremento del bienestar social en general.

Las soluciones que en nuestro país se están planteando hasta el momento a la cuestión de la vivienda son parciales y la mayoría de ellas de carácter paliativo y no estructurales. Así, los debates planteados en torno a la dación en pago²⁰ o a la potenciación de la mediación hipotecaria como sistema de resolución de conflictos pretenden, en cierta medida, ayudar a resolver la coyuntura actual, pero no son mecanismos pro futuro, estructurales, en el sentido de que sean soluciones que perduren en el sistema y prevengan futuros excesos en el ámbito inmobiliario. Así, por ejemplo, el primero ya se ha revelado inviable como solución estándar para resolver impagos de préstamos hipotecarios allí donde está presente²¹ y, el segundo, se trata de un proceso por definición voluntario (también por parte de la entidad de crédito) y de eficacia, por tanto, limitada, y tiene carácter reactivo, es decir, cuando ya ha producido el impago²².

Otras medidas, las menos, deberían no pensar tanto en resolver o paliar (el *pacta sunt servanda* es un principio bien establecido en nuestro derecho, así

asdeal.org/) en <http://leolo.blogspot.com/archive/2012/04/23/seminario-sobre-el-presente-y-futuro-de-la-vivienda-en-alqui.html>. Consulta el 19-9-2013.

¹⁹ NATIONAL HOUSING FEDERATION, *Funding future homes: executive summary and discussion*, 2012, NHF y Departamento de Land Economy-Universidad de Cambridge, pág. 2.

²⁰ Ver sobre ello, NASARRE AZNAR, «Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 727, págs. 2712 a 2724. Un trasunto de ello aparece ya legislado en el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo (BOE de 10 de marzo de 2012, núm. 60, pág. 22492) para los deudores hipotecarios sin recursos.

²¹ La ejecución limitada en la finca, un sistema similar a la dación en pago, sólo está obligada por ley en once Estados de Estados Unidos (pero en ningún país de Europa) y ha provocado en estos estados un mayor número de impagos de hipotecas tanto para una mayor imposibilidad relativa de repago (al ser la garantía para el prestamista menor que si el deudor respondiera con la totalidad de su patrimonio, los préstamos son sustancialmente más caros) como el fenómeno de los *walkers* o deudores que pudiendo pagar, no lo hacen porque lo que deben es más de lo que vale el inmueble (con las negativas consecuencias que ello tiene para el mercado hipotecario). Ver el debate en el Parlamento de Cataluña al respecto el 26-7-2011 (http://www.parlament.cat/web/actualitat/canal-parlament/videos?p_cp1=997482&p_cp2=997671&p_cp3=111&p_cp22=cerca). Consulta el 19-9-2013.

²² De hecho, toda mediación con consumidores ha quedado expresamente excluida del Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE de 6 de marzo de 2012, núm. 56, pág. 18783) por su artículo 2.2.

como la libertad de contratación y la inconstitucionalidad que supone detraer a alguien un bien o un derecho por ley —expropiar— sin la correspondiente compensación²³) la problemática coyuntural sino en evitar que la situación presente no se vuelva a repetir o, al menos, que sea más difícil de que se vuelva a repetir (soluciones estructurales). Entre éstas se tienen que contar las tenencias intermedias cuya función, estructura, conveniencia y constitucionalidad analizamos en el presente trabajo.

2. CONCEPTO Y ROL DE LAS TENENCIAS INTERMEDIAS EN EL ACCESO A LA VIVIENDA

Desde nuestro punto de vista, atendiendo a los datos hasta ahora desgranados, los retos principales en política de vivienda deberían ser la reducción del stock de vivienda (tanto privado como público), los problemas de liquidez de las entidades de crédito que repercute en la insuficiencia de la financiación de las familias, evitar un nuevo sobreendeudamiento familiar, crear un contexto favorable al endeudamiento responsable (ahorro) y al crédito responsable y, finalmente, flexibilizar (dar más alternativas reales) el acceso a la vivienda mediante nuevas formas de tenencia que combinen asequibilidad, flexibilidad y estabilidad²⁴. La estrategia que sugerimos es, pues, apostar por el desarrollo de estas fórmulas de tenencias intermedias y demostrar su consonancia constitucional²⁵.

Las tenencias intermedias representan un mecanismo de partenariat público-privado (vivienda social)²⁶ o de iniciativa únicamente privada (vivienda libre) que supere la dicotomía «alquiler vs dominio», transformándolo en un sistema de «alquiler & dominio», incentivando positivamente²⁷ que los propietarios de viviendas vacías las abran al mercado para que sean efectivamente ocupadas. Las tenencias intermedias pueden constituir, de hecho, una auténtica tercera vía de tenencia inmobiliaria que se libera de la provisionalidad del alquiler y de la

²³ En definitiva, la línea argumental para sostener la validez y la invariabilidad de los préstamos hipotecarios concedidos durante el boom inmobiliario es que, a falta de vicios del consentimiento de los deudores, los pactos deben respetarse y que detraer derechos a la entidad de crédito retroactivamente implicaría una expropiación forzosa sin compensación, prohibida por la Constitución. Ver NASARRE AZNAR, *Malas prácticas bancarias, in toto*.

²⁴ Ver *infra* el punto 3.2 que analiza estos retos u objetivos en clave de las dos formas de tenencias que proponemos: la propiedad compartida y la propiedad temporal.

²⁵ Vid. *infra*, punto 6.

²⁶ Que puede reducir el gasto público en políticas de vivienda social.

²⁷ En el ámbito catalán se habían introducido en la ley (párrafos 6 y 7 de la Ley 18/2007) incentivos negativos, es decir, sanciones de naturaleza administrativa y civil por el mero hecho de tener una vivienda vacía, como la expropiación del usufructo de la misma. Esta posibilidad ha quedado derogada recientemente por la Ley 9/2011, de 29 de diciembre (DOGC 30-12-2011, núm. 6035, pág. 66432).

onerosidad de la propiedad completa²⁸. Se trata, en definitiva, de aprovechar lo que está construido y de dar el contexto legal para que se ocupe efectivamente.

Concebimos a las tenencias intermedias de forma general, es decir, para poderse desarrollar tanto en el mercado privado (desarrollo de la correspondiente normativa de Derecho Civil) como, con las modificaciones adecuadas, para poder ser utilizadas también como forma de tenencia de vivienda social. En este último sentido, las tenencias intermedias bien pueden sustituir la vivienda social en propiedad, de modo que la Administración puede centrarse en el desarrollo de la vivienda social de alquiler para los menos favorecidos, lo que parece a todas luces prioritario, especialmente en un contexto de pocos recursos públicos²⁹.

Con las tenencias intermedias, además, se rebaja el coste por vivienda, se asegura la estabilidad de las familias en la tenencia y su asequibilidad³⁰. Éstas, en las jurisdicciones donde están presentes, representan, de hecho, una tercera vía para favorecer a las familias con recursos insuficientes para adquirir la tenencia estable de una vivienda, sin necesidad de que se sobreendeuden³¹, de que se tengan que «conformar» con un alquiler³² o de que no califiquen para una vivienda social

²⁸ Las virtudes y lastres de cada forma de tenencia pueden hallarse en NASARRE AZNAR, *La insuficiencia de la normativa...*, pág. 125.

²⁹ Ver el estudio comparativo donde se evidencia la insuficiencia de nuestro 2 por 100 de vivienda pública en alquiler en INURRIETA BERUETE, Alejandro, *Mercado de vivienda en alquiler en España: más vivienda social y más mercado profesional*, Madrid, 2007, Fundación Alternativas, Working Paper 113/2007, págs. 27 a 33. Diponible en: <http://www.falternativas.org/content/download/17679/493250/version/1/file/Mercado+de+vivienda+en+alquiler+en+España.pdf...> Consulta el 19-9-2013. Ver también LEAL, Jesús, «La política de vivienda en España», en *Documentación social. Revista de estudios sociales y sociología aplicada*, núm. 138, Madrid, 2005, pág. 69, quién indica que sólo Grecia tiene una proporción de viviendas públicas en alquiler menor que España.

³⁰ La estabilidad en la tenencia de la vivienda habitual está tradicionalmente vinculada con una mayor implicación del vecino en la comunidad de propietarios, en su barrio y ciudad. La falta de asequibilidad provoca, a corto y medio plazo, un empeoramiento de la calidad del edificio, por impago de cuotas de comunidad y falta de rehabilitación. Ver, en este sentido, BOZALONGO, Ana, «Problemas económicos de las comunidades para la conservación de la finca», en Sergio NASARRE AZNAR (dir.), *El acceso a la vivienda en un contexto de crisis*, Madrid, 2011, Ed. Edisofer, págs. 349 y sigs.

³¹ Pensamos, además, que la tendencia europea es a prohibir la concesión de préstamos hipotecarios si, después de una evaluación de la solvencia y de la capacidad de repago del prestatario, éste no se prevé que pueda devolver el préstamo hipotecario que solicita, según se evidencia en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial [Bruselas, 31-3-2011, COM(2011) 142 final]. Así, su artículo 14.2.a) preceptúa que: «Los Estados miembros velarán por que: a) Siempre que la evaluación de la solvencia del consumidor arroje un resultado negativo en cuanto a la capacidad de este para reembolsar el crédito durante el periodo de vigencia del contrato, el prestamista deniegue el crédito».

³² De las familias que actualmente viven de alquiler en España, el 56 por 100 asegura que lo hace forzado debido a la crisis y sólo un 27 por 100 prefiere vivir de alquiler a comprar. A esto se añade una tasa de paro del 23 por 100, siendo el juvenil cercano al 50 por 100, con lo que muchas familias no pueden comprar vivienda por motivos económicos y otros

tradicional. Después de la crisis ha nacido un nuevo tipo de «demanda excluida» que, hoy por hoy, difícilmente tiene cobertura en nuestro sistema: aquellos que no pueden adquirir una vivienda en propiedad absoluta sin sobreendeudarse o para la que no encuentran financiación, pero que tienen unos recursos suficientes de manera que no pueden optar a vivienda social y que tampoco ven en el alquiler una buena opción estable. Pensamos, de hecho, que no todas las viviendas vacías (3,5 millones según el censo de 2011³³) deben ser destinadas necesariamente a alquiler (a menudo, como hemos dicho, una decisión no demasiado atractiva ni para el propietario ni para el necesitado de vivienda), sino que se pueden buscar esquemas alternativos, de tenencia más estable, como las tenencias intermedias.

«Tenencias intermedias» es una denominación genérica para apelar a una serie de formas de tenencia inmobiliaria que tienen en común el encontrarse entre el alquiler y la plena propiedad de la vivienda, a las que se podría llegar esencialmente por dos vías:

- a) La primera es la que resulta de adaptar instituciones del derecho civil tradicional, especialmente los derechos reales limitados. Este sistema implica, por definición, que la necesidad de vivienda tendrá menos facultades que el propietario del inmueble, de quien, de una manera o de otra, dependerá. Éstas son instituciones como el usufructo o el derecho de superficie. Estas formas de tenencia intermedia son las únicas que, con más o menos éxito, pueden funcionar sin una normativa *ad hoc*, pues se trata de adaptar instituciones ya suficientemente reconocidas en la situación de acceso a la vivienda. No obstante, en general, su eficacia está cuestionada, pues realmente no han podido crear hasta ahora (¡en centenares de años!) un mercado alternativo a la vivienda de alquiler y en propiedad. Lo vemos a continuación en el punto 3.1.
- b) La segunda está basada en sistemas comparados de tenencias intermedias, que llevan años desarrollándose en otros países (lo comentamos en los puntos 3.2 y 3.3 *infra*) con la misma necesidad de llenar de manera efectiva el vacío entre el alquiler y el pleno dominio. En lugar de recurrir a los derechos reales limitados, se trata de fraccionar el pleno dominio, haciéndolo así más asequible, sin perder la estabilidad. No se trataría de limitarlo en facultades (lo que sí sucede con los derechos reales limitados

no obtendrían financiación por el 100 por 100 de la vivienda al no tener ahorrado el 20 por 100 del precio y aunque lo obtuviesen lo tendrían difícil, dada la situación de liquidez de las entidades de crédito. Ver las cifras en <http://www.elconfidencial.com>, edición 10-3-12.

³³ Ver el punto 3.3 *infra* para una comparación con el mercado inglés. El relator de la ONU en 2008 para la vivienda en España, en ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado*, señor Miloon KOTHARI. Misión a España, A/HRC/7/16/Add.2, 7-2-2008, págs. 11 y 12, se pronunció en los siguientes términos: «España tiene el mayor número de casas deshabitadas de la Unión Europea».

y, aún más, al alquiler) sino de ponerle otro tipo de condicionantes, como el tiempo o el fraccionamiento porcentual del dominio (adquisición progresiva). La ventaja esencial de este tipo de tenencias intermedias es que el necesitado de vivienda es propietario desde el primer momento y se siente como tal, evitando su sobreendeudamiento, pudiendo financiar su adquisición (la onerosidad para la entidad de crédito se reduce considerablemente) y da estabilidad a la tenencia, en tanto que el derecho a habitar en aquel inmueble como propietario se consolida, bien progresivamente bien temporalmente, en el patrimonio del necesitado de vivienda. Dado que dicho fraccionamiento podría comportar *ab initio* dudas de constitucionalidad y de incompatibilidad con el concepto tradicional de dominio en nuestro sistema, esta cuestión es tratada en detalle en el punto 6 *infra*.

Por lo tanto, tal y como lo ha definido la doctrina economicista se trata de buscar fórmulas que constituyan un *continuum* entre el alquiler y el pleno dominio, a las que puedan optar aquellos que no califiquen para vivienda de protección oficial (por tener rentas más elevadas) pero que objetivamente tampoco puedan hacer frente a la compra en propiedad absoluta de una vivienda en el mercado libre sin sobreendeudarse, ni tampoco consideren el alquiler como una opción dado que quieren disfrutar de estabilidad. Los grupos que, *a priori*, se podrían beneficiar son familias con ciertos recursos económicos y capacidad de ahorro, los jóvenes y los profesionales durante su vida laboral en una gran ciudad donde escasea la vivienda libre asequible.

Desde un punto de vista de asequibilidad de la vivienda, reproducimos a continuación la Figura 1 donde se muestran los diferentes tipos de tenencia³⁴:

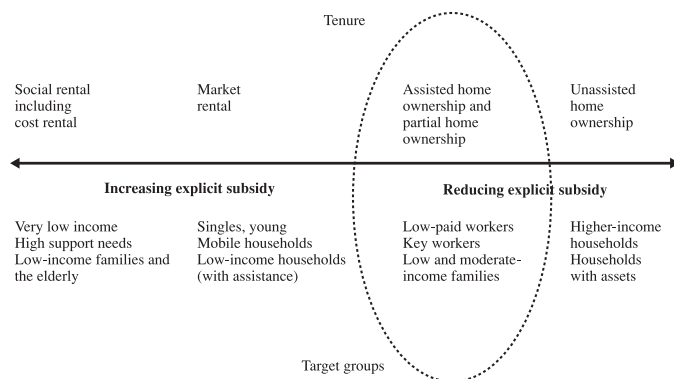


Figura 1. El continuum y las tenencias intermedias. Fuente: Monk y Whitehead (2010).

³⁴ Extraída de MONK, S. y WHITEHEAD, C., *Making Housing More Affordable – The Role of Intermediate Tenures*, Oxford, United Kingdom, 2010, Ed. Wiley-Blackwell, pág. 21.

La finalidad de esto es dar más posibilidades a las familias de escoger. Es decir, que aquellas familias que quieran optar por una tenencia más estable en relación a su vivienda que el alquiler lo puedan hacer sin necesidad de sobreendeudarse. No se trata, pues, de empujar, como se ha hecho durante el periodo del *boom*, a las familias que no quieran alquilar a comprar una vivienda a la que objetivamente no pueden hacer frente, financiándolos hasta el 100 por 100 y más allá, sino en hacer la propiedad de la vivienda más asequible a través de flexibilizar el dominio para adaptarlo a las necesidades de cada familia. Así, tal vez no necesiten/quieran ser los propietarios del suelo, tal vez no les haga falta una vivienda en propiedad a perpetuidad sino que les bastaría con una por cuarenta años, tal vez fuera suficiente si pudieran pagar (y sólo financiar inicialmente) un 20 por 100 de la vivienda y luego darles la opción de escalar y de adquirirla progresivamente, etc.

3. LOS MODELOS DE TENENCIAS INTERMEDIAS

3.1. LA INSUFICIENCIA DE LAS TENENCIAS INTERMEDIAS «TRADICIONALES»

Hoy por hoy, si bien nuestro ordenamiento jurídico prevé algunos mecanismos (esencialmente, derechos reales como el uso, la habitación, el usufructo o el derecho de superficie; pero también contratos como el arrendamiento con opción de compra o, incluso, situaciones de concurrencia de dos titularidades de distinta naturaleza como el censo enfiteútico) que podrían ser utilizados como tenencias intermedias, la realidad es que ninguno de ellos ha servido para cohesionar realmente una tercera opción —a la propiedad y al alquiler— para acceder a una vivienda.

La problemática general es que son instituciones que o bien no están bien perfiladas para ejercer esa función (por ejemplo, los derechos de uso y de habitación siguen teniendo un importante componente asistencial en el Código Civil) o bien, a pesar de estarlo (como el derecho de superficie), su eficiencia, al menos, puede ser optimizada para generalizar su uso.

En cuanto a lo primero, algún estudio aproximativo³⁵ ya ha evidenciado las importantes diferencias entre la *shared ownership* inglesa (de la que partimos para la propiedad compartida aquí propuesta) y el contrato con opción de compra y entre el *leasehold* inglés (del que extraemos la propiedad temporal) y los diversos tipos de censo en España, en las que se puede hallar la clave para comprender cómo tanto la *shared ownership* como el *leasehold* en Inglaterra sí han conseguido vertebrar ese tercer mercado de tenencias para el acceso a

³⁵ FERRÁNDIZ GABRIEL, Carlos, y NASARRE AZNAR, Sergio, «Métodos alternativos de acceso a la vivienda en Derecho Privado», en *Iuris*, núm. 158, marzo de 2011, págs. 80 a 82.

la vivienda mientras que no lo han hecho figuras, hasta cierto punto, parecidas en nuestro sistema.

En cuanto a lo segundo, nos centraremos en dos experiencias, hasta cierto punto discordantes en Madrid y en Barcelona.

Por una parte, el Plan de la vivienda de Barcelona 2008-2016 recogía el derecho de superficie como un método de tenencia en base al Decreto 255/2005, de 8 de noviembre, de actualización del Plan para el derecho a la vivienda 2004-2007³⁶ y a la propia Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda³⁷ (art. 82.1): «Se puede transmitir la propiedad plena de las viviendas de protección oficial, o bien formalizar derechos de superficie, venta a carta de gracia u otros derechos reales, así como cederlas en arrendamiento». En noviembre de 2007 el Ayuntamiento de Barcelona tomó el acuerdo de utilizar únicamente como regímenes de tenencia del Patronato Municipal de la Vivienda el alquiler y el derecho de superficie. El derecho de superficie se ha convertido desde entonces en un buen sistema alternativo de acceso a la vivienda pública, teniendo en cuenta las limitaciones de la legislación hasta el momento vigente para adoptar fórmulas de tenencias intermedias. Actualmente se encuentran finalizadas en la ciudad de Barcelona tres promociones en este régimen mientras ocho están ora en construcción ora en proyecto³⁸.

Por su parte, en Madrid desde 2010 han iniciado recientemente el camino contrario³⁹: un proceso de venta del suelo a aquellos que desde 1984 habían sido sólo superficiarios de viviendas (construidas en régimen normalmente de cooperativa) sobre suelo que hasta entonces se había mantenido municipal, situaciones originadas para más de 10.000 inmuebles (8.559 viviendas protegidas más 2.107 garajes y locales) repartidos en 108 parcelas desde el denominado «Plan 18.000», y de otras convocatorias⁴⁰. El precio del suelo a adquirir por los superficiarios será el que resulte de considerarlo dividido en tantas cuotas de suelo como pisos, anexos, garajes y locales que existan en el edificio y el

³⁶ DOGC de 10 de noviembre de 2005, núm. 4507, pág. 36207.

³⁷ DOGC de 9 de enero de 2008, núm. 5044, pág. 1609.

³⁸ Ver los detalles en http://www.pmhb.org/promocions_mapa.asp?id=3&subid=1&tipus=Dret+de+superf%EDcie. Consulta el 10-3-2012.

³⁹ Parte de esta información la extraemos del *Convenio de colaboración entre el Excmo. Ayuntamiento de Madrid —Área de Gobierno de Urbanismo y Vivienda—, y la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, S. A., para la enajenación directa y onerosa de suelo municipal a sus titulares superficiarios*, de 23-12-2009. Puede encontrarse, junto a documentación complementaria, en <http://www.madrid.es/portales/munimadrid/es/Inicio/Ayuntamiento/Urbanismo-e-Infraestructuras/Programa-de-Enajenacion-de-Suelo-Plan-18.000?vgnextfmt=default&vgnextoid=fae0de50ee376210VgnVCM1000000b205a0aRCRD&vgnnextchannel=8dba171c30036010VgnVCM100000dc0ca8c0RCRD>. Consulta el 19-9-2013.

⁴⁰ <http://www.madrid.es/portales/munimadrid/es/Inicio/El-Ayuntamiento/Medios-de-Comunicacion/Notas-de-prensa/Ya-es-posible-comprar-los-pisos-del-Plan-18.000?vgnextfmt=default&vgnextoid=f7f09aa9ac476210VgnVCM1000000b205a0aRCRD&vgnnextchannel=6091317d3d2a7010VgnVCM100000dc0ca8c0RCRD>. Consulta el 19-9-2013.

fundamento jurídico para la adjudicación directa a particulares de bienes públicos está en los artículos 1636 y 1611 CC, 107 LH y artículo 16 RH en relación al tanteo y retracto y artículos 137.4.e) y h) de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas⁴¹. Se persigue, pues, facilitar que los superficiarios acaben siendo plenos propietarios de las viviendas que ocupan. Más complicado es determinar cómo queda constituido un edificio en propiedad horizontal con propietarios de suelo y vuelo y sólo superficiarios. Si hay algún propietario que no quiere adquirir el suelo, la propiedad del vuelo revertirá al Ayuntamiento de Madrid cuando venza su derecho de superficie. Dadas las cantidades que se piden a los superficiarios (por ejemplo, por una cuota de un 2,3 por 100 del suelo se piden aproximadamente 26.000 euros más IVA y gastos de escritura y Registro), seguramente muchos de ellos precisarán de una financiación hipotecaria.

Estas dos experiencias nos revelan también las limitaciones de utilizar el derecho de superficie como una tenencia intermedia. En la Tabla 1 comparamos el modelo en la ciudad de Barcelona⁴² con las tenencias intermedias que aquí concebimos y desarrollamos en los puntos 4 y 5.

3.2. QUÉ PUEDEN APORTAR UNAS «NUEVAS» TENENCIAS INTERMEDIAS

Tal y como las hemos concebido, es decir, como instituciones que aprovechen las ventajas combinadas del dominio y del alquiler, las tenencias intermedias pueden contribuir a superar los obstáculos en los que actualmente se encuentra el acceso a la vivienda en nuestras ciudades y también pueden ayudar a conseguir objetivos deseables en relación a las políticas de vivienda.

Esto queda resumido en la Tabla 2, donde se comparan los retos que consideramos esenciales en políticas de vivienda con las dos nuevas tenencias que aquí desarrollamos: la propiedad compartida y la propiedad temporal.

Una tenencia estable pero limitada (en el tiempo o en su progresiva adquisición) en relación a la propiedad absoluta posibilita un menor esfuerzo económico para las familias, al tiempo que hay una menor necesidad de liquidez para las entidades de crédito. También favorece la reducción del stock de vivienda vacía al dar más opciones a su progresiva movilización.

⁴¹ BOE de 4 de noviembre de 2003, núm. 264, pág. 38924.

⁴² Su configuración para la experiencia de la ciudad de Barcelona la encontramos detallada, incluyendo un contrato modelo, en FORNT I PARADELL, Jaume, *El dret de superfície: la nova fórmula de l'Ajuntament de Barcelona per accedir a un habitatge protegit*, a AJUNTAMENT DE BARCELONA, «El dret de superfície: un nou règim de tinença per a l'habitatge protegit a Barcelona», sèrie *Qüestions d'habitatge*, núm. 17, octubre de 2009, pág. 5. Se puede encontrar en http://www.pmhb.org/publicacions.asp?gc_id=20236. Consulta el 19-9-2013.

COMPARATIVA ENTRE EL DERECHO DE SUPERFICIE MODELO BARCELONA 2009 CON EL OBJETIVO IDEAL DE LAS TENENCIAS INTERMEDIAS

Cuestión	Derecho de superficie, según modelo Barcelona 2009	Objetivo ideal de las tenencias intermedias (propiedad compartida y propiedad temporal)
<i>Reserva de suelo público y rotación del mismo</i>	Conceptuado para que el suelo se mantenga para la Administración. No obstante: a) poca rotación si son periodos de 75 años de derecho de superficie; b) según la experiencia de Madrid, a medio plazo se tiende a la consolidación del dominio a favor de los superficiarios. De hecho, pasa a ser una compra-venta con pago del suelo aplazado con inmovilización de suelo por 75 años por parte de la Administración; c) la destrucción de la vivienda provoca la extinción avanzada del derecho de superficie (art. 564-6.4 a <i>sensu contrario</i> del Código Civil de Cataluña, en adelante, CCC).	Otorgar efectivamente la propiedad compartida o temporal de suelo y vuelo. La propiedad temporal puede tener un efecto similar al de la superficie en relación al suelo, aunque el necesitado de vivienda es formalmente un propietario completo, con muy pocas limitaciones. En cuanto a la compartida, el necesitado de vivienda puede escalar o descender, según sus necesidades, pudiendo disponer <i>inter vivos</i> y <i>mortis causa</i> libremente de la parte consolidada con derechos de adquisición preferente a favor de la Administración. No hay problema en que el nuevo titular de la vivienda, tanto en un caso como en otro, pudieran reconstruir la vivienda en caso de destrucción de la misma.

TABLA 1 (continuación)
Comparativa entre el derecho de superficie modelo Barcelona 2009 con el objetivo ideal de las tenencias intermedias

<i>Naturaleza del derecho de los necesitados de vivienda</i>	Derecho de superficie. No obstante, utilizado así (sin necesidad de que los superficiarios construyan) distorsiona su intrínseca naturaleza (prevista en el art. 564-1 CCC y en el art. 40.1 del RDL 2/2008, de 20 de junio, del suelo ⁴³ ; también en los arts. 1655 y 1611 del CC donde se aproxima indebidamente al censo enfiteútico; SSTs 3-7-1941 y 4-7-1928), es decir, separar el dominio de suelo y de vuelo para construir. Esta «distorsión» ha quedado legalizada en los artículos 564-2 y 564-3.b) CCC y en el mismo artículo 40.1 del RDL 2/2008 ⁴⁴ .	Si tienen todas las facultades dominicales (sólo con ciertas limitaciones que implican sus límites temporales o de adquisición progresiva) se deben denominar como lo que son, propietarios, sin necesidad de distorsionar ⁴⁵ el derecho. Además, lo son tanto del vuelo como del suelo y subsuelo.
<i>Seguridad en la tenencia</i>	Duración de 75 años. Se puede prorrogar y heredar.	Duración flexible, a criterio de las partes, según sus necesidades y disponibilidades, tanto en adquisición progresiva como en adquisición temporal. Ambas se pueden transmitir <i>inter vivos</i> y <i>mortis causa</i> .

⁴³ BOE de 26 de junio de 2008, núm. 154, pág. 28482.

⁴⁴ Díez PICAZO, Luis, y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, 1997, 6.ª ed., pág. 485, ya entonces decían que la compleja regulación del derecho de superficie y su relación con el censo enfiteútico «hace que sea una figura muerta en nuestro sistema civil»; se intentó reactivar «para el fomento de edificaciones». Y siguen señalando «con la concesión de la superficie se construye en un suelo ajeno, a cambio de una contraprestación, sin necesidad de comprarlo. Se pretende así el abaratamiento de las edificaciones, por los precios cuantiosos del suelo, pero la realidad es que, pese a los intentos legislativos (Ley del Suelo, Reglamento Hipotecario) para hacer atractiva la institución mediante su regulación minuciosa, sigue sin vitalidad entre particulares». Atribuyen, en fin, el fracaso del derecho de superficie a que la sociedad no comprende la propiedad de una vivienda sin el suelo ni tampoco que se pueda obtener una renta o contraprestación (el que recibe el titular del suelo) sólo con él.

⁴⁵ Sobre la distorsión de las instituciones y sus riesgos, ver SCHWARCZ, Steven L., *Distorting legal principles*, 2010, hallable en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1532465.

TABLA 1 (continuación)

Comparativa entre el derecho de superficie modelo Barcelona 2009 con el objetivo ideal de las tenencias intermedias.

Flexibilidad en la tenencia	Media:	Alta:
1. La duración no es variable. La vivienda debe revertir necesariamente (a no ser que se hayan pactado prórrogas) cuando se agotan los 75 años. 2. No hay límite a la transmisión <i>mortis causa</i> pero la <i>inter vivos</i> está sujeta a autorización administrativa (art. 564-4 CCC). Duda: si la finalidad de este esquema es favorecer a familias con ingresos limitados, la solución para ambos tipos de transmisión es contradictoria: ¿qué pasa si el heredero no califica pero hereda igualmente? ¿Podría esto contradecir el derecho europeo al distorsionarse la competencia al subvencionarse viviendas a personas que no califican para ello? 3. ¿Contradice el Derecho europeo el hecho de que si el superficiario devuelve la vivienda en los quince primeros años recupera todo lo que ha pagado por ella? ¿Quién le paga? ¿Qué sucede con la hipoteca? 4. Necesidad de subrogarse en la hipoteca del promotor. ¿Cómo se hace si no es propietario? ¿Quién es el propietario del edificio? ¿Cómo se dividen los derechos de superficie con una hipoteca cada uno al tiempo que el edificio es de otro (en propiedad o en derecho de superficie) y también tiene una hipoteca, todo ello teniendo en cuenta que el suelo es de la Administración? 5. El superficiario no puede alquilar la vivienda. ¿Puede el superficiario darla en uso o habitación?	1. La duración no es variable. La vivienda debe revertir necesariamente (a no ser que se hayan pactado prórrogas) cuando se agotan los 75 años. 2. No hay límite a la transmisión <i>mortis causa</i> pero la <i>inter vivos</i> está sujeta a autorización administrativa (art. 564-4 CCC). Duda: si la finalidad de este esquema es favorecer a familias con ingresos limitados, la solución para ambos tipos de transmisión es contradictoria: ¿qué pasa si el heredero no califica pero hereda igualmente? ¿Podría esto contradecir el derecho europeo al distorsionarse la competencia al subvencionarse viviendas a personas que no califican para ello? 3. ¿Contradice el Derecho europeo el hecho de que si el superficiario devuelve la vivienda en los quince primeros años recupera todo lo que ha pagado por ella? ¿Quién le paga? ¿Qué sucede con la hipoteca? 4. Necesidad de subrogarse en la hipoteca del promotor. ¿Cómo se hace si no es propietario? ¿Quién es el propietario del edificio? ¿Cómo se dividen los derechos de superficie con una hipoteca cada uno al tiempo que el edificio es de otro (en propiedad o en derecho de superficie) y también tiene una hipoteca, todo ello teniendo en cuenta que el suelo es de la Administración? 5. El superficiario no puede alquilar la vivienda. ¿Puede el superficiario darla en uso o habitación?	a) La duración es variable, según convenga a las partes. b) La transmisión de la parte de la vivienda consolidada (propiedad compartida) o del total de la vivienda por el período por el que se es propietario (propiedad temporal) no está sujeta, <i>a priori</i>, a ninguna autorización, sino, en su caso, a derechos de tanteo y retracto del otro propietario. c) Nunca el propietario que accede a estas formas de tenencia las disfruta gratuitamente, sino que el propietario original siempre recibe una contraprestación económica equivalente al que pierde en dominio y posibilidad de uso en relación con el inmueble. d) No es necesario que se subrogue en la hipoteca del promotor o del propietario original, aunque lo puede hacer. e) Los nuevos propietarios pueden alquilar la vivienda o darla (o partes de él) en uso o habitación, sin perjuicio de lo que resulte de adaptar las reglas de Derecho Civil a las de vivienda social.

TABLA 1 (continuación)
Comparativa entre el derecho de superficie modelo Barcelona 2009 con el objetivo ideal de las tenencias intermedias

<i>Asequibilidad de la tenencia</i>	El derecho de superficie cuesta un 20 por 100 menos que si se adquiriera el dominio sobre el piso (art. 20.1 D 13/2010, de 2 de febrero ⁴⁶). Esta reducción no parece ser la que se debería conseguir al, teóricamente, no trasladarse el precio del suelo a los superficiarios.	Dado que aún no están desarrolladas, está por ver en cuánto se ve reducido el precio del inmueble. Pero no puede costar lo mismo una vivienda por treinta años que para siempre, ni tampoco representa la misma onerosidad una hipoteca de 300.000 euros (para toda la vivienda) que de 30.000 (del 10 por 100 del mismo) y con un plan de escalar en el dominio adecuado a la solvencia del necesitado de vivienda.
<i>Comunidad de propietarios</i>	Integración en una «comunidad de propietarios». Dado que no son propietarios, puede plantearse un problema con el artículo 553-19 CCC (que correspondería al art. 13 LPH en el resto de España).	Integración, como cualquier propietario de apartamentos en propiedad horizontal en la comunidad de propietarios.
<i>Cuestiones de gestión de las viviendas por la Administración</i>	No es necesario que la Administración gestione nada en relación con la vivienda ni se hace cargo de su mantenimiento. Dependiendo si ha sido ella quien ha hecho la promoción, si hay viviendas que no se han adjudicado, tendrán unos deberes sobre ellas. Además, ¿quién tiene los deberes sobre el edificio en sí, si el derecho de superficie es sólo sobre los apartamentos?	Dado que los adquirentes de las viviendas en estos regímenes son propietarios, en la propiedad temporal el propietario originario (ejemplo, la Administración Pública) se desentiende de cualquier gestión del inmueble, mientras que en la propiedad compartida su participación es limitada.
<i>Rol de la Administración Pública</i>	Sólo vivienda social.	Permiten la creación de un mercado de tenencias intermedias suficientemente amplio, tanto de vivienda libre como social, aliviando los costes sobre la Administración y diversificando las formas para su intervención.

⁴⁶ DOGC 11-2-2010, núm. 5565, pág. 9379.

TABLA 1 (continuación)
Comparativa entre el derecho de superficie modelo Barcelona 2009 con el objetivo ideal de las tenencias intermedias

<i>Situaciones de resolución avanzada del derecho del necesitado de vivienda</i>	1. Si no utiliza la vivienda como residencia habitual. 2. Desocuparlo por más de tres meses. 3. Arrendarla o subarrendarla a terceros. 4. Vender la vivienda sin autorización. 5. Incumplimiento de los deberes de conservación y rehabilitación. 6. Impago del préstamo hipotecario.	De las que se han relacionado para el derecho de superficie, ninguna de ellas es adecuada para la propiedad temporal. En cuanto a la propiedad compartida, es planteable el incumplimiento de los deberes de conservación y rehabilitación. El impago del préstamo, en los dos modelos, sólo tiene que ver con la acción que, en su caso, pueda ejercitar el acreedor hipotecario.
--	---	--

Fuente: elaboración propia.

TABLA 2

Objetivos de las políticas de vivienda en relación con la propiedad compartida y la propiedad temporal

<i>Objetivos</i>	<i>Propiedad compartida</i>	<i>Propiedad temporal</i>
Reducir el stock de vivienda y reactivar el sector de la promoción inmobiliaria.	Permite ir vendiendo partes de viviendas en lugar de viviendas enteras.	Vender viviendas por periodos de tiempo ajustados a las necesidades de cada familia.
Conllevar la escasa liquidez de las entidades de crédito.	Préstamos más pequeños: dependen del porcentaje adquirido.	Préstamos más pequeños: dependen del tiempo de la tenencia.
Evitar el sobreendeudamiento de las familias.	Conceder préstamos más pequeños y responsables. Potenciar la cultura del ahorro.	
Crear un contexto favorable al endeudamiento responsable y al crédito responsable.	Adquisición progresiva del 100 por 100 de la vivienda.	Planificación de la real necesidad de la vivienda en base al tiempo.
Flexibilizar el acceso a la vivienda.	Conseguir un <i>continuum</i> de tenencias que se adapte a todas las posibilidades familiares.	
Tenencia segura pero flexible.	Cuando más se necesita (por ejemplo, jubilación) se puede tener toda la vivienda y mientras se va acumulando patrimonio.	Durante la tenencia se es pleno propietario de la vivienda y revierte al propietario originario cuando ya no la necesita.

Fuente: elaboración propia.

Tanto la propiedad temporal como la propiedad compartida están concebidas para tener una eficacia doble:

- a) Por un lado, quieren crear un tercer mercado de vivienda privada realmente alternativo a los mercados de vivienda en propiedad y vivienda en alquiler, ninguno de los cuales han funcionado o están funcionando óptimamente, según lo que hemos dicho. Por tanto, la regulación básica que se propone es puramente civil (que bien se puede regular, por ejemplo, en el CC), como unos tipos más de (con)dominio (por ejemplo, tras la comunidad de bienes de los arts. 399 y sigs. CC), o en una Ley especial de propiedades intermedias, al estilo LPH.
- b) Por otro, son dos figuras fácilmente adaptables para ser utilizadas como métodos de tenencia de vivienda social, también alternativos a la vivienda de protección oficial en propiedad. Así, pueden ser adaptados a esquemas de convocatorias públicas de vivienda social por diversas

vías: requisitos de ingresos mínimos y máximos de la persona que puede acceder, límites en el uso del inmueble (por ejemplo, sólo vivienda habitual) o a favor de quien pueda disponer (por ejemplo, que cumpla los mismos requisitos que el transmitente), que el propietario original sea la Administración Pública o ente encargado de llevar a cabo las políticas de vivienda, que los préstamos hipotecarios que financien la adquisición estén bonificados, etc. En cualquier caso, esta actuación pública se prevé que sea menos onerosa para la Administración que la cultura de la subvención o de la promoción pública directa.

Con esta doble eficacia se pretende la entrada al mercado de los miles de viviendas vacías que, posiblemente por precaución y/o por la deficiente legislación de arrendamientos, no lo están por decisión de sus propietarios. Cabe recordar que las viviendas vacías y no explotadas suponen unas pérdidas de 5.300 millones de euros anuales en España⁴⁷.

Además de ello, entendemos que pueden resultar atractivas para reducir las provisiones obligatorias de las entidades de crédito exigidas por el Banco de España por los inmuebles que tienen, atendiendo a los criterios de la Circular del Banco de España 4/2004, de 22 de diciembre, de entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros⁴⁸, especialmente a su anejo IX. Según su norma 26.^a, los activos materiales (como los inmuebles) «se darán de baja del balance cuando se disponga de ellos, incluso cuando se cedan en arrendamiento financiero, o cuando queden permanentemente retirados de uso y no se espere obtener beneficios económicos futuros por su enajenación, cesión o abandono». En este sentido, la propiedad temporal cumple perfectamente en tanto que durante la vigencia del plazo el propietario original (por ejemplo, la entidad de crédito) deja de ser propietario a todos los efectos y solo cuando ésta expire, le revertirá el inmueble sin coste alguno. En cuanto a la propiedad compartida, lo que señala dicha norma 26.^a es cierto para el porcentaje que ya se haya enajenado al nuevo propietario, el cual puede considerarse, a todos los efectos, como vendido incondicionalmente⁴⁹. Por último, debemos señalar que existe en 2013 un Anteproyecto de Ley de tenencias intermedias (propiedad compartida y propiedad temporal) para introducirlas en el Código Civil de Cataluña.

⁴⁷ VINUESA, Julio, «La vivienda vacía en España: un despilfarro social y territorial insostenible», en *Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, vol. XII, núm. 270 (39), 1-8-2008, pág. 13.

⁴⁸ BOE de 30-12-2004, núm. 314, pág. 42410.

⁴⁹ Cuando en el apartado 4 hacemos referencia a que el propietario original (entidad de crédito, en este caso) puede cobrar una renta, lo hace por el resto del inmueble que aún no ha sido adquirido por el nuevo propietario. Y en cuanto a los límites en el uso de la vivienda, en ningún caso son derechos de uso del propietario original ni le reportan beneficio alguno.

3.3. LA EXPERIENCIA DE LA *SHARED OWNERSHIP* INGLESA

La propiedad compartida inglesa, la denominada *shared ownership*, está fundamentada en su *leasehold*, un *estate on land* que permite tener la propiedad temporal de un inmueble, que es hipotecable y que puede abrir folio en el Registro de la Propiedad. En este sentido, propiedad compartida y temporal en derecho inglés están combinadas. Tanto el *leasehold* como la *shared ownership* han sido revisadas ya por la doctrina⁵⁰ con cierta extensión, de manera que no nos detendremos para centrarnos en nuestra propuesta de adaptación a nuestro derecho y su fundamentación constitucional.

No obstante, sí que queremos hacer una referencia a dos cuestiones claves para comprender el papel de las tenencias intermedias en el Reino Unido.

La primera es la relacionada con las semejanzas y diferencias entre el mercado de la vivienda inglés y el español. El mercado de la vivienda inglés difiere, al menos aparentemente, del español actual en que en aquél existe una gran demanda y necesidad de vivienda, mientras que la oferta es escasa. En cambio, en España, el nuevo censo de viviendas de 2011 ha revelado que existen en España 3,5 millones de viviendas vacías, sin ocupar. No obstante, si sigue la sistemática del censo de 2001 (el último hasta el momento), no revelará de qué tipo de vivienda se trata (si primera residencia o no) o dónde está localizada (más allá de la provincia), es decir, si realmente las viviendas (en tanto que inmuebles) están situadas en lugares donde existe acreditada demanda⁵¹. Además, tampoco puede revelar si las viviendas están «realmente vacías», es decir, si su ocupación no está declarada públicamente, como sucede en numerosos alquileres o pseudo-alquileres no declarados⁵². Por lo tanto no sabemos

⁵⁰ Para el *leasehold*, ver NASARRE AZNAR, Sergio, *La garantía de los valores hipotecarios*, Madrid, 2003, Ed. Marcial Pons, págs. 694 a 696. Para la *shared ownership*, ver BALL, Jane, «Fragmentando la propiedad para la asequibilidad: la *shared ownership* o “nuevas” tenencias en Inglaterra y Francia», en Sergio NASARRE (dir.), *El acceso a la vivienda en un contexto de crisis*, Madrid, 2011, Ed. Edisofer, págs. 173 a 225; y BRIGHT, Susan y HOPKINS, Nicholas, «Home, meaning and identity: learning from the English model of shared ownership», en *Housing theory and society*, vol. 28, núm. 4, págs. 377 y sigs., los cuales destacan lo desdibujados que quedan los límites con la *shared ownership* tanto por lo que se refiere a la dicotomía vivienda privada-vivienda social como a lo relacionado a vivienda en propiedad-vivienda en alquiler.

⁵¹ Sobre los estudios de acreditada demanda en Cataluña, ver NASARRE AZNAR, *La insuficiencia de la normativa...*, págs. 150 a 155. El debate sobre si la vivienda debe hacerse allí donde la gente quiere vivir o debe hacerse allí donde más es necesario que la gente viva (por ejemplo, infrapoblación, superpoblación, ciudades sostenibles, etc.) está aún por resolver y es un tema que debe tratarse en sede de cohesión territorial, como la llevanza de fuentes de riqueza y nuevas industrias a territorios que tradicionalmente no se han desarrollado en este sentido.

⁵² Creemos que la transparencia en las relaciones arrendaticias, tan importantes tanto para garantizar los derechos del arrendatario como los deberes fiscales del arrendador, debe venir por la creación de un Registro administrativo, a pesar de que la opción de la Ley 4/2013 fue otra.

si la vivienda construida está bien localizada o no o si puede o no servir de primera residencia. Otro análisis que debe hacerse es si la vivienda construida se adapta a nuevas realidades⁵³ como el envejecimiento de la población (por ejemplo, viviendas de menores dimensiones, más asequibles, adaptadas) o las familias monoparentales o de un solo miembro (téngase en cuenta que España es el país de la UE donde más han crecido los divorcios en los últimos años⁵⁴).

Por lo tanto, es más que probable que siga existiendo demanda de vivienda en zonas clave o de una tipología en concreto para la que no haya oferta, a lo que seguro ha podido contribuir la actual situación de crisis. Las tenencias intermedias, dado que fraccionan el mercado, pueden contribuir a hacer más asequibles dichas viviendas.

La segunda cuestión la establecemos en relación a las *housing associations*. Un elemento central en el sistema de vivienda social inglés son las *housing associations*, las cuales tienen el compromiso de construir el 90 por 100 de las 170.000 nuevas viviendas sociales que ha comprometido el gobierno británico para 2015 y, de hecho, ya promovieron el 50 por 100 de las viviendas construidas en Inglaterra en 2011⁵⁵.

En este sentido, pues, estas entidades privadas, la mayoría sin ánimo de lucro⁵⁶, son las mayores impulsoras de la relativamente nueva figura de tenencia intermedia (desde los años ochenta), la *shared ownership* (además de la *shared equity*⁵⁷). Si bien en 2010/2011 se promovieron 21.460 viviendas en forma de propiedad compartida, ello representaba una disminución, por la escasez de recursos públicos⁵⁸, de un 13 por 100 respecto al ejercicio 2009/2010, aunque su número se había venido incrementando año tras año desde 2000/01⁵⁹. Un

⁵³ Estas sí las compartimos con el estudio en Inglaterra (NATIONAL HOUSING FEDERATION, *Funding future...*, pág. 2).

⁵⁴ Atendiendo a INSTITUTO DE POLÍTICA FAMILIAR, *Informe Evolución de la Familia en Europa 2009*, pág. 37.

⁵⁵ NATIONAL HOUSING FEDERATION, *Funding future...*, pág. 1.

⁵⁶ Algunas entidades similares pueden desarrollar este papel en España, como son Cáritas o Provivienda.

⁵⁷ No nos centraremos en esta segunda por cuestiones de espacio y de posibilidad de adaptación a nuestro sistema jurídico civil. La *shared equity* necesita un *equity loan* y supone la adquisición de entre un 70 y un 80 por 100 del *freehold* de la vivienda con hipoteca comercial, quedando subsidiado el resto (normalmente con una segunda hipoteca). Pueden verse más detalles en BRIGH, Susan y HOPKINS, Nicholas, «Evaluating legal models of affordable home ownership in England», en Terry Turnipseed (ed), *Community, Home and Identity*, 2012, Routledge Cavendish, en prensa.

⁵⁸ Lo que debe llevarles a replantear el modo de financiación, dirigiéndola a otras fuentes como aumentando las rentas, diversificando el tipo de tenencia construido (por ejemplo, hacer más vivienda en propiedad absoluta que financie al resto, o incluso promoción de inmuebles comerciales) o accediendo al mercado de valores dada su alta reputación (NATIONAL HOUSING FEDERATION, *Facing the future. Evolution or revolution?...*, págs. 17 y 18; NATIONAL HOUSING FEDERATION, *Funding future...*, págs. 8 y 9).

⁵⁹ NATIONAL HOUSING FEDERATION, *Funding future...*, pág. 5.

total de 170.000 familias han podido acceder a una vivienda en propiedad a través de la propiedad compartida⁶⁰, teniendo en cuenta que la mayoría de entidades de crédito que operan en Gran Bretaña tienen préstamos hipotecarios especializados para financiar *shared ownership*, con un rango de LTVs por cuota (parte proporcional adquirida cada vez) de entre el 60 por 100 (Abbey) al 95 por 100 (Leeds BS, Saffron)⁶¹. No obstante, lo más destacado es la demanda de esta forma de tenencia intermedia. Las *housing associations* tienen, a través de su sistema centralizado, un total de 137.000 demandas sin atender para propiedad compartida y sólo en el bienio 2010/2011 recibieron 76.000 nuevas solicitudes⁶².

Este incremento de la demanda puede comprenderse por un fenómeno⁶³ que también está ocurriendo en nuestro país y, dadas las especiales circunstancias negativas en las que se encuentra, es incluso de mayor escala que en Inglaterra⁶⁴: muchos trabajadores y jóvenes han quedado «en el medio», es decir, no consideran al alquiler como una opción pero tampoco pueden acceder a la propiedad absoluta dados sus ingresos y la reducción del crédito disponible por parte de las entidades de crédito. Debe tenerse en cuenta, además, que muestra elevada tasa de desempleo y la escasa tasa de vivienda social de alquiler (a las cuales ya hemos hecho referencia) están comprometiendo seriamente el acceso a la vivienda a las familias más desfavorecidas.

El hecho de que en España no tengamos, hoy por hoy, la posibilidad de optar por tenencias intermedias, impide, por un lado, que las familias con ingresos medios puedan optar por la vivienda en propiedad y, por otro, que los que se encuentran en vivienda social pero que podrían optar por una adquisición progresiva del dominio (propiedad compartida) sigan ocupando la vivienda social en alquiler e impidiendo que nuevos más necesitados puedan acceder a ella. No existe, en definitiva, ese *buffer* entre la propiedad absoluta y la vivienda social de alquiler.

⁶⁰ NATIONAL HOUSING FEDERATION, *Facing the future. Evolution or revolution?...*, pág. 22.

⁶¹ Documento interno de financiación de *shared ownership* de la intermediaria de préstamo hipotecario SPF Sherwins. Documento *Affordable Housing Mortgage Rates*, de 16-3-2012.

⁶² NATIONAL HOUSING FEDERATION, *Funding future...*, pág. 5.

⁶³ NATIONAL HOUSING FEDERATION, *Facing the future. Evolution or revolution? Responding to the new operating environment for housing associations*, 2010, págs. 8 y 9.

⁶⁴ Según el estudio HOLMANS, A, MONK, S. y WHITEHEAD, C., *Research report: homes for the future*, Shelter, noviembre de 2008, es necesario que anualmente se ofrezcan en Inglaterra 30.000 viviendas en propiedad compartida para satisfacer la creciente demanda de este sector intermedio.

4. LA PROPIEDAD COMPARTIDA

La propiedad compartida consiste en el acceso por parte de un nuevo propietario a una parte del inmueble que ya es propiedad de otro propietario original, coexistiendo ambos. Es decir:

- a) El necesitado de vivienda es propietario desde el comienzo, lo que diferencia esta figura de otras posibilidades como el alquiler con opción de compra (sólo suele retrasar la adquisición unos tres años y por la totalidad del precio de venta aunque imputen los pagos del alquiler-sobreendeudamiento retrasado) o el derecho de superficie (no es propietario sino superficiario). Dicha propiedad se concreta en la cuota que ha adquirido o consolidado hasta el momento (por ejemplo, el 40 por 100 del total de la vivienda). En cuanto al resto de la vivienda, tendrá la condición de arrendatario o similar, de manera que deberá satisfacer un renta al propietario original, que en vivienda social normalmente será subsidiada.
- b) Esto implica que tiene todas las facultades dominicales: las de uso y disfrute sobre la totalidad del inmueble y en exclusiva (no puede ser perturbado por el propietario original) y las de disposición (*inter vivos* y *mortis causa*) y gravamen sobre la cuota que tiene en propiedad. El dominio queda acreditado por el derecho que tiene el nuevo propietario a asistir con pleno derecho a las Juntas de Propietarios. No vemos inconveniente para que pueda participar de las convocatorias de ayudas a la rehabilitación de la vivienda, pues incluso se verá más incentivado que el propietario que tenía la vivienda vacía.
- c) En cuanto al gravamen, éste puede consistir en la hipoteca, que sería la manera de financiar la progresiva adquisición del inmueble, sin que ello implique un sobreendeudamiento familiar. Así, por ejemplo, si pactase con el propietario original de una vivienda de 300.000 euros el adquirir en un inicio únicamente un 20 por 100, implicaría que su hipoteca sería de 60.000 euros y sólo cuando la hubiese repagado, y según un plan de financiación a su medida, podría optar a adquirir mayor cuota de propiedad. Esta progresividad en la adquisición conlleva cierta planificación y, en definitiva, una vuelta a la cultura del ahorro. Su derecho de propiedad podría debidamente ser registrado en el Registro de la Propiedad.
- d) Naturalmente, al adaptarse esta figura para poderse utilizar como vivienda social, la disposición puede quedar limitada en favor de aquellas personas que cumplan los requisitos para optar a una vivienda de estas características (acreditar unos ingresos mínimos y máximos, por ejemplo). También se podrá limitar el uso (por ejemplo, sólo para vivienda

habitual) y el disfrute (por ejemplo, no se podrá dar en alquiler o en usufructo).

- e) También tiene el derecho y, en su caso si se ha pactado así, el deber de ir adquiriendo progresivamente más cuota de participación en el dominio de la vivienda. El incentivo para hacerlo —así lo es en el sistema inglés— es el ir reduciendo la renta que satisface para ir substituyendo por amortización del préstamo hipotecario. En vivienda social, el esquema podría ofrecer también «escalar hacia abajo» (descender), es decir, podrá ir deshaciéndose de cuota sobre la vivienda según sus posibilidades y necesidades económicas.

Si bien, pues, la figura está concebida para otorgar al necesitado de vivienda todas las facultades dominicales necesarias para que se sienta y sea propietario del inmueble desde el comienzo, sí debe tener ciertos límites que protejan al propietario original (promotor público o privado) e, indirectamente, a la entidad financiadora, de sus posibles actuaciones negligentes que puedan provocar una disminución del valor del inmueble. Así, no podrá alterar la sustancia del inmueble y lo tendrá que utilizar con la finalidad pactada (por ejemplo, vivienda habitual en caso de vivienda social) y no podrá alterar los elementos estructurales del inmueble. Además de esto, la contrapartida al uso total del inmueble debería ser hacerse cargo de aquellos gastos y tributos relacionados con el uso (por ejemplo, gastos de luz, agua, gas, basura) y también de la parte proporcional (la que tenga en dominio) de los gastos y tributos relacionados con la propiedad del inmueble (por ejemplo, gastos de la comunidad de propietarios).

En relación al propietario original (promotor), también podrá disponer *inter vivos* y *mortis causa* de la parte del bien de la que aún sea propietario y tendrá diversas facultades para verificar que el inmueble no se deprecie por culpa del nuevo propietario. Tanto si enajena su parte el propietario original como si lo hace el nuevo, el otro tendrá derechos de tanteo y retracto legales.

Una utilidad de la propiedad compartida sería en casos de ejecución hipotecaria de la propiedad absoluta de viviendas. Así, se podría establecer como posible negociación con la entidad de crédito que dicha propiedad se transformara en propiedad temporal o compartida atendiendo a la cantidad que ya había amortizado el deudor hipotecario. Es decir, si había amortizado un 20 por 100 del préstamo, podría quedarse en la vivienda consolidando ese 20 por 100 que ya había satisfecho con un esquema de ir escalando (adquisición progresiva del dominio) de manera ajustada a sus posibilidades reales.

5. LA PROPIEDAD TEMPORAL

Nace una propiedad temporal cuando un nuevo propietario adquiere de un propietario original la titularidad de un inmueble por un tiempo cierto y determinado. Durante este tiempo aquél tiene todas las facultades dominicales sobre el inmueble (uso, disfrute, gravamen y disposición) que, naturalmente, pueden verse condicionadas si la institución se utiliza para potenciar la vivienda social. En contrapartida, naturalmente, el nuevo propietario debería hacerse cargo de todos los gastos generados por el inmueble.

Es decir, en lugar de que un inmueble se adquiriera «para siempre», sin limitación temporal, se trata de que este se pueda adquirir por un número determinado de años (los que necesite), lo que supone una importante estabilidad en su tenencia y aumenta considerablemente su asequibilidad. Transcurrido este número de años, la propiedad del inmueble revertirá al propietario original sin coste alguno, a no ser que se hayan pactado prórrogas. El propietario original deberá tener derecho a resarcirse de todas las depreciaciones de la finca que se hayan causado por una negligente actuación del nuevo propietario.

La propiedad temporal puede dar solución a una pluralidad de situaciones, dado que su duración puede ser de decenas o de cientos de años. Una situación tipo puede ser aquella en que un profesional (sea o no de la Administración Pública, por cuenta propia o ajena) de unos treinta y cinco años consiga trabajo estable en una ciudad donde el coste de la vivienda en propiedad es elevado en relación a sus ingresos (por ejemplo, la hipoteca representa más del 30 por 100 de estos); podría comprar temporalmente una vivienda para su vida laboral (treinta y dos años), lo que implicaría un precio mucho más asequible y una estabilidad en su tenencia de manera que no sería necesario que se preocupara de posibles elevaciones de renta o de las necesidades del propietario original, lo que le posibilitaría disponer de más renta libre para su familia y necesidades. La persona que le podría vender esto podría bien ser una pareja joven que, por ejemplo, debido a una herencia, tiene un piso libre pero está pagando la hipoteca del piso donde viven; dado que consiguen mucha cantidad de dinero de una sola vez con esta venta, pueden terminar de pagar su vivienda actual y al cabo de treinta y dos años recuperarán ese piso donde podrá vivir, por ejemplo, el hijo que quieren tener.

Además, se podría encontrar una fórmula para transformar los alquileres de larga duración en propiedades temporales.

Por último, debe señalarse que propiedad temporal y propiedad compartida deberían poderse combinar, resultando con ello una forma de tenencia muy asequible tanto por la duración de la tenencia como por su progresiva adquisición⁶⁵.

⁶⁵ De hecho, tal y como hemos comentado *supra*, es así como se utilizan en derecho inglés, ya que la *shared ownership* se fundamenta en un *leasehold*.

6. LA PROPIEDAD FRACCIONADA EN NUESTRO SISTEMA CONSTITUCIONAL DEL DOMINIO

6.1. LA PROPIEDAD EN EUROPA Y EL CONTENIDO FUNDAMENTAL CONSTITUCIONAL

Analizaremos, en primer lugar, la regulación de la propiedad en Europa y su regulación en nuestra Constitución, para luego estudiar la función social de la propiedad y poder llegar a una conclusión, en base a lo anterior, en relación a la viabilidad de fragmentar la propiedad en nuestro ordenamiento jurídico a través de las comentadas tenencias intermedias. Así, tenemos:

- a) En primer lugar, y en cuanto a la regulación de la propiedad en los Estados miembros de la UE, la relación de la persona con la cosa tiene lugar de forma distinta en los sistemas de Derecho Civil y en el Derecho angloamericano. Efectivamente, respecto a los primeros hay que reseñar que la Revolución Francesa de 1789 influyó decisivamente en la noción de propiedad⁶⁶, puesto que del sistema feudal anterior se pasó a un sistema liberal que tuvo su reflejo en el Código Civil de Napoleón de 1804. Así, la propiedad pasó a ser absoluta, perpetua y unitaria⁶⁷. Por su parte, el Derecho alemán, bajo la influencia de la Escuela Histórica del Derecho (que reformuló el Derecho romano en busca de conceptos abstractos), también adoptó una noción absoluta de la propiedad (§ 903 *Bürgerliches Gesetzbuch* —Código Civil alemán— de 1899)⁶⁸. Este carácter absoluto y unitario también se puede predicar de los Derechos italiano (art. 832 *Codi Civile* de 1942)⁶⁹ y holandés (art. 1 del Libro 5 *Burgerlijk Wetboek* —Código Civil holandés— de 1992)⁷⁰. Además, en todos ellos las facultades de uso, disfrute y disposición aparecen como integrantes del derecho de propiedad. Esta concepción del derecho de propiedad impediría, en principio, su fragmentación. Dicho fraccionamiento sí es posible en el Derecho inglés, por ejemplo, a través de la

⁶⁶ Así, la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789 la definió como aquel «*droit inviolable et sacré*» (art. 17).

⁶⁷ Ver DADOMO, Christian, y FARRAN, Susan, *French substantive law. Key elements*, Sweet & Maxwell, Londres, 1997, pág. 64.

⁶⁸ FISHER, Howard D., *The German Legal System and Legal Language*, Fourth Edition, Routledge-Cavendish, London, 2009.

⁶⁹ Ver GAMBARO, A., «Property Law», en LENA, Jeffrey S. y MATTEI, Ugo, *Introduction to Italian Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2002, pág. 284.

⁷⁰ De acuerdo con VAN ERP, Sijf, «Globalisation or isolation in new Dutch property law? The New Civil Code of the Netherlands and the New Civil Codes of the Netherlands Antilles and Aruba Compared», en *European Journal of Comparative law*, vol. 7.5, diciembre de 2003, págs. 2 y sigs. Disponible en <http://www.ejcl.org/>.

ya comentada *shared ownership*⁷¹. En efecto, este ordenamiento jurídico no regula la propiedad como un derecho absoluto, pues todavía existen reminiscencias feudales que conllevan que la Corona siga conservando su condición de propietaria de toda la tierra de Inglaterra. El origen de esta situación se remonta a la invasión normanda en el año 1066. De esta manera, no se puede tener en el Derecho inglés la condición de propietario de la tierra, sino la de titular de una porción de tiempo (*slice of time*)⁷², principalmente titular de un *leasehold* (que desde la perspectiva de los sistemas de Derecho Civil es un dominio por tiempo limitado) y el *freehold* (el dominio por tiempo ilimitado), que constituyen los dos principales *estates* o formas de tenencia inmobiliaria recogidos por la *Law of Property Act* de 1925, aún en vigor.

- b) En segundo lugar, el derecho de propiedad no se recogió en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950⁷³, sino que esto sucedió en un protocolo posterior⁷⁴. En 1999 se refundieron ambos textos en el Convenio de Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales⁷⁵. Este texto no define qué podemos entender por propiedad. Por este motivo, ha sido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) el que ha ido perfilando su contenido. Así, de su jurisprudencia podemos destacar la afirmación que la primera parte del artículo 1 recoge como principio general el respeto a la propiedad (STEDH de 30 de agosto de 2007⁷⁶). Si bien el TEDH no ha acabado de perfilar específicamente qué se tiene que respetar, sí que afirmó en sentencia de 13 de junio de 1979⁷⁷ que el derecho a disponer de la cosa constituye un aspecto fundamental del derecho de propiedad, y asimismo que el artículo 1 del Protocolo protege, además, las facultades de uso y disfrute sobre la cosa⁷⁸. De esta manera, podemos concluir

⁷¹ Vid. *supra*.

⁷² NASARRE AZNAR, *La garantía...*, pág. 695.

⁷³ BOE de 10 de octubre de 1979, núm. 243, pág. 23564.

⁷⁴ Protocolo adicional al Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales. París, 20 de marzo de 1952. BOE núm. 11, 12 de enero de 1991.

⁷⁵ BOE de 6 de mayo de 1999, núm. 108, pág. 16808. El artículo 1 proclama que «toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas».

⁷⁶ JUR 2007/252568. Cas J.A. Pye (Oxford) Ltd i J.A. Pye (Oxford) Land Ltd contra Reino Unido.

⁷⁷ Caso Marckx contra Bélgica. TEDH 1979/2.

⁷⁸ Ver el Fundamento 63.

que el contenido del derecho de propiedad protegido por esta norma podría estar formado por las facultades de uso, disfrute y disposición⁷⁹, las cuales se pueden limitar de acuerdo con el interés general.

- c) En tercer lugar, la propiedad se regula en el artículo 17 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, la Carta): «toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de los bienes que haya adquirido legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos». Su uso se podrá regular por la ley en la medida necesaria para satisfacer el interés general, siempre y cuando el legislador respete el contenido esencial del derecho (art. 52.1). El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE) no ha desarrollado una dogmática sobre el derecho de propiedad, aunque podemos afirmar del artículo 17 de la Carta⁸⁰ que el derecho de propiedad es un principio general del Derecho comunitario que hay que poner no obstante en relación con su función social (STJCE de 29 de enero de 2008⁸¹), y que la propiedad atribuye a su titular las facultades de uso, disfrute y disposición.

Una cuestión relevante que no esclarece la Carta es qué teoría adopta respecto al “contenido esencial”, concepto éste que tiene su origen en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949⁸² [art. 19.(2)]. En la doctrina alemana se han formulado varias teorías en torno al rol que ejerce el contenido esencial del derecho en la limitación de los derechos fundamentales por parte del legislador, principalmente la absoluta y la relativa⁸³. La primera defiende que todo derecho fundamental tiene un núcleo esencial material, inmutable e indisponible que no puede ser restringido por el legislador, es decir, que éste sólo puede limitar la parte que se consideraría no esencial o la periferia del derecho. Y la segunda defiende que sí que se podría limitar de forma justificada un derecho fundamental mediante el principio de proporcionalidad, es decir, a través de una ponderación entre el sacrificio que se lleva a cabo

⁷⁹ En el mismo sentido, MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva M.^a y TOLIVAR ALAS, Leopoldo, «El derecho de propiedad desde la perspectiva del TEDH», en AA.VV., *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al profesor doctor Lorenzo Martín-Retortillo*, vol. II, Gobierno de Aragón, Zaragoza, págs. 1806 y 1807.

⁸⁰ De acuerdo con PÉREZ DE NANCLARES, José Martín, «Artículo 17. Comentario», en MANGAS MARTÍN, Araceli, *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, págs. 342 y 346.

⁸¹ TJCE 2008/11. En el mismo sentido, ver sentencias de 12 de julio de 2005 [TJCE 2005/219], apartado 126, y de 13 de marzo de 2007 [TJCE 2007/58], apartado 37.

⁸² Disponible en castellano en <https://www.btg-bestellservice.de/>.

⁸³ MICHAEL, Lothar, «¿El contenido esencial como común denominador de los derechos fundamentales en Europa?», traducido del alemán por Cristina ELÍAS MÉNDEZ, en *Revista Española de Derecho Constitucional Europeo*, año 6. núm. 11, enero-junio de 2009, págs. 177 y sigs.

sobre un derecho y el beneficio que se extrae de éste. En este sentido, es difícil de discernir qué teoría adopta la Carta, aunque nos inclinamos por la teoría híbrida⁸⁴. De esta manera, los derechos fundamentales tendrían un contenido esencial pero no sería indisponible e inmutable, sino que sería un criterio interpretativo para valorar la proporcionalidad de la limitación del derecho. Esto supone en la práctica que habría que determinar *ex ante* (antes de la ponderación) en qué consiste este contenido esencial del derecho de propiedad, que en nuestra opinión se podría extraer de la propia redacción del artículo 17 de la Carta, es decir, estaría formado por las facultades de uso, disfrute y disposición⁸⁵.

- d) Y, finalmente, por lo que respecta a su regulación en la CE, la propiedad está prevista en su artículo 33⁸⁶. De acuerdo con la STC 111/1983, de 2 de diciembre⁸⁷ y la STS de 3 de julio de 1998⁸⁸, el artículo 33 CE (sin especificar ningún apartado en concreto) contiene una doble garantía del derecho de propiedad: una vertiente institucional y otra vertiente individual (como derecho subjetivo). En cualquier caso, el artículo 33 CE hay que ponerlo en relación con el artículo 53.1 CE, que prevé en un sentido similar al artículo 52.1 de la Carta respecto al contenido esencial del derecho como una garantía de las libertades y derechos fundamentales. En cuanto a la vertiente institucional, la doctrina⁸⁹ argumenta que la propiedad es un elemento más del modelo económico-social que prevé

⁸⁴ MICHAEL, L., *ob. cit.*, cita autores a favor y en contra en la pág. 181. En efecto, el TJCE se ha referido tanto a la «propia esencia» o «sustancia» del derecho (SSTJCE de 11 de julio de 1989 [TJCE 1990/16], 13 de noviembre de 1990 [TJCE 1991/80] y 13 de diciembre de 1994 [TJCE 1994/200]), como al principio de proporcionalidad (STJCE de 13 de abril de 2000 [TJCE 2000/80]). Esta dualidad en la jurisprudencia del TJCE también la encontramos en el artículo 52.1 de la Carta. ROLLA, cuya opinión compartimos, argumenta que la inclusión de los dos elementos en el mismo precepto induce a pensar que el contenido esencial del derecho es un criterio que ayuda a evaluar la aplicación del principio de proporcionalidad, ver ROLLA, Giancarlo, «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en una perspectiva comparada. Técnicas de codificación y cláusulas de interpretación», en *Revista Española de Derecho Constitucional Europeo*, año 6. núm. 11, enero-junio de 2009, págs. 162 y 163.

⁸⁵ En el mismo sentido, PÉREZ DE NANCLARES, J. M., *ob. cit.*, pág. 351.

⁸⁶ «1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las Leyes. 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las Leyes».

⁸⁷ RTC 1983/111.

⁸⁸ RJ 1998/5123.

⁸⁹ PAREJO ALFONSO, Luciano José, «Algunas consideraciones sobre el derecho de propiedad a la luz de la jurisprudencia», en LÓPEZ GUERRA, Luis María (coord.), *Estudios de Derecho Constitucional: homenaje al profesor don Joaquín García Morillo*, 2001, págs. 109 y sigs.; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, «Artículo 33», en CASAS BAAMONDE, María Emilia, RODRÍGUEZ-PINERO y BRAVO-FERRER, Miguel, *Comentarios a la Constitución Española: XXX aniversario*, Fundación Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2008, pág. 903.

la CE, y que se encuentra vinculada de esta manera a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE). La propiedad constituye entonces un presupuesto patrimonial indispensable para configurar la vida personal libremente y desplegar la libertad en los ámbitos de la actividad económica, como el trabajo y la libertad de empresa (art. 38 CE). En cuanto a la vertiente individual, el análisis de su contenido esencial juega un papel relevante. El TC ha adoptado tanto la teoría absoluta (SSTC 112/2006⁹⁰, de 5 de abril, 37/1987⁹¹, de 26 de marzo, 37/1981⁹², de 16 de noviembre, y 11/1981⁹³, de 8 de abril), afirmando que «*la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas*»; como la relativa, por ejemplo, en las SSTC 120/1990⁹⁴, de 27 de junio, 50/1995⁹⁵, de 23 de febrero y 215/1994⁹⁶, de 14 de julio. A nivel doctrinal también encontramos posturas a favor de ambas teorías⁹⁷.

Así las cosas, en nuestra opinión una teoría híbrida entre la teoría absoluta y la relativa (en la línea de la Carta) es la que mejor permitiría explicar el contenido esencial, puesto que la teoría absoluta podría llevar a que en una situación de colisión entre los intereses protegidos de dos derechos fundamen-

⁹⁰ RTC 2006/112.

⁹¹ RTC 1987/37. Se argumenta que para determinar el contenido esencial de cualquier derecho subjetivo se pueden hacer servir dos vías complementarias: 1) en primer lugar, a través de su configuración dogmática, con lo que vendría determinado por las facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea «*recognoscible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales*»; y 2) en segundo lugar, a través de la jurisprudencia de intereses que sería «*aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección*».

⁹² RTC 1981/37.

⁹³ RTC 1981/11.

⁹⁴ RTC 1990/120.

⁹⁵ RTC 1995/50.

⁹⁶ RTC 1994/215.

⁹⁷ De la teoría absoluta es partidario Díez-PICAZO (DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. III. Las relaciones jurídico-reales. El registro de la propiedad. La posesión*, 5.ª ed., Civitas, Navarra, 2008, pág. 62), para quien el contenido esencial lo conforma el *ius utendi*, *ius fruendi* e *ius disponendi* (uso, disfrute y disposición); y LACRUZ BERDEJO (LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derechos reales*, vol. III, Dykinson, Madrid, 2008, pág. 256). En cuanto a la teoría relativa, ver MARTÍNEZ ALARCÓN, M.ª Luz, «La aplicación judicial del Derecho Constitucional», en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 21, 2008, págs. 369 y sigs.

tales no se pudiera llevar a cabo ningún tipo de ponderación, lo que provocaría un conflicto irresoluble⁹⁸. Además, el hecho de dividir el derecho fundamental en dos partes (un núcleo indisponible del derecho —contenido esencial—, y una parte disponible por el legislador —periferia del derecho—), facultaría al legislador a actuar sobre la periferia del derecho libremente sin estar sujeto a control constitucional (pues sólo lo estaría el núcleo central del derecho —el contenido esencial—). Por su parte, la teoría relativa facultaría al legislador a limitar el derecho de propiedad en base al principio de proporcionalidad hasta llegar a una situación de no reconocibilidad del derecho.

La adopción de esta teoría híbrida⁹⁹ supone que hay que identificar el contenido esencial del derecho de propiedad, para después poder aplicar el principio de proporcionalidad. A nuestro entender, este contenido debería incluir como mínimo las facultades de uso, disfrute y disposición. Las razones son las siguientes:

- a) En primer lugar, estas facultades forman parte del interés jurídicamente protegible del derecho de propiedad y son las que permiten que este derecho sea reconocible. Efectivamente, PAREJO ALFONSO¹⁰⁰ entiende que la referencia de las dos vías mencionadas por el TC (configuración dogmática y jurisprudencia de intereses)¹⁰¹ es siempre abstracta, es decir, hay que tomar como punto de partida las convicciones generalmente admitidas sobre lo que significa el derecho en cuestión, atendiendo en última instancia al mundo del Derecho y a las convicciones admitidas por la doctrina científica y legal (en un sentido similar, STC 11/1981). De esta manera, para poder analizar el conjunto de facultades que se incluyen en el artículo 33.1 CE se tienen que tomar en consideración las normas extra-constitucionales como criterio de interpretación aplicando el artículo 3.1 CC. En este sentido, el artículo 348 CC¹⁰² es relevante dado que su contenido es el que usualmente se adjudica a la propiedad

⁹⁸ Ver, en un sentido similar, BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, págs. 406, 413 y 414.

⁹⁹ Apoya una teoría similar MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis, «Ámbito material de los derechos fundamentales, dimensión institucional y principio de proporcionalidad», en *Persona y Derecho*, 54, 2006, pág. 89.

¹⁰⁰ PAREJO ALFONSO, Luciano José, «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año núm. 1, núm. 3, 1981, pág. 188.

¹⁰¹ Vid. *supra*.

¹⁰² «La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes».

privada¹⁰³. Además, si observamos las normas supranacionales podemos constatar que el derecho de propiedad está reconocido actualmente en el artículo 17 de la Carta, en el artículo 1 del Protocolo del CEDH y en los sistemas de Derecho Civil. En todas estas normas el contenido esencial del derecho de propiedad está constituido precisamente por las facultades de uso disfrute y disposición

- b) En segundo lugar, esto sería consecuente con el contexto socio-económico que prevé la CE. Efectivamente, si entendemos que la libertad de empresa incluye, entre otros elementos, la libertad para actuar en el mercado mediante la creación de empresas, el derecho de propiedad sobre los medios de producción y la libertad para la adquisición de bienes y servicios¹⁰⁴, sería congruente concluir que si un derecho de propiedad no reconociera dichas facultades ello implicaría no solamente que un bien con una menor productividad no podría llegar a tener una mayor productividad, obstaculizando en consecuencia la libertad de empresa (art. 38 CE), sino también la imposibilidad del propietario de obtener un rendimiento¹⁰⁵. Estas facultades tienen como presupuesto indispensable la exclusividad en el ejercicio del derecho, que permitirá al propietario impedir la intromisión de terceros y recuperar la cosa sustraída indebidamente.

6.2. LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

Una vez hemos analizado la regulación de la propiedad en Europa y las vertientes institucional y privada de la propiedad en nuestra Constitución, faltaría por ver el papel que juega la función social de la propiedad.

Desde un punto de vista histórico, la propiedad se había regulado en diferentes constituciones antes de la promulgación del CC¹⁰⁶. No obstante, no

¹⁰³ Ver PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique y RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, Alfonso, «Artículo 33. Propiedad privada y herencia», en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo III, Editoriales de Derecho Reunidas, Edersa, 1996, pág. 520.

¹⁰⁴ GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel, «Artículo 38. La libertad de empresa», en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo III, Editoriales de Derecho Reunidas, Edersa, 1996, pág. 739.

¹⁰⁵ Sobre la base de las consideraciones de POSNER, Richard, «Economic analysis of Law», en ACKERMAN, Bruce A., *Economic foundations of property law*, Little, Brown and Company, Boston, 1975, págs. 12 a 14.

¹⁰⁶ Así, por ejemplo, la Constitución de Cádiz de 1812 preveía que la «La Nación está obligada a conservar y proteger las leyes sabias y justas, la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen». Las constituciones posteriores de 1845, 1856, 1869, 1876 y 1931 también preveían la protección de la propiedad,

encontramos regulada históricamente la función social de la propiedad tal y como la entendemos hoy en día, si bien teníamos algunas manifestaciones en el CC (por ejemplo, la función de protección social de la familia que cumple la legítima)¹⁰⁷. DUGUIT es considerado por la generalidad de la doctrina como uno de los impulsores de esta función¹⁰⁸, lo que implicó la evolución de la «titularidad» del derecho de propiedad (que implicaba una actuación libre por parte de su titular) al control de su ejercicio¹⁰⁹. La función social se recogió por primera vez en la Constitución de Weimar de 1919, de carácter marcadamente económico¹¹⁰. La función social se incorporó posteriormente en el artículo 33.2 CE y en el artículo 52.1 de la Carta. De acuerdo con la STC 37/1987, la función social tiene un impacto directo sobre el contenido esencial de la propiedad¹¹¹. En nuestra opinión, el razonamiento de la STC 37/1987 no es adecuado. Así, si por una parte corresponde al legislador *ex* artículo 33.2 CE la delimitación de la función social de la propiedad, que de acuerdo con el TC ayuda a delimitar su contenido esencial, y, de otra, el artículo 53.1 CE obliga al legislador a respetar precisamente este contenido, no es coherente que el legislador pueda fijar el contenido esencial del derecho de propiedad que después él mismo tendrá que respetar. Esto supondría que el legislador podría delimitar a su arbitrio este contenido¹¹². Por lo tanto, la función social forma parte intrínseca del derecho de propiedad (no de su contenido esencial), la naturaleza del cual se ve afectada por la incorporación de este elemento funcional (STC 89/1994¹¹³, de 17 de marzo).

En consecuencia, la función social se integraría con el derecho de propiedad permitiendo al legislador delimitar su contenido, siempre y cuando se respete su contenido esencial, previamente delimitado. Ello quiere decir que

prohibiendo, por ejemplo, la confiscación de bienes o la privación de la propiedad sin una compensación justa.

¹⁰⁷ PEREÑA PINEDO, Ignacio, «La función social del derecho de propiedad», en BASTIDA, Francisco J. (coord.), *Propiedad y Derecho Constitucional*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005, pág. 175.

¹⁰⁸ Ver DUGUIT, León, *Manual de Derecho Constitucional: teoría general del Estado, el derecho y el Estado, las libertades públicas*, Comares, Granada, 2005, págs. 258 y 259.

¹⁰⁹ MONTÉS, Vicente L., *La propiedad privada en el sistema de derecho civil contemporáneo*, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1980, págs. 82 y 83.

¹¹⁰ Esto se puede extraer de una lectura conjunta de los artículos 151, 152 y 153, que recogen la libertad en la vida económica, la libertad de contratación y la propiedad. Ver, en este sentido, *La Constitución de Weimar: la Constitución alemana de 11 de agosto de 1919*, Tecnos, Madrid, 2010, págs. 312 y sigs.

¹¹¹ Así, la STC 37/1987 afirmaba que el contenido esencial de la propiedad privada «no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social».

¹¹² Por lo tanto, hemos de entender que «la función social delimita el contenido de la propiedad, pero no precisamente su contenido esencial». Ver RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.^a, *ob. cit.*, pág. 910.

¹¹³ RTC 1994/89.

el legislador podría fragmentar el dominio (implementado de esta manera la propiedad temporal y la propiedad compartida) sobre la base de su función social. En este sentido, la delimitación del derecho de propiedad por parte del legislador puede tener lugar por tres vías distintas¹¹⁴: a) falta de atribución de determinadas facultades; b) condicionamientos al ejercicio de las facultades atribuidas; y c) obligación —o deber— de ejercer determinadas facultades.

La delimitación del dominio necesaria para incorporar la propiedad temporal y la propiedad compartida en nuestro ordenamiento jurídico no sería un hecho aislado, dado que dicha delimitación se ha llevado a cabo con anterioridad tanto por el legislador como por el TC con base en algunas de las vías descritas:

- a) Por un lado, a nivel estatal, el artículo 36.1 del Real Decreto Legislativo 2/2008 establece que «*el incumplimiento de los deberes de edificación o rehabilitación previstos en esta Ley habilitará para la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad*». Y a nivel autonómico, el legislador catalán ha querido dar un contenido a esta función social tal y como se desprende del artículo 2.i) de la Ley 18/2007, que enumera entre sus objetivos «*delimitar el contenido de la función social de la propiedad de las viviendas e identificar y corregir las situaciones de incumplimiento de dicha función social*». Así, los propietarios incumplen con esta función social si no conservan y rehabilitan la vivienda adecuadamente, si mantienen la vivienda o el edificio desocupado de forma permanente e injustificada, si está sobreocupada o bien si no se destina a la residencia habitual y permanente de sus propietarios si es de protección oficial (art. 5.2).
- b) Por otro, el TC¹¹⁵ ha aceptado limitaciones al derecho de propiedad. Describamos, a continuación, algunos ejemplos. En primer lugar tenemos la STC 89/1994, en la que se trató una cuestión de inconstitucionalidad sobre la LAU de 1964¹¹⁶, principalmente por dos motivos: 1) la facultad del arrendatario de prorrogar forzosamente el arrendamiento; y 2) la imposibilidad por parte del arrendador de exigir una renta conforme a las condiciones del mercado (dado que las rentas estaban congeladas). El TC defendió que estas limitaciones no convertían en inexistente o puramente nominal el derecho de propiedad del arrendador y, por lo tanto, que se encontraban justificadas atendiendo a la función

¹¹⁴ MONTES PENADES, V. L., *ob. cit.*, págs. 184 y 185.

¹¹⁵ Sobre la base de GUTIÉRREZ-BARQUÍN, Pedro González, «El derecho de la propiedad privada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en BASTIDA, Francisco J. (coord.), *Propiedad y Derecho Constitucional*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005, págs. 142 y sigs.

¹¹⁶ BOE de 29 de diciembre de 1964, núm. 312, pág. 17387.

social de la propiedad recogida en el artículo 33.2 CE. No obstante, un voto particular se posicionaba a favor de la inconstitucionalidad de las normas objeto de controversia¹¹⁷. Otro supuesto lo representa la STC de 29 de noviembre de 1988¹¹⁸, que trató la problemática de la derogada Ley 29/1985, de 2 de agosto, de aguas¹¹⁹. El artículo 1.2 de esta Ley preveía que las aguas continentales superficiales, así como las subterráneas renovables, constituirían un recurso unitario subordinado al interés general y, por este motivo, era necesario que pasaran a formar parte del dominio público estatal. La problemática surgió respecto a aquellos derechos sobre las aguas anteriores a la entrada en vigor de la Ley. Por un lado, la Disposición Transitoria 1.ª permitía a los titulares de concesiones administrativas públicas anteriores a la entrada en vigor de la Ley mantener sus derechos durante un plazo máximo de setenta y cinco años. El TC entiende que la Ley establece una nueva regulación de estos derechos ya que limita su existencia en el tiempo, y argumenta que la perpetuidad no se puede predicar de los derechos sobre bienes de dominio público (sí respecto a los bienes privados) dado que ello iría en contra de los principios de inalienabilidad e imprescriptibilidad de esta clase de bienes (art. 132.1 CE). Por otro, las Disposiciones Transitorias 2.ª y 3.ª se refieren a los titulares de aguas privadas procedentes de manantiales o de pozos o galerías en explotación, los cuales tenían dos opciones: 1) inscribir su derecho en el Registro de Aguas como un aprovechamiento temporal de aguas privadas durante un periodo de cincuenta años. La doctrina no considera este derecho como un derecho de propiedad, puesto que la distinción entre el dominio y el derecho de aprovechamiento radicaría en la perpetuidad de las facultades del propietario, estas son, el uso y los poderes de disposición y reivindicación¹²⁰; y 2) mantener su titularidad de la misma forma, aunque sin la protección del Registro¹²¹. También hallamos la STC 149/1991, que resolvió varios recursos de inconstitucionalidad respecto a la Ley

¹¹⁷ A cargo de don Álvaro RODRÍGUEZ BEREJO, al que se adhieren el Magistrado don Pedro CRUZ VILLALÓN y el Magistrado don José GABALDÓN LÓPEZ, que defendía que la prórroga forzosa, junto con la congelación de las rentas, provocaba *«el vaciamiento total del derecho de propiedad, incluso de ese núcleo mínimo que es su utilidad económica individual»*.

¹¹⁸ RTC 1988/227.

¹¹⁹ BOE de 8 de agosto de 1985, núm. 189, pág. 25123.

¹²⁰ Ésta sería la principal diferencia, pues los titulares de un derecho de aprovechamiento también tienen atribuidas estas facultades, ver PÉREZ PÉREZ, Emilio, *Régimen jurídico estatal y autonómico de la propiedad inmobiliaria*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 2009, pág. 56.

¹²¹ Puesto que ambas Disposiciones se refieren expresamente a «los titulares de algún derecho conforme a la legislación que se deroga», no distingue por lo tanto la ley entre aprovechamiento o titularidad dominical (SAP de las Islas Baleares de 23 de junio de 2004 [JUR 2004/187687]).

22/1988, de 28 de julio, de costas¹²², que delimitó el dominio público marítimo-terrestre estatal (art. 3). Los perjudicados por esta Ley (los propietarios de una superficie de terreno que pasaba a ser de dominio público) tenían que pedir a la Administración el otorgamiento de una concesión por treinta años (prorrogable). Por lo tanto, éste sería un ejemplo de conversión del derecho de propiedad en un derecho de aprovechamiento¹²³. A éstas hay que añadir la STC 66/1991, en la que se discutió la medida prevista en el artículo 2 de la Orden de la Consejería de Agricultura, Ganadería y Montes de la Junta de Castilla y León, de 7 de enero de 1988¹²⁴, en virtud de la cual se prohibía en el ámbito territorial de esta CCAA el comercio con cangrejos vivos del río de cualquier especie. El Gobierno alegó su inconstitucionalidad al entender que era desproporcionada atendiendo al artículo 33.1 CE y a la libertad de empresa (art. 38.1 CE). El TC desestimó el recurso¹²⁵. Por su parte, la STC 37/1987, declaró constitucional los artículos 3, 15, 20 y 28 de la Ley 8/1984, de 3 de julio, de Reforma Agraria de Andalucía¹²⁶, que autoriza la expropiación del dominio o del uso de una finca (en este último caso, a través de un arrendamiento forzoso) si sus propietarios incumplen con la función social de la propiedad (art. 20). El TC declaró la constitucionalidad de estos preceptos ya que respeta el contenido esencial de la propiedad al no despojar al propietario de toda utilidad económica sobre el bien. También mencionamos el ATC 134/1995¹²⁷, de 9 de mayo, que resolvió un conflicto en torno a la Ley 22/1987, de Propiedad Intelectual¹²⁸. La duda que se planteaba era si se ve afectado el contenido esencial del derecho de propiedad si el adquirente de un soporte material no puede difundir públicamente esta obra sin el consentimiento de su autor. El TC utiliza el primer criterio que prevé la STC 11/1981 (configuración dogmática del derecho subjetivo) para determinar el contenido esencial del derecho, concluyendo que dicho

¹²² BOE de 29 de julio de 1988, núm. 181, pág. 23386.

¹²³ PÉREZ PÉREZ, E., *ob. cit.*, págs. 45 y sigs.

¹²⁴ LCyL 1988/11.

¹²⁵ El TC afirmó que «no toda medida que incida en la libre circulación de bienes —y personas— por el territorio nacional es necesariamente contraria al artículo 139.2 de la Constitución, sino que únicamente lo será cuando persiga de forma intencionada la finalidad de obstaculizar la libre circulación o genere consecuencias objetivas que impliquen el surgimiento de obstáculos que no guardan relación y sean desproporcionados respecto del fin constitucionalmente lícito que pretenda la medida adoptada».

¹²⁶ BOE de 13 de agosto de 1984, núm. 193, pág. 23562.

¹²⁷ RTC 1995/134.

¹²⁸ BOE de 17 de noviembre de 1987, núm. 275, pág. 34163.

contenido no se ve afectado¹²⁹. Y por último, la STC 301/1993 resolvió una cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto al artículo 19 LPH, en la medida en que la prohibición impuesta a un copropietario del uso de su local por un plazo de hasta dos años, por infracción de ciertas normas de la comunidad de propietarios y sin ningún tipo de indemnización, podría ir en contra de lo que dispone el artículo 33 CE. El TC afirmó que el artículo 19.1 se refiere a un tipo de propiedad (la propiedad horizontal) en la que existe la necesidad de compaginar los derechos e intereses concurrentes de una pluralidad de propietarios y ocupantes de los pisos, situación que justifica, sin duda, la fijación, legal o estatutaria, de específicas restricciones o límites a las facultades de uso y goce de los inmuebles.

Finalmente, hemos de apuntar que la función social está relacionada con el artículo 33.3 CE, que prevé la expropiación por causas de interés social o utilidad pública. En atención a esto, parece que la función social puede llegar a limitar de una manera acusada el derecho de propiedad, es decir, puede limitar las facultades de uso, disfrute y disposición, pero sin vaciar el derecho de todo contenido evaluable económicamente, lo que comportaría afectar a su contenido esencial. ¿Qué sucedería en este caso? La STC de 29 de noviembre de 1988 argumenta que para que los particulares tengan derecho a una indemnización por expropiación sobre la base del artículo 33.3 CE es necesaria «*la sustracción o ablación de un derecho o interés legítimo impuesto a uno o varios sujetos*». Esto quiere decir: *a)* que si el legislador limita todas estas facultades sin que haya una causa amparada en la CE hasta llegar a una situación en la que no se puede reconocer el derecho, la medida sería entonces inconstitucional, a no ser que se lleve a cabo una expropiación; y *b)* que aquellas medidas que limitan el contenido del derecho y que están amparadas legalmente (por ejemplo, en la función social) son constitucionales y no darían lugar, por sí solas, a una indemnización.

¹²⁹ «La atribución al autor del ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra han venido formando parte en nuestra legislación precedente del conjunto de derechos o facultades que conformaban el contenido de la propiedad intelectual del autor —arts. 7 y 19 de la Ley de la Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1879 (NDL 25059)—, sino también, más concretamente, que la comunicación pública de la obra, en cuanto forma especial de explotación, y la consiguiente prohibición de que aquélla pueda realizarse sin la preceptiva autorización, forma parte hoy del contenido de la propiedad intelectual del autor sobre su obra».

6.3. LA IMBRICACIÓN DE LA PROPIEDAD COMPARTIDA Y DE LA PROPIEDAD TEMPORAL EN NUESTRO SISTEMA DOMINICAL

No existe, hoy por hoy, en nuestro sistema civil una normativa suficiente para posibilitar el desarrollo de las tenencias intermedias (propiedad compartida y propiedad temporal) que aquí hemos propuesto, sin un desarrollo legislativo adecuado.

No obstante, sí que existen ya anclajes legales concretos en algunos preceptos legales autonómicos sobre vivienda, de manera que las diversas formas de tenencia intermedia se van vinculando a vivienda social, lo que, como hemos dicho *supra* no necesariamente debería ser sólo así, sino que con una regulación civil se abriría el campo a un desarrollo del mercado de vivienda libre de tenencias intermedias, al tiempo que se crearía un *corpus* de normativa básica que diera certeza jurídica a los intervinientes en la promoción y financiación de estas viviendas. Así, en Cataluña, el artículo 71 de la Ley 18/2007 se modificó en 2011¹³⁰, acuñándose por primera vez el término de «propiedad compartida» y posibilitando el desarrollo de vivienda social en régimen de propiedad compartida, dado que queda claro que se trata de la transmisión del dominio de una parte de la vivienda y la retención del resto por parte del transmitente (promotor, financiadora) y da la posibilidad de ir escalando en el dominio. Además, el vigente Pacto Nacional de la Vivienda catalán 2007-2016 prevé en sus medidas 3 y 4, que forman parte del objetivo 1.1.2 del Pacto, la promoción de nuevas figuras de acceso a la vivienda protegida, que sean intermedias entre el alquiler y la plena propiedad. Un protosistema de propiedad compartida —parecido al que existía en Cataluña en la versión anterior al art. 71 de la Ley 18/2007— es el que se prevé introducir en la Ley de vivienda de Galicia¹³¹: un sistema de copropiedad con la Xunta que obliga al necesitado de vivienda a adquirir el 60 por 100 del inmueble, lo que consideramos, por diversos motivos¹³², poco flexible. Ello contrasta con que a nivel estatal, el Plan estatal 2009-2012 (Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre¹³³) buscaba aún promover la absorción de la vivienda construida sin prever las tenencias intermedias, lo que no puede considerarse un acierto. El Plan 2013-2016 sigue ignorando las tenencias intermedias.

¹³⁰ Fue sustituido por el artículo 162 de la Ley 9/2011, de 29 de diciembre.

¹³¹ <http://www.elconfidencialautonomico.com/galicia/073987/solucion-para-el-problema-de-la-vivienda-en-galicia-la-xunta-incluire-la-propuesta-de-copropiedad-publica-en-la-nueva-ley-de-vivienda>. Consulta el 19-9-2013.

¹³² No sólo que, si acaba siendo así, el único copropietario pueda ser la Xunta, sino también que dicho 60 por 100 puede ser, en ocasiones, muy oneroso para el comprador. Además, sin una base de Derecho Civil, ¿cuál será el régimen que regirá dicho condominio?

¹³³ *BOE* de 24 de diciembre de 2008, núm. 309, pág. 51909.

En principio, la propiedad compartida y la propiedad temporal, tal y como las venimos conceptualizando, se podría entender que se apartarían de la configuración tradicional del derecho de propiedad en el CC, sobre todo en sus características de unidad, absolutismo y perpetuidad, lo que no necesariamente debe ser así. Así, las notas características del derecho de propiedad en el Código Civil son las siguientes (cfr. SSTs de 27 de junio de 1991 y 24 de octubre de 2005¹³⁴): unidad, perpetuidad (el derecho dura mientras exista el objeto), exclusividad (el propietario está facultado para impedir que un tercero utilice el bien, y en caso de intromisión ilegítima tiene la posibilidad de recuperarlo), elasticidad (en caso de existir un derecho real que limite el derecho, el propietario recupera la facultad que se ha transmitido cuando este derecho se extingue) y no limitación (en el sentido de indeterminación de las facultades que pueden ejercerse sobre el bien, es decir, la propiedad incluye todas las facultades que no han sido excluidas voluntaria o legalmente). Lo mismo puede predicarse del artículo 541-1 CCC¹³⁵, que prevé como características esenciales su generalidad, abstracción, elasticidad, exclusividad y perpetuidad¹³⁶, con el matiz que el legislador catalán ha incorporado también su función social (art. 541-2 CCC), lo que supone una adaptación del CCC a las nuevas necesidades sociales¹³⁷.

Por lo tanto, el derecho de propiedad en ambos textos se sitúa en la órbita de los sistemas de Derecho Civil¹³⁸ y no en la concepción angloamericana de la misma como *bundle of rights* o como *slice of time*, de donde parten, precisamente, las dos figuras que proponemos. Por lo tanto, ¿sería posible la implementación de las tenencias intermedias en Derecho español dado que, *a priori*, no sería posible fragmentar la propiedad? Para dar una respuesta, analizaremos los elementos que caracterizan la función social de la propiedad y si el legislador español, respetando su contenido esencial, podría llevar a cabo una regulación de estas tenencias¹³⁹.

¹³⁴ RJ 1991/9821 y RJ 2005/8285 respectivamente. Ver también MONTÉS, V. L., *ob. cit.*, págs. 67 y sigs.

¹³⁵ «La propiedad adquirida legalmente otorga a los titulares el derecho a usar de forma plena los bienes que constituyen su objeto y a disfrutar y disponer de ellos. 2. Los propietarios conservan las facultades residuales que no se han atribuido a terceras personas por ley o por título».

¹³⁶ LLEBARÍA SAMPER, Sergio, «Artículo 541-1», en DECANATO AUTONÓMICO DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA, *Derechos reales. Comentarios al Libro V del Código Civil de Cataluña*, vol. I, Bosch, Barcelona, 2008, pág. 434. No todas estas características se pueden deducir del artículo 541-1 CCC.

¹³⁷ De acuerdo con PADIAL ALBÁS, Adoración y TOLDRÀ ROCA, M.^a Dolors, *El Derecho de Propiedad y otros derechos reales en el Derecho Civil de Cataluña*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 18 y 33.

¹³⁸ Vid. *supra*.

¹³⁹ Sobre la base de las consideraciones de MUÑOZ GUIJOSA, M.^a Astrid, «Propiedad privada, función social y Texto Refundido de la Ley de Suelo», en *Revista de Urbanismo y Edificación Aranzadi*, num. 20/2009. Editorial Aranzadi, S. A., Pamplona. 2009. BIB 2009/2301.

Los tres primeros elementos de esta función son su carácter estructural, la referencia de la función social al destino del bien objeto del derecho y el hecho de que corresponde al legislador concretar dicha función, que no plantean problemas significativos puesto que: *a)* ya hemos visto como la función social tiene un carácter estructural respecto al derecho de propiedad; *b)* la finalidad o destino primordial de una vivienda en régimen de propiedad compartida o temporal sería atender las necesidades de alojamiento de sus titulares; y *c)* es una obligación del legislador la delimitación del contenido del derecho de propiedad atendiendo a su función social, respetando siempre su contenido esencial (STC 227/1988). Los otros elementos, sin embargo, presentan una mayor complejidad.

Así, el cuarto elemento es la necesaria armonización de los intereses del propietario y de la colectividad en el proceso de concreción del elemento funcional del derecho. Para determinar este elemento, PÉREZ LUÑO¹⁴⁰ entiende que hay que poner la función social en relación con los principios del Estado social y democrático de derecho, los valores informadores del estatuto de los derechos fundamentales y las normas de la Constitución Económica. En consecuencia, debemos averiguar si existe un principio que justifique la delimitación del derecho de propiedad por el legislador, pues tal y como nos recuerda RODRÍGUEZ DE SANTIAGO¹⁴¹ la función social no puede recaer sobre todos los bienes, es decir, solo lo puede hacer sobre aquellos bienes o derechos privados que son, al mismo tiempo, apoyo de intereses generales o bienes de la colectividad. En nuestra opinión, estos intereses tendrían amparo en el artículo 47 CE, que regula el derecho constitucional a una vivienda digna y habilita a los poderes públicos a promover las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho. Además, el Estatuto de Autonomía de Cataluña configura la vivienda como un principio rector (art. 47) y como un derecho en el ámbito civil y social (art. 26). Por lo tanto, entendemos que el legislador podría regular nuevas fórmulas para acceder a una vivienda sobre la base del artículo 47 CE, que habilita y justifica la imposición por parte de los poderes públicos de límites al derecho de propiedad¹⁴².

El quinto y último elemento es la correcta aplicación del principio de proporcionalidad, es decir, la intervención del legislador en el contenido del derecho tiene que ser proporcionada, lo que significa, en nuestro caso, analizar si el legislador respeta el contenido esencial del derecho de propiedad al regular las tenencias intermedias. Para ello utilizaremos el test de proporcionalidad, que comprende tres elementos: *a)* el juicio de adecuación —la medida que se evalúa tiene que ser adecuada para la consecución de un fin constitucionalmente

¹⁴⁰ PÉREZ LUÑO, A. E., y RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A., *ob. cit.*, pág. 527.

¹⁴¹ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José M.^a, «Las garantías constitucionales de la propiedad», en *Revista de Administración Pública*, núm. 177, septiembre-diciembre de 2008, pág. 178.

¹⁴² Ver JARIA MANZANO, Jordi, «El derecho a una vivienda digna en el contexto del Estado social», en Sergio NASARRE (dir.), *El acceso a la vivienda en un contexto de crisis*, Edisofer, Madrid, 2011, págs. 71 a 73.

lícito, lo que ya hemos demostrado—; *b*) el juicio de necesidad —la medida tiene que ser necesaria no existiendo una alternativa menos onerosa—, lo que se puede justificar por los problemas estructurales para acceder a una vivienda digna¹⁴³; y *c*) el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, que se traduce en una evaluación de costes y beneficios, es decir, las ventajas que se obtienen con la medida tienen que ser mayores que las desventajas que la misma genera. En cuanto a los beneficios, tanto la propiedad compartida como la propiedad temporal previsiblemente redundarán en beneficio de la sociedad en su conjunto, dotando al acceso a la vivienda de una tercera vía que cumple con los principios de asequibilidad, flexibilidad y estabilidad en la tenencia; para el poder público podrían ser una vía para obtener beneficios sociales y financieros a corto y largo plazo; y desde un punto de vista financiero, contribuirían al aumento de los activos inmobiliarios de los individuos.

Y en cuanto a los costes o sacrificios, veamos a continuación hasta qué punto se tiene que sacrificar el derecho de propiedad para regular las tenencias intermedias y en qué medida se respetaría su contenido esencial:

A) En cuanto a la *propiedad temporal*, existen dos problemas: la temporalidad del dominio y la posible coexistencia de dos propietarios. En cuanto a la temporalidad del dominio, PÉREZ PÉREZ¹⁴⁴, en la línea del TC, niega que el derecho de propiedad pueda tener un carácter temporal, puesto que la perpetuidad del dominio formaría parte de su contenido esencial. Esta característica sería entonces el criterio para distinguir entre un derecho de aprovechamiento, necesariamente temporal (incluyendo dentro de este concepto el derecho de carácter temporal sobre las aguas así como la propiedad superficiaria) y el derecho de propiedad. En nuestra opinión, es cierto que la perpetuidad es una característica del dominio tal y como se configura en los artículos 348 CC y 541-1 CCC (junto con su unidad, exclusividad, abstracción y elasticidad), pero esta noción de propiedad es una de las propiedades a las cuales hace referencia la STC 37/1987 cuando habla de plasticidad del dominio, que se manifiesta en la existencia de diversas propiedades o estatutos jurídicos diversos. Por lo tanto, si bien es cierto que el artículo 348 CC tenía un carácter cuasi-constitucional antes de la CE¹⁴⁵, ello no quiere decir que el legislador tenga que respetar hoy en día todas las facultades que caracterizan esa propiedad, es decir, en nuestra opinión sólo ha de respetar el contenido esencial *ex* artículos 33.1 y 53.1 CE. Bajo esta perspectiva, el legislador podría regular una propiedad temporal por las siguientes razones:

¹⁴³ Vid. *supra*, epígrafe 1.

¹⁴⁴ PÉREZ PÉREZ, E., *ob. cit.*, pág. 60.

¹⁴⁵ ALONSO PÉREZ, Mariano, «La propiedad en el Código Civil», en *Historia de la propiedad en España, siglos XV-XX*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999, pág. 501.

1. En primer lugar, porque es discutible que la perpetuidad forme parte del contenido esencial del derecho de propiedad, a pesar de que el TC se haya pronunciado a favor de esta tesis (por ejemplo, STC de 29 de noviembre de 1988). Y es que mientras que la exclusividad es una característica necesaria para que el propietario pueda obtener un rendimiento económico (mediante el ejercicio, por ejemplo, de la facultad de uso)¹⁴⁶, la temporalidad del derecho no afecta al derecho de propiedad ni en su vertiente institucional (la propiedad sigue siendo un elemento que permite a la persona el libre desarrollo de la personalidad en el contexto socio-económico que prevé la CE) ni en su vertiente individual (el propietario puede ejercer igualmente todas las facultades que integran el contenido esencial del derecho a pesar de la temporalidad de éste). Con todo, entendemos que la propiedad temporal se tendría que prolongar durante un periodo mínimo de tiempo, puesto que en caso contrario se podría frustrar la finalidad de proveer de una vivienda asequible. Veamos en este sentido lo que sucede con el *leasehold*, que se puede constituir por el periodo de un mes hasta los 999 años. Cuando el *lease* es de corta duración, la posibilidad de constituir una hipoteca o de obtener una ganancia patrimonial gracias a su transmisión es más teórica que real, ya que su valor patrimonial es poco significativo en comparación con los *leases* de larga duración en los que el titular del derecho (*leaseholder*) retiene casi todo el valor patrimonial de la finca¹⁴⁷. Por este motivo, una duración mínima, a determinar por el legislador, podría ser necesaria para la operatividad de la propiedad temporal como tenencia intermedia. El mismo razonamiento encontramos en la STC 227/1998 en cuanto a los derechos de aprovechamiento de aguas públicas que se limitan temporalmente (75 años) después de la Ley 29/1985, de aguas. El TC afirma que la fijación de este plazo «no es tampoco arbitraria ni engendra inseguridad jurídica, ya que, aun cuando pueda suponer una disminución de las expectativas de rentabilidad patrimonial originadas por situaciones creadas al amparo de la legislación anterior, este nuevo límite temporal es razonable y suficiente, a efectos de la amortización de las obras necesarias para la normal utilización de la concesión». Es decir, en cuanto a la propiedad temporal hay que prever un plazo

¹⁴⁶ Vid. *supra*, epígrafe 6.1.

¹⁴⁷ Efectivamente, aquí «the long residential lease is typically granted for terms of 99, 125 or 999 years and a substantial premium will be paid to purchase this interest, similar to the amount that would be paid to buy a freehold interest. Here is the lease that will have a significant capital value, rather than the reversion. Indeed, the leaseholder will usually perceive himself as the “owner” of the property, as a purchaser rather than a tenant», ver BRIGHT, Susan, *Landlord and Tenant Law in Context*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2007, pág. 6.

de duración que permita al nuevo propietario tener la seguridad de que obtendrá una rentabilidad de su derecho.

2. En segundo lugar, porque aunque consideráramos la perpetuidad como un elemento esencial del derecho de propiedad, este hecho tampoco impediría que el legislador pudiera fraccionar la propiedad por periodos de tiempo porque sería suficiente con que el legislador respetara el resto o una parte de los elementos que integran el contenido esencial del derecho de propiedad. Es decir, sería posible que un propietario tuviera las facultades de usar, disfrutar y disponer de un bien por un periodo de tiempo. En este caso, la limitación del derecho de propiedad sobre la base de la función social no llegaría a desnaturalizarlo, puesto que el resto (o una parte, en su caso) de las facultades que permitirían obtener una rentabilidad permanecerían intactas. En nuestro ordenamiento podemos encontrar varios ejemplos de propiedades temporales que cumplirían con estos requisitos. Así:

- en el ámbito estatal el artículo 14 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, de propiedad intelectual¹⁴⁸, prevé que el autor de una obra tiene una serie de derechos de carácter patrimonial, de los cuales podemos destacar los de explotación (art. 17), disposición (art. 57) y, en particular, el de carácter moral, que se materializa en varias facultades (por ejemplo, la posibilidad de exigir el reconocimiento de la condición de autor de la obra, art. 14). Este derecho está limitado a la vida del autor y setenta años después (art. 26), razón por la cual entiende la doctrina que la propiedad intelectual es *temporal*, absoluta y exclusiva¹⁴⁹;
- MATEO Y VILLA¹⁵⁰ defiende que la titularidad fiduciaria sobre la base de un negocio fiduciario (atípico) es temporal y corresponde al fiduciario. Aunque hoy en día es difícil mantener esta postura atendiendo a la jurisprudencia del TS (que defiende que en el negocio fiduciario tiene lugar una simulación relativa sin que la causa *fiduciae* tenga fuerza suficiente para transmitir el dominio, sentencias de 26 de abril de 2001¹⁵¹ y 26 de julio de 2004¹⁵²), a principios del siglo XX se admitió que el fiduciario era propietario a todos los efectos de los bienes objeto de fiducia, titularidad que

¹⁴⁸ BOE de 22 de abril de 1996, núm. 97, pág. 14369.

¹⁴⁹ ROGEL VIDE, Carlos, «A: Artículos 428 y 29 del Código Civil y Ley de Propiedad Intelectual», en ALBALADEJO, Manuel y Díez ALABART, Silvia (Dirs.), *Comentarios al Código Civil*, Tomo V, vol. 4, Edersa, 1994. Id. vLex: VLEX-228566.

¹⁵⁰ MATEO Y VILLA, Íñigo, «De la fiducia gestión», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 704, noviembre-diciembre de 2007, pág. 2631.

¹⁵¹ RJ 2001/2037.

¹⁵² RJ 2004/6633.

entendemos era temporal hasta que se cumplía la finalidad en virtud de la cual se había transmitido inicialmente la propiedad (teoría del doble efecto real y obligacional)¹⁵³, y a finales del siglo XX se ha considerado la existencia de una propiedad material del fiduciante y otra formal del fiduciario (SSTS de 19 de mayo de 1989¹⁵⁴ y 8 de marzo de 1988¹⁵⁵);

- además, tanto el Derecho estatal como el catalán regulan el derecho de superficie (arts. 40 y 41 del RDL 2/2008 y 564-1 CCC), que es un derecho real limitado sobre una finca ajena que atribuye temporalmente la propiedad separada de las construcciones o de las plantaciones que tengan lugar sobre la finca. La doctrina¹⁵⁶ defiende que del derecho de superficie regulado en la ley estatal surgen dos propiedades diferentes en un plano de igualdad: la propiedad del *dominus soli* (propietario del suelo) y la propiedad del superficiario, la cual revierte a manos del propietario del suelo una vez finalizado el periodo pactado (que no puede sobrepasar los noventa y nueve años, art. 40.2 del RDL 2/2008). Por su parte, BADOSA COLL¹⁵⁷ argumenta que la propiedad superficiaria catalana «*es anómala y de cualidad inferior a la propiedad ordinaria*», principalmente por su temporalidad y, además, que esta propiedad «*tiene, además, el contenido y efectos propios de cualquier propiedad*». Es decir, esta propiedad, a pesar de ser anómala (una situación que no comporta ningún efecto jurídico) y de calidad inferior (atendiendo a la duración del derecho y no a las facultades que lo integran), otorga al propietario las facultades de uso, disfrute y disposición sobre la cosa. Por lo tanto, la denominada “propiedad superficiaria” se podría considerar como una propiedad temporal a todos los efectos;
- la titularidad fiduciaria en los casos de sustituciones fideicomisarias (arts. 783 CC y 426-1 CCC). Así, el fiduciario tiene la condición de propietario temporal hasta que se cumpla el plazo fijado o la condición prevista (cfr. art. 426-26.1 CCC¹⁵⁸);

¹⁵³ Ver, en este sentido, SIMÓN MORENO, Héctor, «El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en NASARRE AZNAR, Sergio y GARRIDO MELERO, Martín (coords.), *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 175.

¹⁵⁴ RJ 1989/3780.

¹⁵⁵ RJ 1988/1607.

¹⁵⁶ DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, «El nuevo derecho de superficie», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 712, marzo-abril de 2009, pág. 670.

¹⁵⁷ BADOSA COLL, Ferrán, «Artículo 564-1», en DECANATO AUTONÓMICO DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA, *Derechos reales. Comentarios al Libro V del Código Civil de Cataluña*, vol. III, Bosch, Barcelona, 2008, págs. 1422 y 1423.

¹⁵⁸ Para el Derecho estatal, ver ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, «Artículos 774 a 805 del Código Civil», en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, y Díez ALABART, Silvia (dirs.), *Comentarios*

- tanto el CC como el CCC regulan las donaciones a plazo o condición resolutoria y con cláusula de reversión (arts. 641 CC y 531-16 y 19 CCC). En estos casos, el donatario adquiere la propiedad de los bienes de forma temporal solamente hasta el cumplimiento del plazo o la condición;
- y, finalmente, es posible pactar un dominio temporal o bien mediante una cláusula que permita aplazar la transmisión de la propiedad o bien a través de la fijación de una cláusula resolutoria que tendría su origen en el derecho de disposición del propietario. Por lo tanto, una condición resolutoria, fruto del poder de disposición del primer propietario, podría ser otra vía para limitar el horizonte temporal de la propiedad.

Todos estos ejemplos demuestran que la duración del derecho de propiedad se ha modulado por el legislador y la jurisprudencia, incluso con anterioridad a la CE.

En definitiva, de todo lo anterior podemos concluir:

1. Que no existe una diferencia esencial entre el derecho de aprovechamiento (ej. aguas) y el derecho de propiedad, dado que la propiedad también puede ser temporal (tal y como lo demuestran los ejemplos descritos, y ambos conceden las mismas facultades, a salvo de las limitaciones impuestas por vía administrativa (ej. aguas).
2. Y que aunque la perpetuidad formase parte del contenido esencial del derecho de propiedad (opinión que nosotros no compartimos), el legislador no debería encontrar problemas a la hora de regular la propiedad temporal si respeta el resto del contenido esencial, dado que así lo ha hecho en varias ocasiones. En la propiedad temporal propuesta el derecho es reconocible y existe una rentabilidad real porque tanto el propietario temporal como el propietario original conservan determinadas facultades que permiten que del derecho de propiedad pueda originarse un beneficio en su favor.

al Código Civil, Tomo X, vol. 2.º, Edersa, 1984, págs. 307 y 308: «Pues bien —digo—, se parte de la base de que el fiduciario es propietario temporal; no de que es usufructuario. Los bienes los posee, disfruta y adquiere sus rendimientos, administra, etc., porque son suyos; no como quien goza de una cosa ajena». Y, para el Derecho catalán, «el fiduciario tiene el uso y disfrute de los bienes fideicomisos y de sus subrogados y accesiones, hace suyos los frutos y rentas, y disfruta de todos los demás derechos que la Ley atribuye al propietario, pero lo que adquiere que no sean frutos o rentas se incorpora al fideicomiso», atendiendo a DEL POZO CARRASCOA, Pedro; VAQUER ALOY, Antoni, y BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de Sucesiones*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pág. 163.

En definitiva, el legislador puede fragmentar la propiedad sobre una vivienda por periodos de tiempos con independencia de si se considera que la perpetuidad del derecho de propiedad forma parte de su contenido esencial.

Y, en cuanto al segundo de los problemas de la propiedad temporal, el de la coexistencia de dos propietarios sobre el bien (una latente o expectante, la del propietario original y otra real durante el plazo pactado), nos lleva a analizar si la unidad del dominio forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad. En cuanto a ello podemos realizar dos consideraciones:

- a) En primer lugar, que la unidad del dominio que se predica del artículo 348 del Código Civil no es absoluta, puesto que podemos encontrar excepciones como por ejemplo el censo enfiteútico, que tiene lugar cuando una persona, el censalista, cede a otra, el censatario, el dominio útil de una finca (*dominium utile*), reservándose el cedente tanto el dominio directo sobre esta (*dominium directum*) como el derecho a percibir una pensión anual del censatario por el inmueble recibido (art. 1605 CC). Parte de la doctrina configura este tipo de censo como un derecho real de propiedad con dos cotitulares, cada uno con facultades dominicales sobre la finca¹⁵⁹. Otro ejemplo lo encontramos en la reserva de dominio, pacto mediante el cual el vendedor de un bien mueble se reserva el dominio de la cosa vendida hasta el pago total del precio de compra por parte del adquirente. Esta cláusula se encuentra prevista legalmente en el artículo 7.10 de la Ley 28/1998, de 3 de julio, de venta a plazos de bienes muebles¹⁶⁰, y existen diversas teorías que intentan explicar su naturaleza jurídica: 1) la teoría de la condición suspensiva¹⁶¹, en virtud de la cual la propiedad sólo se transmite al comprador cuando éste cumple íntegramente con su obligación; 2) la teoría que defiende que estamos ante una condición resolutoria¹⁶², de tal manera que el adquirente es el propietario del bien desde el primer momento, pero si no paga el precio estipulado en el plazo pactado el vendedor recuperaría entonces la propiedad; 3) la teoría que defiende que en realidad existe una prenda sin desplazamiento. El pacto funcionaría entonces como una condición resolutoria, pero el incumplimiento de la obligación no provocaría que el vendedor recuperase la propiedad

¹⁵⁹ Es la opinión de ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil. Derecho de bienes*, vol. III, 10.ª ed., Edisofer, Madrid, 2004, pág. 640.

¹⁶⁰ BOE de 14 de julio de 1998, núm. 167, pág. 23510.

¹⁶¹ MONTÁÑEZ RAMOS, Manuel, *Algunas reflexiones respecto del pacto de reserva de dominio*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, pág. 140.

¹⁶² GIMENO BAYÓN, «La compraventa con pacto de reserva de dominio», en *Consejo General del Poder Judicial*, Madrid. 1993, págs. 373-464.

del bien, sino que le autorizaría a su realización¹⁶³; y 4) la teoría que considera que existe una propiedad compartida. Efectivamente, según MARTÍNEZ DE VELASCO¹⁶⁴: «*durante la reserva el vendedor tiene la propiedad, apoyada en la ley, y el comprador tiene las acciones de la propiedad. El dominio, por todo ello, ha perdido parte de su originario absolutismo, por así haberlo querido las partes contratantes en la cláusula de reserva, lo que se explica por haber adquirido a través de ésta una función de garantía. Pagado el precio, la propiedad del vendedor, ya sin función de aseguramiento, pasa al comprador y la propiedad útil de éste desaparece por falta de función, quedando totalmente consumada la venta*». Por lo tanto, podemos observar que a nivel doctrinal se defiende la falta de unidad de la propiedad en la reserva de dominio. A mayor abundamiento, pensemos por ejemplo en el caso de la ya analizada propiedad superficiaria o el de las donaciones con cláusula de reversión o con condición resolutoria¹⁶⁵.

- b) Y en segundo término, faltaría por ver (si consideráramos que la unidad del dominio forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad) si las limitaciones estarían justificadas atendiendo al principio de proporcionalidad. Tal y como ya hemos visto con anterioridad, si el contenido esencial del derecho de propiedad no se ve afectado *in toto*, entonces la existencia de una propiedad asimilable a la del nudo propietario (no puede usar ni disfrutar del bien inmueble, pero puede disponer de su derecho) no afectaría a la esencia del derecho. Es decir, habría un equilibrio entre las ventajas y los inconvenientes de la limitación (no nos encontraríamos por lo tanto con el mismo caso que el discutido en la STC 19/1994). Pensemos que existen otras situaciones reguladas en nuestro ordenamiento jurídico en las cuales el derecho de propiedad está mucho más disminuido y es puramente nominal, por ejemplo, los inversores en fondos de inversión colectiva de carácter financiero y en fondos de inversión inmobiliaria, regulados en la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva 35/2003, de 4 de noviembre¹⁶⁶ (arts. 29 a 31 y 35 a 38), así como en los fondos de pensiones (art. 8.4

¹⁶³ BARRADA ORELLANA, que opina que «la LVP configura una reserva de dominio de naturaleza real, un derecho real sobre cosa ajena, que faculta a su titular, el acreedor, para, vencida y no satisfecha la obligación asegurada, promover frente a cualquiera la realización del valor del bien vendido a plazos, con la finalidad de cobrarse con el precio obtenido, con carácter preferente», ver BARRADA ORELLANA, Reyes, «Aproximación al pacto de reserva de dominio según la Ley 28/1998, de venta a plazos de bienes muebles», en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 82, enero-febrero de 1999, pág. 297.

¹⁶⁴ MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio Cano, *La reserva de dominio*, J. M. Bosch Editor, 2005. Id. vLex: VLEX-277731.

¹⁶⁵ Vid. *supra*.

¹⁶⁶ BOE de 5 de noviembre de 2003, núm. 265, pág. 39220.

del RDL 1/2002, de 29 de noviembre¹⁶⁷). Estos fondos constituyen patrimonios tipo copropiedad, es decir, los inversores tienen la condición de copropietarios y su derecho de propiedad les faculta principalmente a exigir unos rendimientos y un reembolso de lo invertido. En este sentido, la doctrina afirma que «*cómo puede ser alguien propietario sin tener ningún derecho más que el de beneficiarse de la cosa (fondo), ello es más propio de un usufructuario*»¹⁶⁸, dado que no tienen ninguna otra facultad dominical sobre el fondo en tanto que las tiene la gestora del mismo (que paradójicamente es la única que no es cotitular del fondo). Por último, también puede entenderse (como lo ha hecho el Anteproyecto catalán 2013 de tenencias intermedias) que la propiedad temporal existe por transmisión del dominio por un periodo cierto y determinado, de manera que existe un solo propietario (el temporal), mientras que el transmitente tiene una expectativa de recuperar el bien, transcurrido el plazo de tiempo acordado.

B) En cuanto al *régimen de propiedad copropiedad*, se plantean problemas similares a la temporal, pero esta vez entre un propietario original que no tiene ninguna facultad de uso sobre el inmueble pero que puede cobrar una renta por la parte del inmueble que aún retiene y un nuevo propietario que consolida en su patrimonio una parte del inmueble con vocación y derecho a ir adquiriendo el resto. De este modo, tenemos:

- a) Que no se trata de una comunidad romana ordinaria de los artículos 399 y siguientes del CC ni se le pueden aplicar muchos de sus preceptos (por ejemplo, la división de la cosa común del art. 400 CC). Ello no reviste problema alguno, dado que ya existen otros modos de ordenar a diversos condóminos, con limitaciones, como sucede con la propiedad horizontal (STC 301/1993).
- b) Que se plantea la problemática de fraccionar el dominio: la existencia de dos propietarios (el propietario original y el nuevo propietario) podría ir en contra de la concepción unitaria y absoluta de la propiedad. Aquí nos planteamos de nuevo si la unidad del dominio forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad, y damos por reproducidas las mismas consideraciones realizadas respecto a la propiedad temporal¹⁶⁹, en el sentido de que el censo enfitéutico (art. 1605 CC), el pacto de reserva de dominio (art. 7.10 de la Ley 28/1998) y la “propiedad superficiaria”

¹⁶⁷ BOE de 13 de diciembre de 2002, núm. 298, pág. 43361.

¹⁶⁸ NASARRE AZNAR, Sergio, y RIVAS NIETO, Estela, «Patrimonios financieros sin personalidad. Naturalidad jurídica y régimen tributario», en *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, núm. 261, 2004, págs. 69 y 70.

¹⁶⁹ Vid. *supra*.

(arts. 40 y 41 del RDL 2/2008 y 564-1 CCC) constituyen ejemplos en los que el legislador ya ha fraccionado la propiedad. Además, sería suficiente con que el legislador respetara el resto del contenido esencial del derecho (por ejemplo, las facultades de disfrute o disposición) para fraccionar el dominio sobre la base de su función social¹⁷⁰.

- c) Que esta modalidad de propiedad podría provocar un vacío de las facultades del propietario original al pasar a tener el nuevo propietario el uso exclusivo de la vivienda. Sin embargo, el propietario original mantiene las siguientes facultades: 1) disposición de su cuota; 2) disfrute de su cuota, percibiendo una renta del nuevo propietario; y 3) recuperación de la plena propiedad mediante el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto legales. Todas estas facultades demuestran que el derecho del propietario original tiene un contenido económico y, por lo tanto, que su propiedad no queda completamente vacía. Además, y como ya se ha dicho, nuestro ordenamiento jurídico ya admite situaciones en las que el derecho de propiedad se encuentra incluso más disminuido. Nos referimos a los derechos de los inversores en fondos de inversión colectiva de carácter financiero, en fondos de inversión inmobiliaria y en fondos de pensiones.
- d) Y, por último, tenemos un posible problema derivado de la elasticidad, es decir, que se podría predicar cierta imposibilidad de que el nuevo propietario fuese, a la vez, propietario e inquilino (consolidación). A ello, pueden argumentársele dos cuestiones: primera, que no es propietario e inquilino de la misma cuota del inmueble, sino que es propietario de la cuota que ha adquirido (y que habrá financiado, posiblemente, mediante un préstamo hipotecario) e inquilino de la que le queda por adquirir; y la segunda, que en el caso de considerarse que ambas posiciones recaen sobre un mismo inmueble, no sería la primera vez que en nuestro derecho dos derechos que recaen sobre la misma persona sobre el mismo objeto no se extingue uno de ellos por consolidación, como ha venido sucediendo con el derecho real de aprovechamiento por turnos en el periodo entre su inscripción registral y su transmisión a terceros¹⁷¹ (art. 4.1 y 3 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias¹⁷², hoy en RDL 8/2012, de 16 de marzo, de contratos de aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico,

¹⁷⁰ Sobre ello, vid. *infra*.

¹⁷¹ Verlo en SIMÓN MORENO, Héctor, *La optimización de la hipoteca española desde la perspectiva europea*, Barcelona, 2011, Ed. Bosch, pág. 181, quien aporta algunos otros ejemplos en sede de servidumbre y usufructo en Derecho Civil catalán.

¹⁷² BOE de 16-12-1998, núm. 300, pág. 42076.

de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio¹⁷³).

7. CONCLUSIONES

1. La dicotomía propiedad-alquiler se ha revelado insuficiente para garantizar el acceso a la vivienda de las familias españolas en las condiciones del artículo 47 CE: el pleno dominio puede llevar en ocasiones al sobreendeudamiento familiar; el mercado de alquiler sigue estando infradesarrollado, poco vertebrado y no profesionalizado. Entre ambas formas de tenencia debería introducirse una regulación de naturaleza civil —con sus posibles adaptaciones para promover vivienda social con esta forma de tenencia— de las denominadas «tenencias intermedias».
2. Las tenencias intermedias «tradicionales», como el uso, la habitación, la enfiteusis, el arrendamiento con opción de compra, etc., se han mostrado ineficaces para crear un tercer mercado de tenencias alternativo a la propiedad y el alquiler, de manera que es necesario desarrollar legislativamente nuevas formas que, superando los derechos reales o los contratos, se basen en el fraccionamiento del dominio, tanto en su adquisición progresiva (propiedad compartida) como en su temporalidad (propiedad temporal).
3. En esta línea, las tenencias intermedias aquí acuñadas, que se vienen desarrollando en Inglaterra desde los años ochenta, gracias al impulso de las *housing associations*, combinan la seguridad en la tenencia (por la condición de propietario del necesitado de vivienda), con la asequibilidad (necesariamente debe valer menos una vivienda por veinte años que una vivienda para siempre; o un 20 por 100 de la vivienda que directamente el 100 por 100 de la misma) y la flexibilidad (diversas posibles duraciones, escalar o disminuir, posible enajenación de la parte consolidada o durante el tiempo de la tenencia, posibilidad de combinar propiedad temporal con propiedad compartida, etc.), posibilitando con ello un *continuum* en el modo de acceder a la vivienda.
4. Tanto la propiedad temporal como la compartida necesitan un desarrollo legal *ad hoc*, que bien puede basarse en los objetivos y configuraciones que aquí hemos propuesto. No obstante, dicha regulación debe pasar necesariamente por el fraccionamiento del dominio, lo que aparentemente puede contrastar con cómo se ha venido entendiendo la propiedad en España en base a los artículos 348 del CC y 33 CE.

¹⁷³ BOE de 17-3-2012, núm. 66, pág. 24332.

5. El derecho de propiedad regulado en el artículo 33 CE contiene una doble vertiente: una constitucional y otra individual, como derecho subjetivo. La vertiente institucional supone que la propiedad privada es un pilar del contexto socio-económico que prevé la CE junto con la libertad y la dignidad; mientras que la vertiente individual consiste en el contenido esencial del derecho, es decir, en una serie de facultades mínimas (usar, disfrutar y disponer) que también podemos encontrar en textos supranacionales (como en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea), sin las cuales la propiedad no podría servir a la finalidad económica que prevé la CE. El legislador, a la hora de regular la propiedad compartida y la propiedad temporal, deberá tener en cuenta ambas vertientes.
6. El contenido esencial del derecho no es un núcleo indisponible sino que es un concepto autónomo que sirve al legislador como criterio de valoración a la hora de aplicar el principio de proporcionalidad y delimitar así el dominio. Esta limitación tendría su justificación en el artículo 33.2 CE, que contempla la función social de la propiedad.
7. El legislador puede fragmentar la propiedad y regular tanto la propiedad temporal como la propiedad compartida con base en la función social de la propiedad, y ello con independencia de si se considera que la perpetuidad y/o la unidad del dominio forman parte de su contenido esencial. De hecho, encontramos numerosos ejemplos en nuestra legislación que demuestran que el legislador ya ha establecido excepciones a dichas características, como la “propiedad superficiaria”, la fiduciaria, propiedad intelectual, enfiteusis, reserva de dominio, donaciones con condición resolutoria o cláusula de reversión, etc.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1. *El continuum y las tenencias intermedias.*

LISTA DE TABLAS

Tabla 1. *Comparativa entre el derecho de superficie modelo Barcelona 2009 con el objetivo ideal de las tenencias intermedias.* Fuente: elaboración propia.

Tabla 2. *Objetivos de las políticas de vivienda en relación con la propiedad compartida y la propiedad temporal.* Fuente: elaboración propia.

LISTA DE JURISPRUDENCIA

- STJCE de 29 de enero de 2008 (*TJCE* 2008/11).
- STEDH de 30 de agosto de 2007 (*JUR* 2007/252568). Caso J. A. Pye (Oxford) Ltd i J.A. Pye (Oxford) Land Ltd contra Reino Unido.
- STJCE de 13 de marzo de 2007 (*TJCE* 2007/58).
- STC 112/2006, de 5 de abril (*RTC* 2006/112).
- STS de 24 de octubre de 2005 (*RJ* 2005/8285).
- STJCE de 12 de julio de 2005 (*TJCE* 2005/219).
- STS de 26 de julio de 2004 (*RJ* 2004/6633).
- SAP de las Islas Baleares de 23 de junio de 2004 (*JUR* 2004/187687).
- STS de 26 de abril de 2001 (*RJ* 2001/2037).
- STJCE de 13 de abril de 2000 (*TJCE* 2000/80).
- STS de 3 de julio de 1998 (*RJ* 1998/5123).
- ATC 134/1995, de 9 de mayo (*RTC* 1995/134).
- STC 50/1995, de 23 de febrero (*RTC* 1995/50).
- STJCE de 13 de diciembre de 1994 (*TJCE* 1994/200).
- STC 215/1994, de 14 de julio (*RTC* 1994/215).
- STC 89/1994, de 17 de marzo (*RTC* 1994/89).
- STS de 27 de junio de 1991 (*RJ* 1991/9821).
- STJCE de 13 de noviembre de 1990 (*TJCE* 1991/80).
- STC 120/1990, de 27 de junio (*RTC* 1990/120).
- STJCE de 11 de julio de 1989 (*TJCE* 1990/16).
- STC de 29 de noviembre de 1988 (*RTC* 1988/227).
- STS 19 de mayo de 1989 (*RJ* 1989/3780).
- STS 8 de marzo de 1988 (*RJ* 1988/1607).
- STC 37/1987, de 26 de marzo (*RTC* 1987/37).
- STC 111/1983, de 2 de diciembre (*RTC* 1983/111).
- STC 37/1981, de 16 de noviembre (*RTC* 1981/37).
- STC 11/1981, de 8 de abril (*RTC* 1981/11).
- STEDH de 13 de junio de 1979 (*TEDH* 1979/2). Caso Marckx contra Bélgica.
- STS de 3 de julio de 1941.
- STS de 4 de julio de 1928.

LISTA DE LEGISLACIÓN

- Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del alquiler de viviendas (*BOE* de 6 de junio de 2013, núm. 134, pág. 42244).
- Real Decreto-ley 8/2012, de 16 de marzo, de contratos de aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacio-

- nales de larga duración, de reventa y de intercambio (*BOE* de 17 de marzo de 2012, núm. 66, pág. 24332).
- Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo (*BOE* de 10 de marzo de 2012, núm. 60, pág. 22492).
 - Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (*BOE* de 6 de marzo de 2012, núm. 56, pág. 18783).
 - Ley 9/2011, de 29 de diciembre (DOGC 30-12-2011, núm. 6035, pág. 66432).
 - Decreto 13/2010, de 2 de febrero (DOGC 11-2-2010, núm. 5565, pág. 9379).
 - Plan estatal 2009-2012 [RD 2066/2008, de 12 de diciembre (*BOE* de 24 de diciembre de 2008, núm. 309, pág. 51909)].
 - Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, del suelo (*BOE* de 26 de junio de 2008, núm. 154, pág. 28482).
 - Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda (DOGC de 9 de enero de 2008, núm. 5044, pág. 1609).
 - Decreto 255/2005, de 8 de noviembre, de actualización del Plan para el derecho a la vivienda 2004-2007 (DOGC de 10 de noviembre de 2005, núm. 4507, pág. 36207).
 - Circular del Banco de España 4/2004, de 22 de diciembre, de entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros (*BOE* 30-12-2004, núm. 314, pág. 42410).
 - Ley de Instituciones de Inversión Colectiva 35/2003, de 4 de noviembre (*BOE* de 5 de noviembre de 2003, núm. 265, pág. 39220).
 - Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (*BOE* de 4 de noviembre de 2003, núm. 264, pág. 38924).
 - Ley 44/2002, de 22 de noviembre (*BOE* de 23 de noviembre de 2002, núm. 281, pág. 41273) (nota al pie 10).
 - Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre (*BOE* de 13 de diciembre de 2002, núm. 298, pág. 43361).
 - Convenio de Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales de 1999 (*BOE* de 6 de mayo de 1999, núm. 108, pág. 16808).
 - Ley 28/1998, de 3 de julio, de venta a plazos de bienes muebles (*BOE* de 14 de julio de 1998, núm. 167, pág. 23510).
 - Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, de propiedad intelectual (*BOE* de 22 de abril de 1996, núm. 97, pág. 14369).
 - Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (*BOE* de 25 de noviembre de 1994, núm. 282, pág. 36129).
 - *Burgerlijk Wetboek* —Código Civil holandés— de 1992.
 - Orden de la Consejería de Agricultura, Ganadería y Montes de la Junta de Castilla y León de 7 de enero de 1988 (LCyL 1988/11).
 - Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas (Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas).
 - Ley 22/1987, de Propiedad Intelectual (*BOE* de 17 de noviembre 1987, núm. 275, pág. 34163).

- Ley 29/1985, de 2 de agosto, de aguas (*BOE* de 8 de agosto de 1985, núm. 189, pág. 25123).
- Ley 8/1984, de 3 de julio, de Reforma Agraria de Andalucía (*BOE* de 13 de agosto de 1984, núm. 193, pág. 23562).
- Ley 2/1981, de 25 de marzo, del Mercado Hipotecario (*BOE* de 15 de abril de 1981, núm. 90, pág. 8148).
- Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 (*BOE* de 29 de diciembre de 1964, núm. 312, pág. 17387).
- *Codi Civile* de 1942.
- *Bürgerliches Gesetzbuch* —Código Civil alemán— de 1899.
- Código Civil Español de 1889.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Derecho Civil. Derecho de bienes*, vol. III, 10.^a ed., Edisofer, Madrid, 2004.
- «Artículos 774 a 805 del Código Civil», en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, y DÍEZ ALABART, Silvia (dirs.), *Comentarios al Código Civil*, Tomo X, vol. 2.^o, Edersa, 1984.
- ALONSO PÉREZ, Mariano: «La propiedad en el Código Civil», en *Historia de la propiedad en España, siglos XV-XX*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: *Informe del relator especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado*, señor Miloon Kothari. Misión a España, A/HRC/7/16/Add.2, 7-2-2008.
- ASOCIACIÓN HIPOTECARIA ESPAÑOLA: *Actividad hipotecaria de octubre 2011 y previsiones 2012* (www.ahe.es).
- BADOSA COLL, Ferrán: «Artículo 564-1», en DECANATO AUTONÓMICO DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA, *Derechos reales. Comentarios al Libro V del Código Civil de Cataluña*, vol. III, Bosch, Barcelona, 2008.
- BALL, Jane: «Fragmentando la propiedad para la asequibilidad: la *shared ownership* o “nuevas” tenencias en Inglaterra y Francia», en Sergio NASARRE (dir.), *El acceso a la vivienda en un contexto de crisis*, Madrid, 2011, Ed. Edisofer.
- BARRADA ORELLANA, Reyes: «Aproximación al pacto de reserva de dominio según la Ley 28/1998, de venta a plazos de bienes muebles», en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 82, enero-febrero de 1999.
- BERNAL PULIDO, Carlos: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.
- BOZALONGO, Ana: «Problemas económicos de las comunidades para la conservación de la finca», en Sergio NASARRE AZNAR (dir.), *El acceso a la vivienda en un contexto de crisis*, Madrid, 2011, Ed. Edisofer.

- BRIGHT, Susan: *Landlord and Tenant Law in Context*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2007.
- BRIGHT, Susan y HOPKINS, Nicholas: «Evaluating legal models of affordable home ownership in England», en Terry TURNIPSEED (ed.), *Community, Home and Identity*, 2012, Routledge Cavendish, en prensa.
- «Home, meaning and identity: learning from the English model of shared ownership», en *Housing theory and society*, vol. 28, núm. 4.
- CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOLOGICAS (CIS): *Estudio 2835*, 27 de abril de 2010. Disponible en <http://www.cis.es>.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: *Datos sobre el efecto de la crisis en los órganos judiciales 3T 2011*, disponible en www.poderjudicial.es.
- DADOMO, Christian y FARRAN, Susan: *French substantive law. Key elements*, Sweet & Maxwell, Londres, 1997.
- DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel: «El nuevo derecho de superficie», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 712, marzo-abril de 2009.
- DEL POZO CARRASCOSA, Pedro; VAQUER ALOY, Antoni y BOSCH CAPDEVILA, Esteve: *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de Sucesiones*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. III. Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, 5.^a ed., Civitas, Navarra, 2008.
- DUGUIT, León: *Manual de Derecho Constitucional: teoría general del Estado, el derecho y el Estado, las libertades públicas*, Comares, Granada, 2005.
- EUROSTAT: *Combating poverty and social exclusion. A statistical portrait of the European Union*, 2010 Ed.
- *Youth in Europe. A statistical portrait*, 2009 Ed. (se puede encontrar en http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-78-09-920/EN/KS-78-09-920-EN.PDF).
- *Population by tenure status, 2009* (se puede encontrar en [http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php?title=File:Population by tenure status, 2009 \(1\) \(%25 of population\).png&filetimestamp=20120110104744](http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php?title=File:Population_by_tenure_status_2009_(1)_(%25_of_population).png&filetimestamp=20120110104744)).
- FERRÁNDIZ GABRIEL, Carlos y NASARRE AZNAR, Sergio: «Métodos alternativos de acceso a la vivienda en Derecho Privado», en *Iuris*, núm. 158, marzo de 2011.
- FISHER, Howard D.: *The German Legal System and Legal Language*, Fourth Edition, Routledge-Cavendish, London, 2009.
- FORNT I PARADELL, Jaume: «El dret de superfície: la nova fórmula de l'Ajuntament de Barcelona per accedir a un habitatge protegit», en AJUNTAMENT DE BARCELONA, «El dret de superfície: un nou règim de tinença per a l'habitatge protegit a Barcelona, serie *Qüestions d'habitatge*, núm. 17, octubre de 2009. Se puede encontrar en http://www.pmhb.org/publicacions.asp?gc_id=20236.
- FUNDACIÓN ENCUENTRO: *Informe España 2011. Una interpretación de su realidad social* (se puede encontrar en <http://www.fund-encuentro.org/>).
- GAMBARO, A., «Property Law», en LENA, Jeffrey S. y MATTEI, Ugo, *Introduction to Italian Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2002.
- GIMENO BAYÓN: «La compraventa con pacto de reserva de dominio», en *Consejo General del Poder Judicial*, Madrid. 1993.

- GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel: «Artículo 38. La libertad de empresa», en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo III, Editoriales de Derecho Reunidas, Edersa, 1996.
- GUTIÉRREZ-BARQUÍN, Pedro González: «El derecho de la propiedad privada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en BASTIDA, Francisco J. (coord.), *Propiedad y Derecho Constitucional*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005.
- HOLMANS, A., MONK, S. y WHITEHEAD, C.: *Research report: homes for the future*, Shelter, noviembre de 2008.
- INSTITUTO DE POLÍTICA FAMILIAR: *Informe Evolución de la Familia en Europa 2009*.
- INURRIETA BERUETE, Alejandro: *Mercado de vivienda en alquiler en España: más vivienda social y más mercado profesional*, Madrid, 2007, Fundación Alternativas, Working Paper 113/2007.
- JARIA MANZANO, Jordi: «El derecho a una vivienda digna en el contexto del Estado social», en NASARRE AZNAR, Sergio (dir.), *El acceso a la vivienda en un contexto de crisis*, Edisofer, Madrid, 2011.
- KEMENY, Jim: *The myth of homeownership. Private versus public choices in housing tenure*, Londres, 1981, Routledge & Kegan Paul Ltd.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Derechos reales*, vol. III, Dykinson, Madrid, 2008.
- *La Constitución de Weimar: la Constitución alemana de 11 de agosto de 1919*, Tecnos, Madrid, 2010.
- LEAL, Jesús: «La política de vivienda en España», en *Documentación Social. Revista de Estudios Sociales y Sociología Aplicada*, núm. 138, Madrid, 2005.
- LLEBARÍA SAMPER, Sergio: «Artículo 541-1», en DECANATO AUTONÓMICO DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA, *Derechos reales. Comentarios al Libro V del Código Civil de Cataluña*, vol. III, Bosch, Barcelona, 2008.
- MARTÍNEZ ALARCÓN, M.^a LUZ: «La aplicación judicial del Derecho Constitucional», en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 21, 2008.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis: «Ámbito material de los derechos fundamentales, dimensión institucional y principio de proporcionalidad», en *Persona y Derecho*, 54, 2006.
- MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio Cano: *La reserva de dominio*, J. M. Bosch Editor, 2005. Id. vLex: VLEX-277731.
- MATEO Y VILLA, Íñigo: «De la fiducia gestión», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 704, noviembre-diciembre de 2007.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva M.^a y TOLIVAR ALAS, Leopoldo: «El derecho de propiedad desde la perspectiva del TEDH», en AA.VV., *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al profesor doctor Lorenzo Martín-Retortillo*, vol. II, Gobierno de Aragón, Zaragoza.
- MICHAEL, Lothar: «¿El contenido esencial como común denominador de los derechos fundamentales en Europa?», traducido del alemán por Cristina ELÍAS MÉNDEZ, en *Revista Española de Derecho Constitucional Europeo*, Año 6. núm. 11, enero-junio de 2009.
- MONK, S. y WHITEHEAD, C.: «Making Housing More Affordable – The Role of Intermediate Tenures», Oxford, United Kingdom, 2010, Ed. Wiley-Blackwell.

- MONTÁNCHEZ RAMOS, Manuel: *Algunas reflexiones respecto del pacto de reserva de dominio*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006.
- MONTÉS, Vicente L.: *La propiedad privada en el sistema de Derecho Civil contemporáneo*, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1980.
- MUÑOZ GUIJOSA, M.^a Astrid: «Propiedad privada, función social y Texto Refundido de la Ley de Suelo», en *Revista de Urbanismo y Edificación Aranzadi*, num. 20/2009. Editorial Aranzadi, S. A., Pamplona. 2009. BIB 2009/2301.
- NASARRE AZNAR, Sergio: *La garantía de los valores hipotecarios*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003.
- «La insuficiencia de la normativa actual sobre acceso a la vivienda en propiedad y en alquiler: la necesidad de instituciones jurídico-privadas alternativas para facilitar el acceso a la vivienda. Algunas propuestas», en Sergio NASARRE (dir.), *El acceso a la vivienda en un contexto de crisis*, Madrid, 2011, Ed. Edisofer.
 - «Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 727.
- NASARRE AZNAR, Sergio y RIVAS NIETO, Estela: «Patrimonios financieros sin personalidad. Naturalidad jurídica y régimen tributario», en *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, núm. 261, 2004.
- NATIONAL HOUSING FEDERATION: *Funding future homes: executive summary and discussion*, 2012, NHF y Departamento de Land Economy-Universidad de Cambridge.
- PADIAL ALBÁS, Adoración y TOLDRA Roca, M.^a Dolors: *El Derecho de propiedad y otros derechos reales en el Derecho Civil de Cataluña*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- PAREJO ALFONSO, Luciano José: «Algunas consideraciones sobre el derecho de propiedad a la luz de la jurisprudencia», en LÓPEZ GUERRA, Luis María (coord.), *Estudios de Derecho Constitucional: homenaje al profesor don Joaquín García Morillo*, 2001.
- «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año núm. 1, núm. 3, 1981.
- PÉREZ PÉREZ, Emilio: *Régimen jurídico estatal y autonómico de la propiedad inmobiliaria*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 2009.
- PEREÑA PINEDO, Ignacio: «La función social del derecho de propiedad», en BASTIDA, Francisco J. (coord.), *Propiedad y Derecho Constitucional*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005.
- PÉREZ DE NANCLARES, José Martín: «Artículo 17. Comentario», en MANGAS MARTÍN, Araceli, *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique y RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, Alfonso: «Artículo 33. Propiedad privada y herencia», en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo III, Editoriales de Derecho Reunidas, Edersa, 1996.
- POSNER, Richard: «Economic analysis of Law», en ACKERMAN, Bruce A., *Economic foundations of property law*, Little, Brown and Company, Boston, 1975.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María: «Artículo 33», en CASAS BAAMONDE, María Emilia, RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel, *Comentarios a la Constitución Española: XXX aniversario*, Fundación Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2008.

- «Las garantías constitucionales de la propiedad», en *Revista de Administración Pública*, núm. 177, septiembre-diciembre de 2008.
- ROGEL VIDE, Carlos: «A: Artículos 428 y 29 del Código Civil y Ley de Propiedad Intelectual», en ALBALADEJO, Manuel y Díez ALABART, Silvia (dirs.), *Comentarios al Código Civil*, Tomo V, vol. 4, Edersa, 1994. Id. vLex: VLEX-228566.
- ROLLA, Giancarlo: «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en una perspectiva comparada. Técnicas de codificación y cláusulas de interpretación», en *Revista Española de Derecho Constitucional Europeo*, año 6, núm. 11, enero-junio de 2009.
- SCHWARCZ, Steven L., *Distorting legal principles*, 2010, hallable en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1532465.
- SIMÓN MORENO, Héctor: «El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en NASARRE AZNAR, Sergio y GARRIDO MELERO, Martín (coords.), *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- SPF SHERWINS: Documento *Affordable Housing Mortgage Rates*, de 16-3-2012.
- VAN ERP, Sjef: «Globalisation or isolation in new Dutch property law? The New Civil Code of the Netherlands and the New Civil Codes of the Netherlands Antilles and Aruba Compared», *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 7.5, diciembre de 2003.
- VINUESA, Julio: *La vivienda vacía en España: un despilfarro social y territorial insostenible*, en *Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, vol. XII, núm. 270 (39), 1-8-2008.

RESUMEN

VIVIENDA TENENCIAS INTERMEDIAS FUNCIÓN SOCIAL

En el presente trabajo se analizan vías alternativas para superar los problemas que actualmente presenta la dicotomía vivienda en propiedad-vivienda en alquiler. Efectivamente, ambas formas de tenencia inmobiliaria se han revelado insuficientes para garantizar el acceso de los ciudadanos a una vivienda digna, con lo que se hace necesaria la búsqueda de nuevas formas de tenencia que permitan crear un auténtico tercer mercado de vivienda. Estamos hablando de la propiedad compartida y de la propiedad temporal, que están basadas en el esquema inglés de la shared ownership y del leasehold, y que parten de la necesidad del fraccionamiento del dominio, en el tiempo y en su adquisición progresiva. Por ello, estas tenencias intermedias entre

ABSTRACT

HOUSING INTERMEDIATE TENURES SOCIAL FUNCTION

This paper looks at alternative ways of dealing with the problems posed these days by the dichotomy between owning and renting a home. Both paths have certainly turned out to fall short of ensuring citizens' access to decent housing. New forms of householding need to be found so that a real third housing market can be created. We are talking about shared ownership and temporary ownership, which are based on English law's shared ownership and leaseholds, all of which can be traced to the need to break up ownership over time and over progressive stages of acquisition. This hybrid halfway between owning and renting could therefore pose problems, in view of the dogmatic way traditional property ownership is set up

el dominio y el alquiler podrían plantear problemas con la configuración dogmática de la propiedad tradicional en nuestro sistema, principalmente con su perpetuidad y unidad, de acuerdo con el artículo 348 del Código Civil y también debe analizarse su constitucionalidad conforme al artículo 33 de la Constitución Española. En definitiva, el presente trabajo propone fórmulas alternativas que constituyan un continuum entre el alquiler y el pleno dominio, ya que combinan flexibilidad, estabilidad y asequibilidad, facilitando así el acceso a una vivienda, demostrando su compatibilidad tanto civil como constitucional.

in our system (the primary stumbling blocks being the perpetuity and unity of property under article 348 of the Spanish Civil Code). The constitutionality of such changes pursuant to article 33 of the Spanish Constitution needs to be looked at also. In short, this paper proposes alternative formulae that range over a continuum between rental and full ownership. They combine flexibility, stability and affordability, thus facilitating access to housing. Their compatibility with both civil and constitutional law is demonstrated.

(Trabajo recibido el 24-9-2012 y aceptado para su publicación el 31-7-2013)

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Reflexiones sobre la Ley 1/2013, de protección a los deudores hipotecarios

por

MATEO C. JUAN GÓMEZ
Abogado de BUFETE BUADES

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. CAPÍTULO I: SUSPENSIÓN DE LANZAMIENTOS:
 1. EL ÁMBITO TEMPORAL.
 2. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO.
- III. CAPÍTULO II: MEDIDAS DE MEJORA DEL MERCADO HIPOTECARIO:
 1. LA CUESTIÓN DE LA VIVIENDA HABITUAL.
 2. LIMITACIÓN DE LOS INTERESES MORATORIOS.
 3. VENTA EXTRAJUDICIAL.
 4. SOCIEDADES DE TASACIÓN.
 5. ADVERTENCIA DE LOS RIESGOS DERIVADOS DEL CONTRATO.
- IV. CAPÍTULO III: REFORMA DEL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO:
 1. MODIFICACIONES AL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS ESPECIALIDADES DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA:
 - A) *El importe para subasta no puede ser inferior al 75 por 100 de la tasación previa.*
 - B) *El domicilio en caso de establecimiento mercantil.*
 2. EL CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS:
 - A) *Análisis de oficio: Despacho de ejecución.*
 - B) *A instancia de parte: Causas de oposición.*
 - C) *Plazo transitorio y preclusivo concedido por la norma.*
 - D) *Consecuencias de la declaración del carácter abusivo.*
 3. LÍMITE DE LAS COSTAS PROCESALES.

4. VENCIMIENTO ANTICIPADO Y LIBERACIÓN DEL BIEN.
5. SUBASTA JUDICIAL:
 - A) *Anuncio de subasta.*
 - B) *Inspección del inmueble por tercero interesado.*
 - C) *Requisitos para la puja en subasta.*
 - D) *Subasta desierta.*
6. IMPUTACIÓN DE PAGOS Y CERTIFICADO DE DEUDA.
7. EJECUCIÓN DINERARIA POR EL REMANENTE.
- V. MODIFICACIONES AL REAL DECRETO-LEY 6/2012:
 1. AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NORMA:
 - A) *Umbral de exclusión (art. 3 del RDL 6/2013).*
 - B) *Fiadores.*
 - C) *Se aumenta el valor de adquisición máximo para la aplicación del Código de Buenas Prácticas.*
 2. DERECHO DE EXCLUSIÓN.
 3. INTERESES MORATORIOS.
 4. MODIFICACIONES AL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS:
 - A) *Comisión de control.*
 - B) *Régimen sancionador.*
 - C) *Reestructuración de deudas hipotecarias.*
 - D) *Medidas complementarias.*
 - E) *Dación en pago.*
 - F) *Adhesión al Código de Buenas Prácticas.*
- VI. CONCLUSIONES.
- VII. BIBLIOGRAFÍA.
- VIII. JURISPRUDENCIA CONSULTADA.

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 15 de mayo se publicó en el Boletín Oficial del Estado la *Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*, entrando en vigor el mismo día.

A vuela pluma, la rúbrica de la Ley inspira una doble reflexión. En primer lugar su numeración evoca el hecho de que nos encontramos ante la primera Ley promulgada en 2013, pese a acercarnos ya al ecuador del año. Dato algo preocupante si se tiene en consideración que sí ha habido tiempo de aprobar seis reales decretos leyes, y si unimos a lo anterior que en 2012 se promulgaron 29 Reales Decretos-leyes, por 17 Leyes de ámbito nacional, deberemos coincidir

con LÓPEZ JIMÉNEZ¹ en que «vivimos tiempos raros» pues «disponemos de un Parlamento que apenas legisla y de un Ejecutivo que legisla con fruición».

La segunda reflexión a extraer de la rúbrica de la norma puede resumirse en un interrogante, ¿realmente se ciñe la nueva ley únicamente a la reforma de las ejecuciones hipotecarias (*deudores hipotecarios*)? La respuesta es negativa pues, como veremos, se introducen reformas —lógicas por otra parte— que afectan al proceso de ejecución ordinaria.

La mejor forma de iniciar el estudio de una ley es la lectura de su Exposición de Motivos, declaraciones del legislador que servirán para interpretar el espíritu o finalidad (el *teleos*) de las disposiciones que la conforman. Analizando la Exposición de Motivos de la nueva ley se aprecia con cierta decepción la aplicación de la técnica de «copia y pega», al coincidir gran parte de la misma —palabra por palabra— con la recogida en el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre². Así, como ya se hiciera en el Real Decreto calendado, se reproducen diversos vocablos con indudable impacto político-social, tales como *crisis económica*, *vivienda habitual*, *exclusión social*, e incluso alguno poco apropiado desde una perspectiva de técnica jurídica, como el de *desahucios*³. Haciendo uso de dicha terminología, el legislador busca salir al paso de las demandas y presiones sociales de las que diariamente se hacen eco los medios de comunicación.

No obstante, sorprendentemente, se echa en falta en la meritada Exposición de Motivos, referencia alguna al proceso legislativo, que reviste gran singularidad en este caso al haberse originado por iniciativa legislativa popular, mecanismo de democracia participativa reconocido en nuestra Carta Magna⁴.

El objetivo del presente trabajo es el de destacar, sin ánimo de exhaustividad, las principales novedades introducidas por la esperada norma. Para ello, en un intento de presentar nuestro análisis de forma ordenada, seguiremos el mismo esquema interno de la ley, dividida en cuatro capítulos o temáticas conexas: (i) la suspensión de los lanzamientos; (ii) las medidas de mejora del mercado hipotecario; (iii) la reforma del proceso ejecutivo; (iv) las modificaciones al Real Decreto-ley 6/2012.

¹ «Revisión del marco jurídico hipotecario: condicionantes, limitaciones y consecuencias no deseadas», en *Diario La Ley*, núm. 8063, Sección Tribuna, 16 de abril de 2013.

² Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios (*BOE* 16-11-2012).

³ Pese a que está al orden del día el uso del término *desahucio* para hacer referencia al lanzamiento derivado de una ejecución hipotecaria, consideramos que dicha moda no debería arrastrar a los juristas.

El *desahucio*, como nos recuerda ZARZUELO DESCALZO (*Enciclopedia Jurídica La LEY*), no es sino «la especial acción de resolución por incumplimiento que tiene el arrendador en los arrendamientos de inmuebles».

⁴ Artículo 87.3 de la Constitución Española.

II. CAPÍTULO I: SUSPENSIÓN DE LANZAMIENTOS

La inclusión de dicho capítulo en la reforma legal parece no tener demasiado sentido. Pese a que en la Exposición de Motivos se proclama que dicho capítulo ostenta una trascendencia indudable⁵, lo cierto es que no es así y la arenga fijada en el preámbulo de la norma no es fruto sino del «copiado» al que antes nos hemos referido.

La suspensión de lanzamientos derivados de ejecución hipotecaria venía regulada en el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, prácticamente en los mismos términos que en la presente ley. Tan sólo concurren dos novedades que matizan las previsiones del antiguo (pese a que se cumplen ahora seis meses de su aprobación) Real Decreto. A saber:

1. EL ÁMBITO TEMPORAL

Al igual que hiciera el Real Decreto, la nueva ley suspende los lanzamientos por plazo de dos años a contar desde la entrada en vigor de la norma. La cuestión es simple, al aprobarse la Ley seis meses después que el Real Decreto, en la práctica supone una ampliación de medio año respecto de las suspensiones que pudieran acordarse.

2. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO

Se relaja uno de los requisitos que debían observarse del beneficiario de la suspensión. El Real Decreto exigía que los ingresos totales de la unidad familiar no superasen el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples⁶, pero ahora dicho límite máximo se amplía a cuatro veces e incluso cinco veces, en supuestos concretos de discapacidad, enfermedad o dependencia.

Cumple destacar que pese a vaciarlo totalmente de contenido, la nueva ley no deroga expresamente el Real Decreto-ley 27/2012 (de hecho la Ley no contiene ninguna Disposición Derogatoria), ni tan siquiera realiza mención alguna del

⁵ En concreto: «La trascendencia de esta previsión normativa es indudable, pues garantiza que durante este periodo de tiempo, los deudores hipotecarios, especialmente vulnerables, no puedan ser desalojados de sus viviendas, con la confianza de que, a la finalización de este periodo, habrán superado la situación de dificultad en que se puedan encontrar en el momento actual».

⁶ El IPREM es un índice empleado en España como referencia para la concesión de ayudas, becas, subvenciones o subsidios, entre otros. Actualmente se sitúa en 532,51 euros/mes, por lo que su triple asciende a 1.597,53 €, su cuádruple a 2.130,04 € y su quintuplo a 2.662,55 €.

mismo, ignorándolo de un modo absoluto, a diferencia de lo que sucede con el otro Real Decreto que modifica (RDL 6/2012⁷).

III. CAPÍTULO II: MEDIDAS DE MEJORA DEL MERCADO HIPOTECARIO

Mediante el Capítulo II se reforman preceptos de la Ley Hipotecaria, de la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario y de la Ley 41/2007. La modificación se centra principalmente en cinco cuestiones.

1. LA CUESTIÓN DE LA VIVIENDA HABITUAL

En las últimas reformas operadas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativas a la ejecución hipotecaria, ha ido ganando protagonismo la cuestión de la vivienda habitual, limitando los potenciales valores de adjudicación o el posible lanzamiento del inmueble. Como era predecible, el rol concedido a la vivienda habitual ha generado numerosas dudas conceptuales (¿qué debe entenderse por vivienda habitual? ¿hay tal vez que acoger el concepto tributario?) y procesales (¿sobre quién pesa la carga de acreditar la condición de vivienda habitual?).

La Ley 1/2013, a la que hay que reconocer cierto mérito en este punto, viene a suavizar el debate añadiendo un apartado 3 al artículo 21 de la Ley Hipotecaria, por el que se exige que en las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda se haga constar el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda. Tal manifestación, contenida en escritura pública constituirá a la postre una presunción procesal *iuris tantum*. Eso aclara la cuestión de la carga procesal para los préstamos que se pudieran conceder a futuro, pero no esclarece la cuestión respecto de los préstamos celebrados hasta la fecha —en los que no se incluye tal manifestación—, ni tampoco las dudas relativas al concepto de vivienda habitual y, más concretamente, si es suficiente con el ánimo o si se exige la permanencia efectiva y continuada durante un determinado lapso temporal.

Pensemos, por ejemplo, en quién adquiere una segunda vivienda que *a posteriori*, por avatares de la vida debe transformar en su primera vivienda, sin deshacerse de la anterior. ¿Cuánto tiempo ha de permanecer en esta segunda para que sea tenida por tal? Y, paralelamente ¿cuánto tiempo debe ausentarse de la primera para que deje de ostentar tal condición?

⁷ Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.

2. LIMITACIÓN DE LOS INTERESES MORATORIOS

Éste es uno de los temas que más «juego» está dando actualmente a los Juzgados a la hora de tramitar una ejecución hipotecaria. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de marzo (y antes de ella la STJUE de 14 de junio de 2012⁸), y su proclama a la facultad —y deber— del juez de analizar —de oficio o a instancia de parte— el carácter abusivo de las cláusulas incorporadas en el título ejecutivo, ha dado lugar a numerosos acuerdos de jueces que tratan de unificar criterios para determinar qué debemos entender por cláusulas abusivas y, más concretamente, qué tipo de interés moratorio merece tal calificación. Así, a título de ejemplo:

- *Junta de Jueces de Primera Instancia de Barcelona (4-4-2013)*
Abusivos los que superen 2,5 veces el interés legal, salvo en aquellos casos en los que el interés remuneratorio pactado fuere superior al antes indicado, en cuyo caso el de demora no podrá superarlo en más de dos puntos. Ello siempre que se trate de un consumidor.
- *Junta de Jueces de Denia (22-4-2013)*
Abusivos los superiores a 2,5 veces el interés legal, al tiempo de celebración del contrato, siempre que se trate de un consumidor.
- *Junta Sectorial de Jueces de Primera Instancia de Elche (19-4-2013)*
Abusivos los superiores a tres veces el interés legal, a fecha del contrato, y siempre que se trate de vivienda habitual.
- *Junta Sectorial de Jueces de Primera Instancia de Santiago de Compostela (5-4-2013)*
Abusivos los que superen tres veces el interés legal, a fecha del contrato, siempre que se trate de un consumidor.
- *Junta Sectorial de Jueces de Primera Instancia de Toledo (16-4-2013)*
Abusivos los superiores a 2,5 veces el interés legal, a fecha del contrato, siempre que se trate de un consumidor.
- *Junta Sectorial de Jueces de Primera Instancia de Murcia (26-4-2013)*
Abusivos los superiores a tres veces el interés legal, a fecha del contrato, siempre que se trate de un consumidor.

⁸ En referencia a la sentencia de 14 de marzo de 2013 (C-415/2011. AS. Mohamed Aziz-CatalunyaCaixa) y a la sentencia de 14 de junio de 2012 (C-618/2010. AS. Banco Español de Crédito); ambas del Ponente señor Antonio TIZZANO.

Pues bien, la ley que nos ocupa introduce un tercer párrafo al artículo 114 de la Ley Hipotecaria por el que se fija como límite máximo de interés moratorio aplicable exclusivamente a los préstamos para adquisición de vivienda, garantizados con hipoteca sobre la misma (por tanto no a todo préstamo al consumo), el de tres veces el interés legal del dinero —no especifica si el observable al tiempo de la celebración del contrato o del impago— y sólo se devengarán sobre el principal pendiente de pago, proscribiéndose la capitalización de los mismos.

Interpretada la norma *a sensu contrario*, parece que aquellos préstamos al consumo —aunque fueran hipotecarios—, concertados con otros fines distintos que la adquisición de vivienda —lo que incluye, por ejemplo, una refinanciación—, pueden pactar un tipo de interés moratorio superior al de tres veces el interés legal del dinero. De esta forma, muchas de las estipulaciones contractuales que están siendo declaradas como nulas en la actualidad, deberán ser tenidas en lo sucesivo como lícitas. El problema estribará en a partir de qué porcentaje podrán tenerse por abusivos los intereses moratorios que se pacten en otros contratos a consumo. Lo único que parece claro es que el porcentaje deberá ser mayor.

Especial mención merece la Disposición Transitoria segunda de la norma, que niega con carácter general la aplicación retroactiva de la reforma del artículo 114, pero inmediatamente después matiza dicha afirmación. Así, se aplicará a los intereses de demora previstos en préstamos ya existentes, pero que se devenguen con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma o, también, sobre los ya devengados, pero aún no satisfechos. Acto seguido, para conceder virtualidad a tales efectos *ex nunc*, la propia disposición transitoria regula que los secretarios judiciales —o el notario en caso de ejecución extrajudicial—, en los procedimientos ya iniciados, deberán conceder al ejecutante un plazo de diez días para que recalcule la cantidad correspondiente a los intereses moratorios.

Esta medida, lejos de ser baladí, puede ser una de las que tengan mayor impacto en la dinámica actual en los procesos de ejecución hipotecaria. Nos explicamos. Hasta ahora, a excepción de alguna plaza⁹, aplicando la doctrina del TJUE, si los intereses moratorios eran considerados abusivos, el juez de instancia declaraba su nulidad, y sirviéndose del aforismo *quod nullum est, nullum effectum producit*, los tenía por no puestos, sin proceder en ningún caso a su moderación o integración¹⁰.

Sin embargo ahora, en opinión de quién suscribe, se produce una moderación *ex lege*, una verdadera mutación contractual, que obliga a tener por pactado un interés de demora igual a tres veces el interés legal con independencia de lo que figure en la redacción del contrato. De esta suerte, y he aquí lo relevante,

⁹ Véase el Acta de Junta de Jueces de Murcia, de 26 de abril de 2013.

¹⁰ A título de ejemplo, Auto de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 3.ª, de 8 de enero de 2013.

se veta la posibilidad de que la estipulación contractual puede ser declarada nula, pues el contenido de la misma —sin importar su redacción— equivale a tres veces el interés legal¹¹.

3. VENTA EXTRAJUDICIAL

Se modifica la Ley Hipotecaria a fin de adaptar el proceso de venta extrajudicial a las últimas reformas de la ejecución hipotecaria, para fortalecer el paralelismo entre los dos procedimientos. Como principal novedad cabe destacar la suspensión del proceso de venta extrajudicial en el caso de que alguna de las partes acredite que se ha planteado ante el órgano judicial competente (conforme al 684 LEC) la solicitud de nulidad de una determinada cláusula abusiva.

Hay quien podría pensar que tras esta alusión al artículo 684 LEC, se esconde una atribución encubierta de nuevas competencias a los Juzgados de Primera Instancia, o mejor, una retirada de competencias a los Juzgados de lo Mercantil, dado que estos últimos son los competentes para conocer de las acciones de nulidad frente a condiciones generales de la contratación¹². Pero en realidad no es así, dado que la Ley recoge expresamente que la cuestión del carácter abusivo se tramitará por los cauces y efectos del artículo 695.1 de la Ley Rituaria, esto es, de la oposición a la ejecución hipotecaria, por lo que sus efectos se ceñirán a los de la propia ejecución o, en este caso, venta extrajudicial.

4. SOCIEDADES DE TASACIÓN

Se modifica la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario a fin de establecer un mayor control sobre las sociedades de tasación de las que se sirvan las entidades de crédito, con el objeto de garantizar su independencia profesional. Así, por ejemplo, cabe destacar que (i) pasa a ser considerada como participación significativa en una sociedad de tasación, la que alcance, de forma directa o indirecta, al menos el 10 por 100 del capital o de los derechos de voto de la sociedad; (ii) se introduce un artículo 3 bis I, por el cual las entidades de crédito quedan obligadas a aceptar cualquier tasación de un bien aportada por el cliente, siempre que sea certificada por un tasador homologado de conformidad con lo

¹¹ Siguiendo esta teoría, de pretenderse en una ejecución posterior a la reforma —con un préstamo de fecha anterior a la misma claro está— reclamar un interés superior a este límite legal, el ejecutado tendrá la posibilidad de oponerse a la ejecución, pero no por la vía de alegar el carácter abusivo de la estipulación contractual, sino más bien por la vía del artículo 695.1.2.ª LEC, esto es, por error en la determinación de la cantidad exigible.

¹² Artículo 86 ter.2.d LOPJ.

previsto en la presente Ley y no esté caducada. Si la entidad de crédito considera pertinente realizar comprobaciones adicionales éstas correrán a su cargo.

Las medidas adoptadas por la nueva ley se cierran con un mandato al Banco de España, contenido en la Disposición Adicional Segunda, para que en el plazo de tres meses remita al Gobierno un informe con las medidas oportunas que convenga adoptar para fortalecer la independencia de las sociedades de tasación.

5. ADVERTENCIA DE LOS RIESGOS DERIVADOS DEL CONTRATO

El artículo 6 de la tantas veces citada Ley 1/2013 introduce una ingeniosa y novedosa medida que pretende garantizar el conocimiento de los prestatarios de determinados riesgos que pueden asumir con la firma de la escritura pública. En concreto, para aquellos supuestos en que se incorporen cláusulas limitativas de tipos de interés (suelo-techo), se introduzcan instrumentos de cobertura de tipos de interés (por ejemplo un *swap* implícito), o se concedan en varias divisas; la escritura pública deberá incorporar una declaración manuscrita por la que el prestatario manifieste haber sido advertido de los riesgos derivados del contrato.

No existirá duda de que esta declaración de conocimiento de riesgos ha sido leída y querida por el prestatario si él mismo la escribe y la firma. Lo que sí parece, y en nuestra opinión obliga a una reflexión al poder legislativo, es que se está poniendo en duda la virtualidad de la fe pública conferida a los notarios, desde el momento en que no basta que el reconocimiento de riesgos se incluya en la escritura y el notario asevere que se corresponde con lo querido y manifestado por las partes —o con lo obrante en la Oferta Vinculante previamente firmada por el prestatario—, sino que se exige que sea la propia parte quién lo escriba de su puño y letra.

IV. CAPÍTULO III: REFORMA DEL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO

El Capítulo III de la Ley es el encargado de modificar la Ley de Enjuiciamiento Civil. Lo primero que debe destacarse es que pese a su rúbrica (*Mejoras en el procedimiento de ejecución hipotecaria*), el capítulo citado introduce también modificaciones en el procedimiento de ejecución ordinaria o ejecución dineraria simple, por lo que su ámbito de aplicación va más allá de las ejecuciones hipotecarias.

Veamos las distintas modificaciones introducidas:

1. MODIFICACIONES AL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS ESPECIALIDADES DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA

Se modifica el artículo 682 de la Ley Rituaria, que identifica qué tipo de acciones podrán tramitarse por la vía de la ejecución hipotecaria. De no cumplirse los requisitos consignados en dicho precepto, la acción deberá conducirse por los trámites de la ejecución ordinaria o, en caso de no ser posible tampoco, por el procedimiento declarativo correspondiente.

A los requisitos clásicos: (i) que la acción ejecutiva se dirija frente a bienes hipotecados o pignorados en garantía de la deuda reclamada; (ii) que en la escritura se determine el precio de tasación del bien para subasta; (iii) que conste un domicilio del deudor designado por éste a efectos de requerimientos y notificaciones, y (iv) que los anteriores extremos se inscriban en el Registro de la Propiedad; se añaden dos matices o exigencias adicionales: (i) que el importe pactado por las partes para que sirva de subasta no sea inferior al 75 por 100 de la tasación realizada para el estudio de la operación del préstamo; (ii) en caso de que se trate de hipoteca sobre establecimiento mercantil éste constituirá necesariamente el domicilio a efectos de subasta. Veamos estos matices con mayor detalle.

A) *El importe para subasta no puede ser inferior al 75 por 100 de la tasación previa*

Al modificarse en las últimas reformas legislativas (y de nuevo en ésta) los porcentajes por los que pueden ser objeto de adjudicación los inmuebles hipotecados, y siendo que estos siempre parten de la base del tipo para subasta que las partes hayan pactado libremente en la escritura pública que sirve de título ejecutivo, se hacía necesario establecer algún tipo de control a este valor de tasación para evitar sencillas maniobras tendentes a evadir las últimas reformas.

Nótese que por más que se incremente el porcentaje mínimo por el que el acreedor pueda adjudicarse el inmueble en subasta, o tras declararse la misma desierta, mientras el valor de tasación fuera de libre elección de las partes en la escritura constitutiva, bastaría con fijar un importe manifiestamente inferior al real para convertir en inanes los esfuerzos legislativos.

Ahora bien, esta medida tendente a remediar un potencial problema, a nuestro entender, ha generado otro nuevo, de dimensión práctica.

Por una parte, tal reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil no ha venido acompañada de su reflejo en la reforma operada sobre la Ley 2/1981, de modo que se establezca la necesidad de que el fedatario incluya en la escritura pública el examen de este extremo. Eso obligará, en no pocas ocasiones, a acompañar

a la demanda el informe de tasación del inmueble o inmuebles, lo cual puede ser voluminoso en algunos casos¹³.

Pero a este problema, que casi podríamos calificar de medio ambiental, cabe añadir otro de mayores implicaciones procesales. ¿Qué hay de todos aquellos préstamos ya celebrados y en los que se haya fijado un valor de tasación inferior a este límite mínimo de nueva regulación? ¿Les queda vetada la ejecución hipotecaria? La respuesta se antoja más compleja de lo que parece. A priori diríamos que no es así, en tanto que al tiempo de concederse dichos préstamos no existía mandato legal alguno que se pareciera al de reciente imposición. En las disposiciones transitorias de la Ley no encontramos mención concreta a este nuevo requisito que introduce en el artículo 682 de la Ley Rituaria, pero tampoco debe obviarse la previsión general contenida en la Disposición Transitoria Primera¹⁴, o en la Disposición Transitoria Cuarta, apartado 1¹⁵.

Esta falta de concreción de la norma, a nuestro parecer, puede abrir un nuevo frente de inseguridad jurídica imputable a una falta de exhaustividad de la reforma. Sin perjuicio de ello, consideramos que una interpretación acorde al principio *pro actione* aconseja el acceso al proceso de ejecución hipotecaria de todas aquellas escrituras en las que, siendo de fecha anterior a la reforma, se hubiera fijado un importe de tasación inferior a ese 75 por 100. Después de todo, la alternativa pasa por la ejecución ordinaria, en la cual se procederá a un nuevo avalúo del bien, y dada la situación actual del mercado hipotecario no parece peregrino presumir que el valor que se le concediera actualmente al inmueble pudiera ser sensiblemente inferior al de la tasación a la que refiere la Ley 2/1981, o incluso al fijado por las partes en la propia escritura de préstamo.

B) *El domicilio en caso de establecimiento mercantil*

La primera reflexión aquí es que el mero hecho de que se hipoteque el establecimiento mercantil del deudor, implica que éste no es o no actúa en el caso

¹³ Piénsese, por ejemplo, en las grandes promociones inmobiliarias. En cualquier caso, tener que acompañar a cada demanda ejecutiva un nuevo bloque documental, si atendemos al número de procedimiento de ejecución hipotecaria en trámite, ello puede ocasionar un nada aconsejable aumento de las montañas de papel que, cada vez más, conforman la escenografía de nuestras oficinas judiciales.

¹⁴ Reza el artículo:

«Esta Ley será de aplicación a los procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria que se hubieran iniciado a la entrada en vigor de la misma, en los que no se hubiese ejecutado el lanzamiento».

¹⁵ El precepto guarda la siguiente dicción:

«Las modificaciones de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, introducidas por la presente Ley, serán de aplicación a los procesos de ejecución iniciados a su entrada en vigor, únicamente respecto a aquellas actuaciones ejecutivas pendientes de realizar».

concreto como consumidor, sino como empresario. Siendo así, qué sentido tiene establecer esta limitación a su libre actuar. Piénsese ahora en una compañía en expansión que decide abrir nuevos establecimientos mercantiles además del centro donde radiquen sus intereses principales, ¿por qué no va a poder fijar como domicilio para notificaciones y requerimientos el de sus oficinas principales?

En suma, éste es un añadido a la norma que no parece introducir ventaja o elemento práctico alguno. Después de todo tampoco puede pensarse que tienda ello a facilitar las labores del requerimiento judicial y la agilización del proceso, pues el artículo 686 de la Ley es taxativo al establecer que si el requerimiento intentado en el lugar que figure en el Registro resultare negativo, deberá procederse al requerimiento por conducto edictal.

2. EL CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Éste es posiblemente el tema estrella de la reforma y el más esperado (junto a la ausente dación en pago). El análisis de las posibles cláusulas abusivas se posibilita en un doble momento procesal, acabando así con la incompatibilidad de nuestro ordenamiento interno y la Directiva Comunitaria 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril; de la que se había hecho eco el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

A) *Análisis de oficio: Despacho de ejecución*

Se modifica el artículo 552 de la Ley Procesal, a fin de permitir al órgano judicial que aprecie de oficio la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo. De entender que es así, deberá conceder un plazo de cinco días a las partes para que realicen alegaciones y resolviendo lo procedente. Este análisis deberá realizarlo el tribunal tanto en la ejecución hipotecaria, como en la ejecución ordinaria.

No se incluye ninguna facultad del juzgador de analizar de oficio la concurrencia de las cláusulas abusivas en cualquier otro momento del procedimiento, como venía predicando determinada doctrina y jurisprudencia menor¹⁶. Así, de no pronunciarse el órgano judicial en el despacho de ejecución sobre la concurrencia de cláusulas abusivas, no parece que pueda entrar a conocer de las mismas, salvo que se inste por la parte ejecutada el incidente de oposición.

¹⁶ En esta línea la Audiencia Provincial de Burgos, en Auto de la Sección 2.ª, de 10 de abril de 2013, declara que el carácter abusivo deberá ser analizado con anterioridad a la subasta judicial.

Entre los que afirman que es analizable en cualquier fase del proceso, se cuenta el Juzgado de Primera Instancia, número 13 de Málaga, en Auto de 10 de abril de 2013.

Ésta parece la interpretación más acorde a los principios de legalidad y seguridad jurídica.

B) A instancia de parte: Causas de oposición

Paralelamente a lo anterior, se incorpora en la lista de causas tasadas de oposición, la denuncia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo. Se incorpora una causa 7.^a al artículo 557.1 de la Ley Rituaria para la ejecución ordinaria, y una causa 4.^a al artículo 695.1 para la ejecución hipotecaria.

La inclusión de una causa concreta de oposición por cláusulas abusivas, tanto en la ejecución ordinaria como en la hipotecaria, nos conduce a una doble reflexión:

— *La imposibilidad de introducir dicha cuestión por otras vías.*

Hasta ahora, no pocos tribunales permitían al ejecutado introducir este debate invocando causas de oposición que no están inicialmente configuradas para ello, como pudieran ser la pluspetición, en el caso de la ejecución ordinaria, o el error en la determinación de la cantidad exigible, en el caso de la ejecución hipotecaria. Ahora parece claro que la invocación de dichos motivos debiera conducir a su desestimación, atendiendo al principio de justicia rogada (216 LEC).

— *La preclusión.*

Al establecerse en la norma un momento procesal concreto en el que deberá invocarse la condición abusiva de las cláusulas contenidas en el título ejecutivo, su alegación se transforma en una auténtica carga procesal para el ejecutado, de modo que de transcurrir el lapso temporal previsto en la norma, desplegará efectos el instituto jurídico de la preclusión.

C) Plazo transitorio y preclusivo concedido por la norma

La Ley 1/2013 incorpora una Disposición Transitoria cuarta, en cuyo apartado segundo se concede un plazo preclusivo de un mes a la parte ejecutada (en todos aquellos procedimientos en que se hubiera iniciado o finalizado el periodo de oposición, siempre y cuando no se haya procedido aún a la toma de posesión), a contar desde el día siguiente a la entrada en vigor de la norma (finalizando por tanto el 16 de junio de 2013), para formular oposición a la ejecución, únicamente por la concurrencia de cláusulas abusivas.

Esta disposición, sin lugar a dudas, responde a una decisión del legislador de dar por zanjada la polémica que envuelve al momento procesal pertinente

para denunciar la existencia de tales cláusulas y a la necesaria preservación del derecho de defensa.

Resulta llamativa la paradoja de que aquel ejecutado que hubiera sido requerido de pago el 14 de mayo, pueda formular oposición —por esta causa— hasta el 16 de junio, mientras que quién haya sido requerido de pago el 16 de mayo, dispondrá únicamente de diez días hábiles.

D) *Consecuencias de la declaración del carácter abusivo*

En caso de que se estime que determinadas cláusulas merecen ser calificadas como abusivas, la resolución que así lo declare determinará, según el caso, la improcedencia de la ejecución o la no aplicación de dichas cláusulas. A tal efecto se modifican los artículos 561 y 695 de la Ley Rituaria, siendo más clara la mención que se incluye en este último, al referir a que *«se acordará el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula contractual fundamente la ejecución. En otro caso, se continuará la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva»*. De esta forma, si se declarase nula la cláusula de vencimiento anticipado, por ejemplo, la ejecución resultaría improcedente, pero no así si se declarase la nulidad de una estipulación relativa al tipo de interés aplicable.

3. LÍMITE DE LAS COSTAS PROCESALES

Se introduce un apartado 1 bis al artículo 575 de la Ley Rituaria (que determina la cantidad por la que debe procederse al despacho de ejecución), por el cual se limitan las costas exigibles al deudor hipotecado, en caso de ejecución de su vivienda habitual, hasta un máximo del 5 por 100 de la cuantía que constituye el principal de la demanda.

A nuestro parecer, la ubicación de dicha limitación conduce a confusiones innecesarias. Si lo que se pretende es limitar las costas exigibles, debería haberse introducido dicho límite como precepto autónomo (así 575 *bis* o 576 *bis*) y no englobarlo dentro del artículo 575. Después de todo, este artículo establece la cantidad por la que debe despacharse ejecución incorporando una previsión del 30 por 100 para intereses y costas potenciales —que deberán ser objeto de liquidación y tasación en el momento procesal oportuno—. Al añadirse el límite del 5 por 100 dentro de este mismo precepto, podría pensarse que la previsión del 30 por 100 debiera ser menor en caso de ejecución de vivienda habitual. Tal confusión, insistimos, es innecesaria y a la vez contradictoria, puesto que si el elemento que determinará que se exijan unas u otras costas es el carácter de vivienda habitual, y sobre tal cuestión permite la Ley la práctica de prueba, no parece que se cuenten con elementos de hecho suficientes al tiempo del despa-

cho de ejecución para condicionar la cantidad por la que se acuerde la misma. De demostrarse *a posteriori* que no es vivienda habitual, debería ampliarse el despacho de ejecución y los mandamientos de embargo, en su caso, lo que no parece muy lógico y, menos aún, práctico.

4. VENCIMIENTO ANTICIPADO Y LIBERACIÓN DEL BIEN

Se modifica el artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de tal modo que la facultad de vencimiento anticipado quede circunscrita a aquellos supuestos en que venzan tres plazos mensuales, o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a tres meses.

A la vista de la nueva reforma, podría interpretarse que el pacto de vencimiento anticipado que permita el mismo por el incumplimiento de una única cuota, se debiera reputar como cláusula abusiva y fundamentar una causa de oposición en tal sentido. Sobre esta base debemos plantearnos qué sucede con aquellos préstamos que por ser anteriores a la reforma, permiten que el vencimiento anticipado se practique con el impago de una única cuota (lo que figura en la inmensa mayoría de los préstamos hipotecarios vigentes en la actualidad). Si predicamos la nulidad de tales cláusulas, ello conllevaría que las mismas se dieran por vencidas anticipadamente pese al impago sistemático de las cuotas.

La solución nos la da el CGPJ¹⁷, al proclamar que *«en cuanto a las cláusulas de vencimiento anticipado, el posible carácter abusivo de la cláusula en abstracto no generará por sí la nulidad de dicha cláusula sino que deberá valorarse según las circunstancias del caso. En concreto, aunque se prevea el vencimiento anticipado por un único incumplimiento, si la reclamación se interpone cuando se haya producido el incumplimiento en los términos previstos en el artículo 693 LEC según el texto de la proposición de ley, no se apreciará el carácter abusivo de la cláusula»*.

5. SUBASTA JUDICIAL

La reforma introduce novedades a considerar a efectos de subasta, si bien los mismos no son en modo alguno tan determinantes como se pretendía por algunos sectores doctrinales.

¹⁷ Véase la conclusión 7.ª de la Jornada sobre las repercusiones de la doctrina del TJUE en materia de cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución hipotecaria, celebrada el 8 de mayo de 2013.

A) *Anuncio de subasta*

Se altera de manera casi anecdótica el artículo 668 de la Ley Rituarial. Se exige ahora de manera expresa que el anuncio contenga además de los datos de identificación de la finca: (i) los datos registrales —lo que siempre se ha venido haciendo— (ii) la referencia catastral y (iii) la situación posesoria —lo que ya se exige en el art. 661, por lo que se trata de una redundancia—. Asimismo se prevé que el anuncio se publique en el portal de subastas judiciales y electrónicas.

B) *Inspección del inmueble por tercero interesado*

Es esta una medida algo extravagante y cuya utilidad deberá juzgarse dentro de unos años, si bien adelantamos que no somos demasiado optimistas al respecto. Mediante reforma del artículo 691.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se permite a cualquier interesado en el bien ejecutado solicitar del Juzgado (desde el anuncio de subasta, hasta que la misma acontezca) inspeccionar el inmueble hipotecado. El Juzgado lo pondrá en conocimiento del ejecutado o, del poseedor, y si éste colabora, podrá reducirse hasta en un 2 por 100 del valor de adjudicación, la deuda reclamada.

Tal medida presenta algunas incoherencias y dudas. Respecto de las primeras, hay que resaltar que finalmente quien «premia» al deudor colaborador es el acreedor, contra su voluntad. Además, en el caso de que la vivienda la ocupe un tercero, no parece lógico que su buena disposición se traduzca en una recompensa para el ejecutado, que no tiene por qué haber prestado ningún tipo de colaboración. Por lo que refiere a las dudas, no quedan claros los criterios a los que debe atender el tribunal a la hora de determinar la «rebaja» aplicable. Ítem más, de no vincularse la misma a que el tercero interesado sea quién finalmente se adjudique el inmueble en la subasta o, cuando menos, haya realizado la consignación previa, se deja una clara puerta abierta al fraude. Tampoco se especifica, si la reducción de deuda es acumulable, en caso de que concurriesen diversos interesados y diversas visitas al inmueble.

C) *Requisitos para la puja en subasta*

Se flexibilizan los mismos, pudiendo concurrir a la subasta consignando únicamente el 5 por 100 del valor de tasación (art. 647 LEC). También debe destacarse, que en caso de resultar mejor postor, la diferencia entre lo consignado y el valor del remate podrá consignarse en un plazo de cuarenta días (dos meses en la práctica), duplicándose así el plazo contemplado en la antigua dicción del artículo 670 de la Ley Procesal.

D) *Subasta desierta*

Vuelve a modificarse el artículo 671 de la Ley Rituaria (que ha sufrido numerosas modificaciones en los últimos tiempos), pero de manera poco afortunada:

- *No se deroga la Disposición Adicional 6.^a*

Se trae al artículo 671 la regla general contenida hasta ahora en la Disposición Adicional 6.^a LEC. Tal cirugía resultaría encomiable, de no ser porque no deroga la meritada Disposición Adicional 6.^a, por lo que ahora tenemos dos artículos que regulan unos mismos supuestos, haciendo patente el continuo «parcheado» que ha sufrido la institución de la subasta desierta.

- *Se eleva el porcentaje mínimo de adjudicación para vivienda habitual.*

Se aumenta del 60 al 70 por 100 del valor de tasación. No obstante, para el supuesto de que la deuda sea inferior al 70 por 100 podrá solicitarse la adjudicación por el 60 por 100. Atendiendo a la redacción del precepto, la facultad del acreedor no es la de adjudicarse el inmueble por el 70 por 100 o por la deuda siempre que esta última alcance al menos el 60 por 100. No. Lo que la norma refleja —voluntaria o involuntariamente— es que si la deuda es inferior al 70 por 100, podrá interesarse la adjudicación por el 60 por 100. De esta forma, si la deuda equivale al 65 por 100 del valor de tasación, el acreedor podrá interesar la adjudicación por el 60 por 100, existiendo un remanente del 5 por 100.

6. IMPUTACIÓN DE PAGOS Y CERTIFICADO DE DEUDA

Se modifica el artículo 654 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: (i) estableciéndose un orden de imputación de pagos en la ejecución: intereses remuneratorios, principal, intereses moratorios y costas; (ii) y la expedición por el tribunal de un certificado de deuda, para aquellos casos en que el valor del remate resultare insuficiente para cubrir la totalidad de la deuda.

7. EJECUCIÓN DINERARIA POR EL REMANENTE

Como era de prever, se modifica el artículo 579 de la Ley Rituaria, estableciéndose elementos novedosos que, a nuestro entender, pretenden en cierto modo disuadir al acreedor de acudir a esta vía de ejecución del remanente. Debemos subrayar algunos puntos de la nueva redacción:

- *La ejecución no se suspende.*
A diferencia de lo que pudiese suceder con el lanzamiento del ejecutado, aún y en caso de vivienda habitual, la ejecución del artículo 579 LEC no se suspenderá.
- *Quitas.*
Para el caso de que el ejecutado satisfaga el 65 por 100 del remanente en cinco años, o el 80 por 100 en diez años, quedará liberado del resto de la deuda.
- *Aplicación de la plusvalía.*
La deuda remanente que corresponda pagar al ejecutado se verá reducida en un 50 por 100 de la plusvalía obtenida por la venta del inmueble, si esta aconteciera en un plazo no superior a diez años.
- *El exceso se entregará al deudor.*
En caso de que se inicie ejecución conforme al artículo 579 LEC —no así en caso de no iniciarse— y en algún momento, fuera por embargos, o por aplicación de la plusvalía, se superase el porcentaje del 65 u 80 por 100 —según corresponda—, el exceso se deberá entregar a la parte ejecutada.
- *Constancia registral.*
El secretario registral incluirá estos extremos en el Decreto de adjudicación a fin de que resulten inscritos en el Registro de la Propiedad.

V. MODIFICACIONES AL REAL DECRETO-LEY 6/2012

Al contrario de lo que sucede con el Real Decreto-ley 27/2012, el Real Decreto-ley 6/2012, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, no es objeto de «reproducción», sino de modificación, manteniendo su autonomía y sentido propio.

En referencia a este Real Decreto, dijimos en otro lugar¹⁸ que el umbral de exclusión (ámbito de aplicación subjetiva de la norma) funcionaba como verdadero cuello de botella, por el que se selecciona de modo muy restrictivo a las personas que podrían acogerse a sus medidas de protección. Pues bien, la reforma operada por la Ley 1/2013, tiende esencialmente a ampliar ese cuello

¹⁸ Ver «Umbral de exclusión y dación en pago», en *Diario de Mallorca, Tribuna*, 22 de marzo de 2012.

de botella a fin de incorporar entre las medidas de protección a mayor número de deudores.

Seguidamente analizaremos las que consideramos las principales modificaciones del Real Decreto.

1. AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NORMA

La vocación principal de la norma es la de ampliar el ámbito de aplicación de un Real Decreto que no ha tenido el impacto que se buscaba con su aprobación, ni tampoco —dicho sea de paso— el nivel de aceptación política-social pretendido. Ello se aprecia en distintos extremos:

A) *Umbral de exclusión (art. 3 del RDL 6/2013)*

Se relajan significativamente los requisitos exigidos para la inclusión en el denominado umbral de exclusión que limita la aplicación de la norma.

Se elimina la exigencia de que todos los miembros de la unidad familiar carezcan de rentas por rendimientos del trabajo, por lo que no será necesario carecer de trabajo para acogerse a la norma. En su lugar se establece un límite máximo de ingresos —para toda la unidad familiar—, en idéntico sentido que para interesar la suspensión del lanzamiento en la ejecución hipotecaria, esto es tres veces el IPREM, ampliable a cuatro o cinco veces, en supuestos concretos de discapacidad, dependencia o enfermedad.

En contraprestación, se incluye un requisito no contemplado en la regulación anterior, consistente en que en los cuatro años anteriores a la solicitud la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda, o hayan sobrevenido circunstancias familiares de especial vulnerabilidad. Se estrecha así el paralelismo con los requisitos que recoge el Real Decreto-ley 27/2012 y, ahora, el capítulo I de la Ley 1/2013.

Se reduce la exigencia de que la cuota hipotecaria resulte superior al 60 por 100 de los ingresos netos de la unidad familiar, siendo ahora necesario que supere el 50 por 100 de dichos ingresos.

Asimismo, se reproducen algunos requisitos ya contemplados por la regulación anterior, como es (i) que la unidad familiar carezca de otros bienes o derechos patrimoniales suficientes; (ii) que el préstamo recaiga sobre la hipoteca de la única vivienda y se concertara para su adquisición; (iii) que el crédito carezca de otras garantías reales o personales o, de ser éstas últimas los fiadores carezcan de otros bienes o derechos. No obstante, la exigencia de tales circunstancias se circunscribe ahora al acceso a una quita de la deuda,

o a la dación en pago de la vivienda, por lo que podrán acogerse a una reestructuración de la deuda también aquellos que no cumplan este último bloque de requisitos.

B) *Fiadores*

Se introduce en el artículo 2 una mención a los avalistas hipotecarios, señalando que las medidas del Real Decreto también les serán aplicables. No obstante, el grupo de requisitos antes expuestos (entre los que se incluye que el préstamo lo fuera para la adquisición de la vivienda hipotecada) hacen impensable su cumplimiento (nadie puede ser fiador e hipotecante de un préstamo concedido a tercero para adquirir la vivienda del fiador sobre la que se proyecta la hipoteca). Además, la reestructuración de deuda, al operarse por novación contractual, deberá pactarse con el prestatario, por lo que no parece que pueda exigirla el fiador a título personal.

A la vista de lo anterior, pese a la mención expresa que se incorpora, parece que la misma debe entenderse únicamente en lo que refiere al nuevo artículo 3 bis, al que luego nos referiremos.

C) *Se aumenta el valor de adquisición máximo para la aplicación del Código de Buenas Prácticas*

Se modifica el artículo 5, ampliándose el límite del precio de adquisición máximo para la aplicación del Código de Buenas Prácticas¹⁹, salvo en lo relativo a la dación en pago, que se observarán los límites ya existentes.

2. DERECHO DE EXCLUSIÓN

Esta es una modificación de gran relevancia. Los fiadores e hipotecantes no deudores que se encuentren en el umbral de exclusión podrán acogerse al

¹⁹ Municipios de más de 1.000.000 de habitantes: 250.000 € si están habitadas por menos de tres personas, si no 50.000 € por cada persona adicional, hasta un máximo de tres.

Municipios entre 500.001 y 1.000.000 de habitantes: 225.000 € si están habitadas por menos de tres personas, si no 45.000 € por cada persona adicional hasta un máximo de tres.

Municipios entre 100.001 y 500.000 habitantes: 187.500 € para viviendas habitadas por menos de tres personas, si no 37.500 € por cada persona adicional hasta un máximo de tres.

Municipios de hasta 100.000 habitantes: 150.000 € para viviendas habitadas por menos de tres personas, ampliándose dicho valor en 30.000 € por cada persona adicional hasta un máximo de tres.

derecho de exclusión, aunque hubieran renunciado expresamente al mismo, exigiendo al acreedor que se dirija en primer lugar frente al deudor principal.

3. INTERESES MORATORIOS

Se modifica el artículo 4, que venía limitando el tipo de interés moratorio aplicable frente al deudor que se sitúe en el umbral de exclusión, al interés nominal más un 2,5 por 100. Ahora éste se reduce al interés nominal más un 2 por 100. Una reducción casi simbólica.

4. MODIFICACIONES AL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS

Se incorporan algunas modificaciones menores al Código de Buenas Prácticas. En concreto:

A) *Comisión de control*

Se modifica la regulación de la comisión de control, del artículo 6 del Real Decreto. Por lo que interesa al presente trabajo, resaltaremos que confieren a la comisión facultades para elevar al Gobierno propuestas relativas a la protección de los deudores hipotecarios.

B) *Régimen sancionador*

Se introduce un capítulo VI, en el que se engloba un nuevo artículo 15 que remite al régimen sancionador de la Ley sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito²⁰, para el caso de que una entidad adherida al Código de Buenas Prácticas Bancarias no cumpla con el mismo o no informe a sus clientes de los derechos que le asisten en relación al mismo.

C) *Reestructuración de deudas hipotecarias*

Cumple recordar que las medidas de protección introducidas por el Código de Buenas Prácticas son tres y de naturaleza escalonada. Una primera tendente

²⁰ Ley 26/1988 de 29 de julio.

a la reestructuración de la deuda, y cuando ésta resultase inviable; una segunda consistente en la quita de un porcentaje de la deuda. Para el caso de que ambas resultaran inviables, el deudor podría exigir de la entidad financiera, como *última ratio*, la dación en pago del inmueble.

Pues bien, respecto del primero de estos escalones se introducen dos leves modificaciones: (i) se permite que sea el deudor quién presente un plan de reestructuración, que de ser rechazado por la entidad, tal posicionamiento deberá ser fundamentado y motivado al cliente; (ii) se amplía el periodo máximo de carencia a incorporar al plan de reestructuración, de cuatro a cinco años.

D) *Medidas complementarias*

En el segundo de los escalones o paquetes de medidas, la consistente en la aprobación de una quita que puede alcanzar el 25 por 100 de la deuda; deberá ser estudiada en caso de que el plan de reestructuración resulte inviable, teniendo por inviable a tales efectos aquel que establezca una cuota mensual superior al 50 por 100 de los ingresos de la unidad familiar (antes se recogía el 60 por 100).

E) *Dación en pago*

La última medida contemplada en el Código de Buenas Prácticas, la dación en pago, no ha sido objeto de modificación, pese a pretenderse con la iniciativa legislativa popular. La única modificación introducida ha sido la de reducir los intereses de demora que deriven del impago de las rentas en caso de que el ejecutado se mantenga en el inmueble a título de arrendatario.

F) *Adhesión al Código de Buenas Prácticas*

Dadas las modificaciones operadas por la reforma, se hace que las entidades financieras se adhieran expresamente a la nueva redacción del Código de Buenas Prácticas. A la vista del nivel de acogida que tuviera la norma deontológica en su primera versión, todo parece indicar que el nivel de adhesión será igualmente elevado (a la anterior redacción se adhirieron 97 entidades financieras). No hay que perder de vista que en el clima de desconfianza instaurado en el sector bancario, todas las entidades buscan un lavado de imagen, a través de fuertes campañas publicitarias. Todo este esfuerzo podría resultar estéril si no muestran su conformidad a un código que recoge lo que se cataloga de buenas prácticas.

VI. CONCLUSIONES

El mayor mérito de la Ley 1/2013, de medidas para la protección de deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, es, sin duda, que pone fin al desorden e inseguridad jurídica reinante, en lo que a la observancia de la doctrina del TJUE sobre cláusulas abusivas se refiere. Hasta este momento, dependiendo no ya de la demarcación judicial, sino incluso del concreto Juzgado en el que se tramitase una ejecución hipotecaria, se aplicaban unas u otras medidas para adaptar el ordenamiento interno al comunitario. Así, algunos juzgados optaban por la suspensión del proceso hasta que aconteciera la reforma legal (medida drástica y carente de verdadero fundamento). Otros por la revisión de oficio, en cualquier momento del proceso del carácter abusivo de las estipulaciones contractuales. Otros, por permitir la oposición por cláusulas abusivas en cualquier momento del proceso, incluso después de haberse discutido y resuelto ya un incidente de oposición.

En pocas palabras, bajo la bandera del principio de interpretación conforme, los jueces cada vez se mostraban más incómodos con el ordenamiento interno, dada su incompatibilidad con el europeo, abandonando su papel de aplicadores del Derecho y acercándose peligrosamente al rol del legislador. En modo alguno pretendemos realizar apología de Montesquieu y su conocida proclama por la que el juez debe limitarse a ser la *boiche de la loi*, pero es innegable que la situación de desconcierto y provisionalidad ha ocasionado un serio menoscabo al principio de seguridad jurídica, aplicándose por cada demarcación judicial —en el mejor de los casos— un criterio distinto.

También es digna de reconocimiento la significativa extensión del umbral de exclusión del Real Decreto-ley 6/2012. Hasta el momento no parece que dicha norma hubiera tenido un nivel significativo de aplicación²¹, veremos si con la reforma un mayor número de deudores pueden tener acceso a una reestructuración de su deuda, una quita y, sobre todo, una dación en pago.

Como notas negativas de la reforma, cabe reseñar, por un lado, su mejorable técnica legislativa. El nerviosismo legislativo genera determinadas incoherencias en el texto legal, como la persistencia de la Disposición Adicional sexta, o la incorporación del apartado 1 bis al artículo 575 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por supuesto, también hay que citar la extraña reproducción que realiza la Ley, respecto de las disposiciones del Real Decreto-ley 27/2012, el cual se vacía de contenido, sin proceder a su derogación.

²¹ Según el informe realizado recientemente por la comisión de control, la acogida del Código de Buenas Prácticas fue menor en un primer momento y creciente *a posteriori*. Como dato ejemplificativo diremos que durante el primer trimestre de vigencia se realizaron ocho daciones en pago en toda España, 33 en el segundo trimestre, 76 en el último trimestre de 2012, y 181 en el primer trimestre de 2013. A buen seguro, con la reforma, estos números —aún reducidos—, aumentarán exponencialmente.

Por otro lado, se mantienen dudas que venía arrastrando la norma a razón de las últimas modificaciones y se incorporan nuevas. Así, no se resuelve la cuestión de la situación posesoria durante los dos años de paralización de las ejecuciones hipotecarias, si durante ese tiempo se produce o no la obligación de satisfacer rentas. Piénsese, por ejemplo, que todos aquellos deudores que se mantengan en régimen de alquiler en su vivienda, realizada la dación en pago prevista en el Código de Buenas Prácticas, satisfarán una renta mensual del 3 por 100 del importe total de la deuda al tiempo de la dación, aplicándose en caso de impago un interés moratorio del 10 por 100. Sin duda las condiciones parecen beneficiosas para el deudor, pero lo serán mucho más para aquellos otros beneficiados de la suspensión de la toma de posesión en la ejecución hipotecaria. Muchos de estos, han visto como los intereses de demora les han sido declarados nulos por resolución judicial, por lo que, en la práctica, puede pensarse que la posesión mantenida por espacio de dos años será totalmente gratuita.

Pero también, como decimos, introduce nuevas dudas. Véase la facultad de inspección del inmueble por terceros con carácter previo a la subasta, la obligación de que los establecimientos mercantiles supongan obligatoriamente el domicilio para notificaciones o requerimientos del deudor en las operaciones por las que estos se hipotequen, o la no regulación de modo claro del régimen transitorio a aplicar por los tribunales respecto de la nueva exigencia de que el valor de tasación no resulte inferior al 75 por 100 de la tasación realizada para el estudio de riesgos por la propia entidad financiera.

Hay que decir también que la Ley 1/2013 no se hace eco de las pretensiones de la iniciativa legislativa popular, de la que deriva, lo que por otra parte puede ser aconsejable para mantener cierta estabilidad en el mercado financiero y no transformar en una utopía el acceso al crédito, ni destruir las bases de nuestro Derecho Civil.

El tiempo dirá la acogida que tendrá la reforma en los tribunales, en cuestiones tales como los intereses moratorios —en casos distintos de los de préstamo hipotecario concedido para adquisición de vivienda—, la inspección del inmueble, el porcentaje de tasación, y sobre todo en las extrañas medidas de corrección que se han introducido en el artículo 579.

Como reflexión de cierre del presente trabajo, diremos que la necesidad de pulir la técnica legislativa y de aclarar algunos aspectos oscuros que han sobrevivido a la reforma, permiten afirmar que no ha quedado suficientemente perfilado el esquema procesal de la ejecución hipotecaria, vaticinándose futuras reformas. Y es que, como apuntase Arthur SCHOPENHAUER: *«el cambio es la única cosa inmutable»*.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ADAN DOMÈNECH, Federic: *La ejecución hipotecaria*, Editorial Bosch, Barcelona, 2009.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Ana: «Intereses moratorios pretendidamente abusivos en contratos bancarios de préstamo. Especial referencia a la STJCE de 14 de junio de 2012», en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 4/2012, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2012.
- ESTRADA ALONSO, Eduardo y FERNÁNDEZ CHACÓN, Ignacio: «El futuro de la ejecución hipotecaria española tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de marzo de 2013», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737, págs. 1415 a 1475.
- IGLESIAS ROSADO, Guadalupe: «Vías legales eficaces frente a los lanzamientos hipotecarios», en *Diario La Ley*, núm. 8074, Sección Tribuna, de 2 de mayo de 2013, año XXXIV, Editorial La Ley.
- JUAN GÓMEZ, Mateo: «Umbral de exclusión y dación en pago», en *Diario de Mallorca, Tribuna*, 22 de marzo de 2012.
- «Un “zombi” llamado Disposición Adicional sexta», en *Diario La Ley*, núm. 8102, Sección Documento *on-line*, de 11 de junio de 2013, Editorial La Ley.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, José María: «Revisión del marco jurídico hipotecario: condicionantes, limitaciones y consecuencias no deseadas» en *Diario La Ley*, núm. 8063, Sección Tribuna, de 16 de abril de 2013.
- ZARZUELO DESCALZO, José: «Desahucio», en *Enciclopedia Jurídica La LEY*. Editorial La Ley.

VIII. JURISPRUDENCIA CONSULTADA

1. TRIBUNAL SUPREMO

- ATS de 19 de julio de 2011.

2. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJUE de 14 de marzo de 2013 (C-415/2011. AS. Mohamed Aziz – CatalunyaCaixa).
- STJUE de 14 de junio de 2012 (C-618/2010. AS. Banco Español de Crédito).

3. AUDIENCIAS PROVINCIALES

- AAP de Baleares, Sección 3.^a, de 8 de enero de 2013.
- AAP de Burgos, Sección 2.^a, de 10 de abril de 2013.
- AAP de Lleida, Sección 2.^a, de 26 de marzo de 2013.
- AAP de Tarragona, Sección 1.^a, de 19 de mayo de 2005.

RESUMEN

MERCADO HIPOTECARIO EJECUCIÓN HIPOTECARIA

La Ley 1/2013, de 14 de mayo, adolece de algunas incorrecciones técnicas, contiene medidas algo peculiares y genera no pocas dudas, haciendo previsible que se sucedan en un futuro próximo nuevas reformas. Se estructura en cuatro capítulos, relativos a: (i) la suspensión de los lanzamientos hipotecarios; (ii) mejoras en la regulación del mercado hipotecario; (iii) reformas al procedimiento de ejecución hipotecaria; (iv) modificaciones introducidas al Real Decreto-ley 6/2012.

El primero de los capítulos guarda escaso sentido y vacía de contenido el Real Decreto-ley 27/2012 del que no es sino un reflejo prácticamente idéntico.

El segundo capítulo cuenta entre sus principales modificaciones con la obligación de señalar en el título ejecutivo si es una vivienda habitual; la imposición de un límite máximo de intereses moratorios; la actualización del sistema de venta extrajudicial; una mayor rigidez a la regulación de las sociedades de tasación; así como un peculiar mecanismo de protección frente a cláusulas limitativas de tipos de interés.

Por su parte, las reformas de la ejecución hipotecaria se centran especialmente en cuestiones polémicas en los últimos tiempos, como es el control de las cláusulas abusivas; el endurecimiento de los tipos mínimos de subasta o la ejecución dineraria por el crédito sobrante tras la ejecución del bien hipotecado.

Por último, el capítulo cuarto, con acierto, amplía los estrechos límites del umbral de exclusión en el Real Decreto-ley 6/2012, a la par que introduce nuevas medidas de protección, tales como reconocer un derecho de exclusión a aquellos fiadores que hubieran renunciado expresamente al mismo en el título ejecutivo.

ABSTRACT

MORTGAGE MARKET FORECLOSURE

Act 1/2013 of 14 May contains a number of technical missteps, features some rather peculiar measures and arouses no few misgivings. Accordingly, fresh reforms may be expected to follow in the near future. The act is separated into four chapters on (i) the suspension of evictions (ii) improvements in the way the mortgage market is regulated (iii) reforms of the mortgage procedure and (iv) amendments to Royal Decree-Law 6/2012.

The first chapter is nearly pointless. It practically parrots Royal Decree-Law 27/2012, which as a result has become deadwood.

The second chapter introduces some major changes: foreclosure orders must state whether the property at issue is someone's regular home; a ceiling is set on interest on late payment; the system for extra-judicial property sales is updated; appraisal company regulations are tightened up; and a peculiar mechanism is instituted to provide protection against clauses limiting interest rates.

The foreclosure reforms focus especially on issues that have become sensitive of late. The reforms include curbs on abusive clauses, stricter upset prices for auctions, and proceedings to exact further monetary repayment of loans after foreclosure on the mortgaged property.

The fourth and last chapter wisely expands the narrow bounds set on the exclusion threshold in Royal Decree-Law 6/2012. It also introduces new measures of protection, such as recognition of the right of exclusion for any sureties who expressly waived that right in the foreclosure order.

(Trabajo recibido el 18-5-2013 y aceptado para su publicación el 31-7-2013)

DICTÁMENES Y NOTAS

Despachos de abogados, sociedades profesionales, socios, colaboradores, auxiliares, sustitutos... ¿quién responde?

por

GLORIA ORTEGA REINOSO
Profesora Contratada Doctora
Departamento de Derecho Mercantil
Universidad de Granada

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. EL CONTRATO DE SERVICIOS DEL ABOGADO.
- III. EL DESPACHO DE ABOGADOS:
 - 1. DESPACHO COLECTIVO, SOCIEDAD PROFESIONAL.
 - 2. DESPACHO INDIVIDUAL.
- IV. LA RESPONSABILIDAD DEL DESPACHO, PARTE CONTRATANTE:
 - 1. DESPACHO COLECTIVO.
 - 2. DESPACHO INDIVIDUAL.
- V. LA RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS DEL DESPACHO COLECTIVO EN FUNCIÓN DEL TIPO SOCIAL.
- VI. LA RESPONSABILIDAD DEL ABOGADO ACTUANTE:
 - 1. SOCIO DEL DESPACHO COLECTIVO.
 - 2. COLABORADOR DEL DESPACHO COLECTIVO O INDIVIDUAL.
- VII. CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDADES, SOLIDARIDAD.
- VIII. VARIOS ABOGADOS ACTUANTES, SOCIOS O COLABORADORES.
- IX. ABOGADO AUXILIAR DEL ABOGADO ACTUANTE:

1. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL POR HECHO AJENO.
2. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL INDIRECTA.

- X. ABOGADO SUSTITUTO.
- XI. COMPAÑÍA DE SEGUROS.
- XII. OBLIGACIÓN DE IDENTIFICACIÓN.
- XIII. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Suele ocurrir en la práctica que un sujeto, acuciado por un problema para cuya solución ha de contar con los servicios profesionales de un abogado, acude a un despacho de abogados en el que es recibido por su director, al que encomienda el asunto, si bien, luego se ponen en contacto con él otro u otros abogados para pedirle información y documentación sobre el asunto, del que le informa otro abogado, que además no coincide con el que asiste a la vista señalada en el proceso que finalmente se inicia en su nombre, de forma que, cuando terminado, el cliente no está conforme con el resultado desfavorable y quiere reclamar por el daño que entiende que ha sufrido como consecuencia de una falta de diligencia en su ejecución, no sabe contra qué abogado o abogados ha de dirigir su demanda. Cuestión que va a ser objeto de las siguientes reflexiones.

II. EL CONTRATO DE SERVICIOS DEL ABOGADO

Consistiendo la función del abogado en *«la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico»*, artículos 542.2 de la LOPJ¹ y 6 del Estatuto General de la Abogacía Española (EGAE²)³, su obligación contractual se concreta en ejecutar esa defensa y asesoramiento de forma correcta, adecuada, diligente, pero sin abarcar un resultado de éxito favorable a las pretensiones del cliente, pues el abogado no puede comprometer un resultado cierto en el pleito, en el que la decisión corresponde a un tercero, el órgano judicial, y en el que la parte con pretensiones contrarias a

¹ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

² Aprobado, el vigente, por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio.

³ Artículo 9.1 del EGAE: *«Son abogados quienes, incorporados a un Colegio español de Abogados en calidad de ejercientes y cumplidos los requisitos necesarios para ello, se dedican de forma profesional al asesoramiento, concordia y defensa de los intereses jurídicos ajenos, públicos o privados»*; y artículo 30: *«El deber fundamental del abogado, como partícipe en la función pública de la Administración de Justicia, es cooperar a ella asesorando, conciliando y defendiendo en derecho los intereses que le sean confiados...»*.

las de su cliente también intervendrá con abogado, no pudiendo garantizar cada uno a su defendido el éxito de las propias pretensiones. Por esto se concluye que la obligación que el abogado asume frente a su defendido es de medios, y no de resultado, de forma que el abogado cumple su obligación si realiza todo lo razonable para alcanzar el resultado perseguido, aunque no lo consiga; lo contrario lleva al absurdo de considerar que en todo pleito hay un abogado que cumple su obligación, el que ve satisfechos los intereses de su patrocinado, y otro que no la cumple, el de la parte contraria que ve rechazados los del suyo.

Tanto la Doctrina como la Jurisprudencia califican la actividad judicial del abogado como una obligación de medios, a partir, principalmente, del componente aleatorio que interviene en la consecución del fin pretendido por las partes, siendo ejemplo, entre otras, la STS de 30 de diciembre de 2002 (RA núm. 333)⁴, hasta llegar a la de 28 de junio de 2012 (RA núm. 10403)⁵.

Obligación de medios que lleva a considerar que la actividad judicial del abogado es objeto de un contrato de arrendamiento de servicios, si bien, muchas de esas sentencias, pese a concluir así, parten de declarar que se trata de un contrato de gestión construido con elementos de ese contrato y del contrato de mandato, como hace la STS de 26 de febrero de 2007 (RA núm. 2115)⁶.

Y en su mayoría, tras calificar la actividad judicial del abogado como objeto de un contrato de prestación de servicios, ponen de relieve la insuficiente regulación que del mismo se contiene en el Código Civil, al tiempo que declaran de

⁴ Dice la STS, de 30 de diciembre de 2002, que: «...la prestación de servicios por parte del Abogado y Procurador con respecto a sus clientes, su contenido se integra en una obligación medial y no de resultado, pues, notorio y sabido es, que nunca pueden los citados profesionales garantizar el éxito de cualquier decisión judicial y, menos aún, la evitación de los perjuicios irrogados por un procedimiento judicial trabado contra quien confió la defensa de sus intereses a susodichos profesionales. En segundo lugar, es también una obviedad resaltar —y se reitera— que cualquiera que hubiera sido la actuación ejemplarizante o diligente en el supuesto de que así se actuara por parte de los profesionales del Derecho, ello no condicionaría el éxito seguro, no sólo de la pretensión en cuanto a la defensa de los intereses confiados por los clientes, sino también la elusión de cualquier tipo de perjuicio derivado de la existencia de un procedimiento litigioso, ya que, —se repite una vez más— esos eventos dependen (o provendrán) de una decisión soberana totalmente independiente emitida por los órganos judiciales (lo que pertenece de lleno al estricto campo de las conjeturas...)».

⁵ Vid., también, las SSTs de 14 de julio, 27 de mayo, 31 de marzo y 23 de febrero de 2010 (RA núm. 6045, 5160, 4353 y 4341); 1 de diciembre, 22 de octubre, 23 y 18 de julio y 15 de febrero de 2008 (RA núm. 1111, 5787, 7063, 4720 y 2670); 18 de octubre, 10 de julio, 21 de junio, 23 de marzo y 26 de febrero de 2007 (RA núm. 8621, 3881, 3781, 1542 y 2115); 23 de mayo y 30 de marzo de 2006 (RA núm. 5827 y 2129); 14 de diciembre, 14 de julio y 24 de febrero de 2005 (RA núm. 1225, 6532 y 4737)...

⁶ Dice la STS de 26 de febrero de 2007 (RA núm. 2115) que: «La relación contractual existente entre abogado y cliente se desenvuelve normalmente en el marco de un contrato de gestión que la jurisprudencia construye, de modo no totalmente satisfactorio, con elementos tomados del arrendamiento de servicios y del mandato», y llega, entre otras, a la STS de 28 de junio de 2012 (RA núm. 10403).

forma expresa que las normas del Estatuto General de la Abogacía Española y del Código Deontológico de la Abogacía Española (CDAE⁷) dirigidas a regular el ejercicio de la profesión de abogado configuran el marco normativo del contrato de servicios del abogado; se trata de normas deontológicas que establecen los deberes del abogado para con la parte por él defendida o asesorada —por lo que aquí interesa—, las cuales pasan a formar parte del contenido obligacional del contrato de servicios del abogado con base en el artículo 1258 del Código Civil.

III. EL DESPACHO DE ABOGADOS

1. DESPACHO COLECTIVO, SOCIEDAD PROFESIONAL

La expresión «despacho de abogados» hace referencia, en primer lugar, a los «despachos colectivos» de abogados, que necesariamente han de adoptar la forma de sociedad profesional regulada en la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales (art. 1.1 de la LSP⁸). Se trata de sociedades que tienen por objeto el ejercicio en común de una actividad profesional (art. 1.1 de la LSP⁹), como la Abogacía, de forma que los actos propios de la profesión que constituye su objeto social se ejecutan por profesionales habilitados para su ejercicio pero bajo la denominación de la sociedad, a la que se imputan, ya que la sociedad es la titular de la relación jurídica establecida con el cliente, esto es, la que celebra el contrato de prestación de servicios jurídicos con el ciudadano (arts. 5.1 y 2 y 9.1 de la LSP¹⁰).

Pero sociedad profesional que el legislador no ha regulado como un nuevo tipo social, sino que las sociedades profesionales pueden utilizar cualquiera de los tipos de sociedad previstos en las leyes, aunque respetando las especialidades

⁷ Código Deontológico de la Abogacía Española, aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española el 27 de septiembre de 2002, modificado en sesión de 10 de diciembre de 2002.

⁸ Artículo 1.1 LSP: «Las sociedades que tengan por objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional deberán constituirse como sociedades profesionales en los términos de la presente Ley».

⁹ Artículo 1.1.2.º LSP: «A los efectos de esta Ley, es actividad profesional aquélla para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial, o titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial, e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional».

¹⁰ Artículo 5 LSP: «1. La sociedad profesional únicamente podrá ejercer las actividades profesionales constitutivas de su objeto social a través de personas colegiadas en el Colegio Profesional correspondiente para el ejercicio de las mismas; 2. Los derechos y obligaciones de la actividad profesional desarrollada se imputarán a la sociedad...»; y artículo 9.1: «La sociedad profesional y los profesionales que actúan en su seno ejercerán la actividad profesional que constituya el objeto social...».

que establece la LSP (arts. 1.2 y 3¹¹). Y objeto social de la sociedad profesional que puede ser el ejercicio de una única profesión colegiada o de varias (objeto multidisciplinar), siempre que en este caso el desempeño conjunto de las profesiones en cuestión no se haya declarado incompatible por norma de rango legal.

Antes de la LSP, ya se conocía el ejercicio en forma colectiva de la profesión de abogado, si bien, careció de regulación incluso a nivel corporativo hasta que entró en vigor el actual EGAE (2001), que reguló por vez primera el ejercicio colectivo de la Abogacía en el seno de los que denominó «despachos colectivos», a los que dedicó su artículo 28, así, dice su número 1 que: «*Los abogados podrán ejercer la abogacía colectivamente, mediante su agrupación bajo cualquiera de las formas lícitas en derecho, incluidas las sociedades mercantiles*», aunque con una reglamentación que en algunos de sus aspectos ha quedado vacía de contenido por oposición a lo regulado en la LSP, como ha ocurrido con su composición¹².

La sociedad profesional que tenga por objeto social el ejercicio de la Abogacía puede tener una composición mixta en el sentido que, aún siendo su objeto único, sólo el ejercicio de la Abogacía, puede haber socios que no sean abogados, o que lo sean pero que no ejerzan la Abogacía en el despacho en cuestión, sino al margen de éste, distinguiendo por ello la LSP en su artículo 4 entre socios profesionales, que son los socios que ejercen la profesión que constituye el objeto social en el seno de la sociedad profesional y por tanto en nombre de ésta¹³, y socios no profesionales, en caso contrario, bien porque carezcan de los requisitos necesarios para ejercer la profesión objeto de la sociedad bien porque aún contando con ellos no la ejerzan en la sociedad. Ahora bien, en estos casos de composición mixta, la LSP quiere que el control de la sociedad quede en manos de los socios profesionales, a fin de garantizar los principios propios de las profesiones liberales y, por lo que aquí interesa, de la Abogacía, como los de independencia y secreto.

Efectivamente, si los socios no profesionales, socios por tanto meramente capitalistas, que cabe esperar que estén guiados únicamente por la regla del máximo beneficio, ostentan el control de la sociedad, tienen la posibilidad de influir en

¹¹ Artículo 1 LSP: «2. *Las sociedades profesionales podrán constituirse con arreglo a cualquiera de las formas societarias previstas en las Leyes, cumplimentando los requisitos establecidos en esta Ley;* 3. *Las sociedades profesionales se regirán por lo dispuesto en la presente Ley y, supletoriamente, por las normas correspondientes a la forma social adoptada.*»

¹² Dice el artículo 28.2 del EGAE que los despachos colectivos estarán compuestos «*exclusivamente por abogados en ejercicio*», y que, en consecuencia, «*Tanto el capital como los derechos políticos y económicos habrán de estar atribuidos únicamente a los abogados que integren el despacho colectivo*», pero exclusividad de abogados en su composición que no puede mantenerse habida cuenta lo dispuesto en el artículo 4 de la LSP.

¹³ Aunque también pueden ser socios profesionales otras sociedades profesionales «*debidamente inscritas en los respectivos Colegios Profesionales que, constituidas con arreglo a lo dispuesto en la presente Ley, participen en otra sociedad profesional*» (art. 4.1 LSP).

los criterios técnicos de la actividad profesional que al margen de toda injerencia, esto es, con absoluta independencia profesional, han de utilizar los socios profesionales en el desarrollo de su actividad profesional en la sociedad, dificultándose también el cumplimiento del deber de secreto profesional, que vincula a todos los socios profesionales¹⁴ y en especial a los abogados (arts. 542.3 de la LOPJ y 34 del EGAE), quienes están obligados a guardar secreto de todos los datos, hechos y circunstancias que conozcan con motivo de la actividad profesional de la sociedad aunque sea ésta, y no ellos, la que formaliza la relación de servicios con el cliente, pero deber de secreto profesional que no vincula a los socios no profesionales, quienes, por el contrario, y conforme al Derecho de sociedades, pueden ejercitar su derecho de información sobre los asuntos sociales, del que podría derivarse el conocimiento de aspectos confidenciales que los clientes hubieran transmitido al socio profesional encargado de ejecutar su asunto en la confianza de estar amparado por el deber de reserva; y actividad profesional que además ha de sujetarse al mandato de las normas deontológicas, que obligan a los abogados, no sólo con ocasión del cumplimiento de un contrato de prestación de servicios jurídicos, sino en todo lo relativo a su actividad profesional, pues también disciplinan su comportamiento para con la parte contraria, el abogado de ésta, los órganos judiciales, los demás abogados, el propio Colegio Profesional..., y a las que, sin embargo, son ajenos los socios no profesionales, que escapan a su control.

Pues bien, todas estas dificultades que derivan de la composición mixta de un despacho colectivo de abogados las ha resuelto la LSP reservando el control en sentido más amplio de la sociedad a los socios profesionales, a los que debe corresponder la mayoría del capital, de los derechos de voto, de los miembros del órgano de administración y de votos favorables en las decisiones de los órganos colegiados de administración (art. 4¹⁵). Además, para adquirir la condición de socio profesional no basta con reunir «*los requisitos exigidos para el ejercicio de la actividad profesional que constituye el objeto social*», sino que también es necesario que el aspirante (y los socios) no esté incurso en causa alguna de incompatibilidad para el ejercicio de esa profesión, ni que se encuentre inhabilitado para dicho ejercicio en virtud de una resolución judicial o corporativa firme (art. 4.4 de la LSP).

¹⁴ Artículo 7.4 de la Ley Orgánica 1/1982, que considera intromisión ilegítima la revelación de datos conocidos a través de la actividad profesional.

¹⁵ Artículo 4 LSP: «2. *Como mínimo, la mayoría del capital y de los derechos de voto, o la mayoría del patrimonio social y del número de socios en las sociedades no capitalistas, habrán de pertenecer a socios profesionales; 3. Igualmente habrán de ser socios profesionales como mínimo la mitad más uno de los miembros de los órganos de administración, en su caso, de las sociedades profesionales. Si el órgano de administración fuere unipersonal, o si existieran consejeros delegados, dichas funciones habrán de ser desempeñadas necesariamente por un socio profesional. En todo caso, las decisiones de los órganos de administración colegiados requerirán el voto favorable de la mayoría de socios profesionales, con independencia del número de miembros concurrentes*».

Y en orden a la transparencia de la composición de la sociedad profesional, la LSP exige que, de utilizar la forma de sociedad anónima o comanditaria por acciones, las acciones sean nominativas (art. 17.2¹⁶), y que cualquier cambio de socio conste en el Registro Mercantil (art. 8.3), además de en el Registro de sociedades profesionales del Colegio Profesional donde tenga su domicilio¹⁷ (lo que no se prevé para el resto de sociedades mercantiles, cuando el riesgo económico de su actividad empresarial puede ser mucho mayor que el que se desprende del ejercicio de una actividad profesional).

Ahora bien, para que haya despacho colectivo es necesario que los abogados hayan celebrado un contrato de sociedad y estructurado la sociedad para que participe en el tráfico jurídico como ente separado de ellos dotándola de una organización a la que el Derecho reconoce personalidad jurídica, y a la que, por tanto, se imputa la actividad profesional de sus miembros (sociedad externa). En otro caso, si la voluntad de los socios es establecer un mero vínculo obligacional entre ellos pero sin intención de dar vida a un sujeto distinto, no habrá despacho colectivo, único que articula el ejercicio colectivo de la profesión de abogado, sino ejercicio individual de la Abogacía, ya que la actividad profesional se imputará a cada abogado (sociedad interna, sin personalidad jurídica, a la que se refiere el art. 1669 del CC, y que puede ser manifiesta u oculta según sea o no conocida por los terceros), como ocurre en las sociedades de medios y en las de comunicación de ganancias, que tienen por objeto, las primeras, compartir la infraestructura necesaria para el ejercicio individual de la profesión y distribuir sus costes (aunque también suelen adoptar la forma de agrupación de interés económico o de cooperativa de servicios, que sí tienen personalidad jurídica)¹⁸; y, las segundas, compartir los honorarios derivados del ejercicio individual de la profesión. Distintas son las sociedades de producción de servicios jurídicos y las de intermediación (sobre las que volveré).

Acerca del ejercicio colectivo, la STS de 23 de enero de 1990 (RA núm. 197) ya declaró que: *«En realidad el trabajo en común de un grupo de profesionales colegiados, cuando entre sus miembros no existe dependencia laboral con uno de ellos sino sencillamente trabajo en común, en que ellos aportan su propia clientela cobrando un porcentaje sobre las minutas, debe calificarse como*

¹⁶ Exigencia que ya estaba prevista en el artículo 28.3 del EGAE: *«La forma de agrupación deberá permitir en todo momento la identificación de sus integrantes»*.

¹⁷ También previsto en el artículo 28.3 del EGAE, el despacho colectivo *«...habrá de constituirse por escrito e inscribirse en el Registro Especial correspondiente al Colegio donde tuviese su domicilio. En dicho Registro se inscribirán su composición y las altas y bajas que se produzcan...»*.

¹⁸ Por eso dice el EGAE en su artículo 27.1.c), dedicado a regular el ejercicio individual de la Abogacía, que: *«No se perderá la condición de abogado que ejerce como titular de su propio despacho individual cuando... El abogado comparta los locales, instalaciones, servicios u otros medios con otros abogados, pero manteniendo la independencia de sus bufetes, sin identificación conjunta de los mismos ante la clientela»*.

sociedad civil irregular, en que se pone en común la actividad, y ello aunque la organización del trabajo del grupo determine que un miembro caracterizado asuma el señalamiento de horario —totalmente flexible en nuestro caso— tareas de minutación y gastos generales del despacho...»¹⁹.

2. DESPACHO INDIVIDUAL

La expresión «despacho de abogados» se utiliza, no sólo cuando el titular del ejercicio de la Abogacía es una sociedad profesional, «despacho colectivo de abogados», sino también cuando el titular es un abogado persona física que cuenta con la colaboración permanente de otros abogados, entre los que hay, no un vínculo societario como en los despachos colectivos, sino uno de distinta naturaleza contractual, habitualmente un contrato de arrendamiento de servicios o un contrato de trabajo, «despacho individual de abogados». En este sentido, la STS de 28 de octubre de 1972 (RA núm. 4272) ya señaló que: *«del hecho de la existencia de una relación jurídica, no laboral, entre los contendientes, no ha de derivarse lógica y rigurosamente que tal relación jurídica sea precisamente la de un contrato de sociedad»*.

El EGAE dedica su artículo 27 al ejercicio individual de la Abogacía. Conforme a este precepto, la Abogacía puede ejercitarse de forma individual bien como titular del propio despacho, esto es, como abogado que ejerce su profesión por su cuenta y que puede contar o no con otros abogados colaboradores o auxiliares —*«No se perderá la condición de abogado que ejerce como titular de su propio despacho individual cuando: El abogado tenga en su bufete pasantes o colaboradores, con o sin relación laboral con los mismos...»*—, bien como abogado que ejerce su profesión *«por cuenta ajena, como colaborador de un despacho individual o colectivo»*, lo que se ha de interpretar en el sentido de no ser titular de un despacho y desarrollar su actividad profesional en un despacho individual o colectivo de abogados con el que mantendrá una vinculación contractual de naturaleza civil o laboral. Si la vinculación no es laboral, se estará, según continúa el precepto, ante un *«ejercicio de la abogacía por cuenta ajena en régimen de especial colaboración»*, con lo que se quiere decir que el tipo de contrato civil y su contenido queda al libre arbitrio de las

¹⁹ Continúa la STS, de 23 de enero de 1990, que *«la posición prevalente del demandado en el grupo no era la propia de un empresario con lucro empresarial propio, sino la inherente a la existencia de un grupo en el que a los componentes del mismo cabe calificarlos de asociados, en sociedad irregular y entre los mismos se dan vínculos societarios y no laborales —sentencias de 4 de julio y 8 de octubre de 1987 (RJ 1987/5077 y RJ 1987/6970) y 15 febrero 1988 (RJ 1988/621), entre otras—. Así las cosas, es claro que no cabe apreciar la integración del actor en régimen de dependencia en empresa del demandado, sino actuación profesional conjunta en un despacho, existiendo vínculos societarios entre los componentes del grupo (art. 1665 y sigs. CC)...»*.

partes contratantes (art. 1255 del CC), aunque habitualmente se tratará de un contrato de arrendamiento de servicios; pero si la vinculación con el despacho es laboral, necesariamente habrá de establecerse en los términos previstos en el Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre, que regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos (sobre el que volveré).

Al ejercicio individual de la Abogacía por varios abogados, aunque estaban vinculados por una sociedad de medios, se refirió la SAP de Barcelona, de 14 de enero de 2000 (RA núm. 655): *«Si bien es posible que el nombre de todos ellos debajo de Ius Estudio Jurídico, indujera a error, lo cierto es que no estamos ante una persona jurídica, distinta de sus integrantes; ni tan siquiera ante la hipótesis de un despacho colectivo, sino ante profesionales autónomos, independientes; que únicamente comparten un espacio físico y unos costes de mantenimiento de la infraestructura necesaria para el desempeño de su actividad profesional. Por tal motivo, ninguna responsabilidad cabe imputar a los codemandados que no han mantenido relación contractual con la demandante, y que si conocen de su existencia es de haberla visto incidentalmente en el despacho»*.

IV. LA RESPONSABILIDAD DEL DESPACHO, PARTE CONTRATANTE

1. DESPACHO COLECTIVO

La responsabilidad de la sociedad profesional por las consecuencias dañosas que derivan de la ejecución de la actuación profesional que constituye el objeto del contrato de servicios que ella ha celebrado con el cliente está fuera de toda duda, ya que ella es la parte contratante obligada a su cumplimiento y quien por tanto responde frente a la contraria de las consecuencias de su incumplimiento.

Dice el artículo 5.2 de la LSP, que: *«Los derechos y obligaciones de la actividad profesional desarrollada se imputarán a la sociedad...»*, lo que reitera su artículo 9.1: *«La sociedad profesional y los profesionales que actúan en su seno ejercerán la actividad profesional que constituya el objeto social...»*. Por lo que, siendo la sociedad el centro de imputación de la actividad profesional, también lo es de la responsabilidad que deriva de esa actividad; en este caso, objeto de un contrato de servicios celebrado con el cliente, conforme a la doctrina general de la responsabilidad civil contractual (arts. 1544 y 1101 y sigs. del CC).

Las deudas derivadas de una incorrecta actuación profesional realizada en desarrollo de su objeto social se reconducen, pues, a la categoría de deuda social, de la que responde la sociedad con todo su patrimonio (art. 1911 del CC), como también recoge la LSP en su artículo 11 núm. 1: *«De las deudas sociales responderá la sociedad con todo su patrimonio»*, en lo que insiste su núm. 2, que deja claro que las deudas derivadas de la actuación profesional son siempre deudas

sociales —«de las deudas sociales que se deriven de los actos profesionales propiamente dichos responderán... la sociedad...»—; por tanto, la indemnización a pagar al cliente, que se fije por sentencia firme que estime la demanda de responsabilidad profesional por él interpuesta por la incorrecta ejecución del asunto que encomendó a un despacho colectivo de abogados, constituye una deuda social del despacho de la que éste ha de responder con todo su patrimonio.

2. DESPACHO INDIVIDUAL

Del incumplimiento de las obligaciones que constituyan el objeto del contrato de servicios celebrado por un abogado titular de su despacho con un cliente responde ese abogado en cuanto parte contratante obligada a su cumplimiento (arts. 1544 y 1101 y sigs. del CC), como recuerda el artículo 78 del EGAE, «*Los abogados en su ejercicio profesional, están sujetos a responsabilidad civil cuando por dolo o negligencia dañen los intereses cuya defensa les hubiere sido confiada...*».

V. LA RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS DEL DESPACHO COLECTIVO, EN FUNCIÓN DEL TIPO SOCIAL

En cuanto a los socios del despacho colectivo de abogados, es posible que todos sean «socios profesionales» o que, como se ha visto, junto a ellos haya «socios no profesionales», siempre que los primeros tengan el control del despacho.

Pues bien, respecto de todos los socios, independientemente de que sean profesionales o no, el artículo 11.1 de la LSP señala que: «*La responsabilidad de los socios se determinará de conformidad con las reglas de la forma social adoptada*»²⁰, por lo que la sociedad profesional no presenta ninguna especialidad respecto a la responsabilidad de los socios, sino que se ajusta a lo dispuesto en el Derecho general de sociedades.

La LSP no establece una responsabilidad especial respecto de las deudas sociales derivadas de la actuación profesional que constituya su objeto social para los socios profesionales por el hecho de ser profesionales, sino que: como socios, la única responsabilidad social que les puede alcanzar está en función del tipo social utilizado por la sociedad profesional²¹; y como profesionales, sólo serán

²⁰ Declaración que ya contenía el EGAE en su artículo 28.7: «*La responsabilidad que pudiese tener el despacho colectivo será conforme al régimen jurídico general que corresponda a la forma de agrupación utilizada...*».

²¹ Los socios no responderán si la sociedad profesional adopta la forma de sociedad anónima, limitada o comanditaria por acciones, siempre que en esta última mantengan la condición de socio comanditario (art. 1 LSC), responderán personal pero limitadamente los

responsables si, como se verá a continuación, intervienen en el asunto encomendado a la sociedad profesional de cuya ejecución se deriva un daño para el cliente.

VI. LA RESPONSABILIDAD DEL ABOGADO ACTUANTE

1. SOCIO DEL DESPACHO COLECTIVO

Admita la responsabilidad de la sociedad profesional frente al cliente por ser la deudora de la prestación de servicios, y que por carecer de esa condición desaparece la del socio profesional pese a que sea quien materialmente ejecuta los servicios, desde el estatuto de la profesión liberal se ha venido defendiendo la necesidad de mantener junto a la responsabilidad de la sociedad (y subsidiaria de sus socios, en su caso) la del socio profesional que en nombre de la sociedad ejecuta el asunto a ella encomendado: la del «socio actuante».

Pero ¿cómo se justifica que el socio de una sociedad anónima profesional responda personalmente de una deuda social?, ¿hay razón para alterar las normas de responsabilidad de los socios del Derecho general de sociedades?

Varias han sido las construcciones formuladas en busca de un fundamento jurídico que permita añadir la responsabilidad del socio actuante a la de la sociedad profesional, deudora contractual²², si bien, la mayoría de la Doctrina y de los legisladores ha coincidido en conservar la responsabilidad profesional del socio actuante con base en distintas consideraciones traídas desde el estatuto de la profesión liberal²³, siendo la principal la independencia técnica con la que todo profesional desarrolla su actividad profesional.

comanditarios de la sociedad comanditaria simple (art. 148 Cco) y responderán personal e ilimitadamente los de la sociedad civil y los colectivos de la sociedad colectiva y de la comanditaria simple y por acciones, con la diferencia que los civiles lo harán de forma mancomunada entre sí (art. 1698 CC) y los colectivos solidariamente (art. 127 Cco), pero siempre con carácter subsidiario respecto de la sociedad, consecuencia de tener ésta personalidad jurídica.

²² Una primera construcción consideró que la responsabilidad del socio actuante junto a la de la sociedad profesional se conseguía siempre que ésta adoptase alguno de los tipos sociales que no eliminan la responsabilidad de los socios, esto es, los personalistas, en los que existe una comunicación de responsabilidad de la sociedad a cada socio. Criticada esta construcción, surgieron nuevos planteamientos que trataron de justificar la responsabilidad del socio actuante cualquiera que fuera el tipo social utilizado por la sociedad profesional, así, se defendió que era posible añadir a la responsabilidad de la sociedad la del socio actuante conforme a las teorías, entre otras, del doble contrato, del contrato en beneficio de tercero y de la aplicación analógica del artículo 1722 del Código Civil.

²³ Tales como evitar la relajación que para el socio profesional supone saber que la sociedad en la que ejerce responderá de las consecuencias de su mala *praxis*; impedir la mercantilización de la actividad profesional dada la absoluta incompatibilidad entre los valores mercantiles de una actividad desarrollada a través de sociedades capitalistas y el carácter desinteresado de los servicios profesionales; razones económicas en el sentido de que el cliente queda más garantizado si es acreedor de una persona física, ilimitadamente responsable, que si lo es de

Efectivamente, la libertad es la principal característica de la profesión liberal. Si no hay libertad se podrá ser profesional, pero no «liberal». La libertad profesional se predica tanto del ejercicio de la profesión, en el sentido propio de «profesión liberal» (libertad externa), como de la actividad profesional, que fruto de su carácter intelectual se desarrolla de forma independiente (libertad interna), y también de la organización del ejercicio profesional, al permitirse su autorregulación por los profesionales agrupados en los Colegios Profesionales.

La independencia externa significa que el profesional organiza su trabajo y actúa en su propio nombre y por su cuenta sin estar ligado por relación de dependencia alguna. Así entendida, la profesión liberal constituye una especie de trabajo autónomo, sin subordinación en sus relaciones jurídicas. El profesional liberal, a diferencia del trabajador asalariado, no ejerce su actividad «dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario» (art. 1.1 ET²⁴), y tampoco está incardinado en la Administración Pública por una relación orgánica y de servicio, como le ocurre al funcionario. No obstante, en la actualidad, la nota de independencia externa no puede entenderse con tanta amplitud en todos los casos, pues, debido a los procesos de asalarización de los profesionales y de socialización de los servicios de estas profesiones, no todo el ejercicio profesional se presta de forma autónoma. A pesar de ello, y en el intento de mantener a los profesionales dependientes en el ámbito de las profesiones liberales, se ofrece una nueva formulación de la independencia, que entonces debe entenderse en el sentido que el ejercicio profesional es estrictamente individual, vinculado únicamente a la persona natural y al patrimonio de la persona capacitada para ejercerla. Consecuencia de esta independencia externa es que el abogado es libre para aceptar o rechazar su intervención en un asunto, pues en otro caso quedaría a merced de intereses ajenos a los profesionales, y para poner fin sin necesidad de justificación a una relación profesional iniciada (o presumiéndose que la causa es una pérdida de la confianza sobre la que debe asentarse la relación abogado-cliente, arts. 26.1 del EGAE y 13.3 del CDAE²⁵); e independencia externa que se mantiene cuando el abogado ejerce la Abogacía en el seno de

una sociedad; y estimar que la responsabilidad personal del profesional es un principio del estatuto de la profesión liberal que tiene en su base un fundamento de orden público, cual es su incidencia social por la trascendencia de los intereses sobre los que se proyecta, que afectan tanto al particular demandante de los servicios como al orden social, lo que lleva al Ordenamiento a configurar su actividad como profesión titulada y colegiada, con derechos y obligaciones imputables al profesional actuante, que, en consecuencia, responde personalmente de las consecuencias dañosas de su actuación profesional.

²⁴ Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

²⁵ Artículo 26.1 EGAE: «Los abogados tendrán plena libertad de aceptar o rechazar la dirección del asunto, así como de renunciar al mismo en cualquier fase del procedimiento, siempre que no se produzca indefensión al cliente».

un despacho colectivo de abogados, ya que, según dictamina el artículo 28.5 del EGAE, «*Los abogados miembros de un despacho colectivo tendrán plena libertad para aceptar o rechazar cualquier cliente o asunto del despacho*».

La independencia interna, o «técnica» según la denominación dada en el ámbito laboral, se identifica con el poder de elección y decisión de la forma y los medios que el profesional considera más idóneos para la prestación de los servicios profesionales encomendados. Ahora bien, así entendida, en nada se diferencia de la actividad propia de cualquier otra prestación de servicios. Y es que la independencia técnica que caracteriza al profesional liberal radica en que la prestación no está determinada en cada caso concreto por normas legales o reglas científicas o técnicas. Ni siquiera la *lex artis* profesional, que obliga al abogado «*al cumplimiento con el máximo celo y diligencia de la misión de defensa que le sea encomendada, ateniéndose a las exigencias técnicas, deontológicas y morales adecuadas a la tutela jurídica de cada asunto y realizando, en suma, de una forma diligente las actividades que le imponga el asunto sometido a su consideración...*» (STS de 14 de diciembre de 2005, RA núm. 1225), que efectivamente condiciona las decisiones del abogado, puede delimitar el contenido de su actuación, ya que no contempla la solución a todas las posibles situaciones ante las que puede encontrarse, no siendo comparable a las normas que regulan la prestación de servicios no profesionales. Esa ausencia de reglas precisas que conduzcan la actividad profesional a un resultado seguro exige que el profesional cuente con un amplio margen de decisión cualquiera que sea su modalidad de ejercicio profesional, pues toda limitación, y de cualquier procedencia (orden empresarial, norma societaria, norma colegial...), de los deberes legales, técnicos o éticos del profesional incide directamente en la *lex artis* y mediatiza el contenido del acto profesional.

Así, pues, la independencia referida a la actividad profesional constituye uno de los pilares de la Abogacía, a la que se refiere incluso la LOPJ cuando se ejerce ante los Tribunales (art. 542.2²⁶). Efectivamente, la independencia se configura como un derecho (garantía de otros, en especial, de la libertad de defensa y de expresión) del abogado, pero también como un deber, y cualquiera que sea el origen de su prestación de servicios²⁷. El abogado viene obligado a

²⁶ Artículo 542.2 LOPJ: «*En su actuación ante los Juzgados y Tribunales, los abogados son libres e independientes, se sujetarán al principio de buena fe, gozarán de los derechos inherentes a la dignidad de su función y serán amparados por aquellos en su libertad de expresión y defensa*».

²⁷ PLASENCIA MONLEÓN, Antonio, «Secreto profesional e independencia del abogado según el Derecho español», en *RJC*, núm. 4 de 1987, pág. 131, indicaba con respecto al abogado de empresa que: «Entiendo que la independencia del abogado no es una cuestión que esté en función de la relación con el cliente (laboral o no), sino que está en función de la conciencia personal del propio abogado», lo que debe entenderse en el sentido de que el profesional lleva a cabo una aplicación personal de los conocimientos al caso planteado por el cliente.

mantener una independencia absoluta frente a cualquier presión, provenga de influencias externas o de sus propios intereses, como mejor garantía de que los intereses del cliente serán defendidos con objetividad (art. 2.1 y 2 del CDAE²⁸), hasta el punto que su incumplimiento puede provocar situaciones susceptibles de reproche incluso penal (art. 467.1 del CP²⁹); e independencia interna que se mantiene cuando el abogado ejerce la Abogacía en el seno de un despacho colectivo de abogados, ya que, según el artículo 28.5 del EGAE: «*Los abogados miembros de un despacho colectivo tendrán... plena independencia para dirigir la defensa de los intereses que tengan encomendados...*».

La libertad de decisión técnica, que deriva, pues, de la inexistencia de reglas precisas que predeterminen la actividad profesional, lo que conlleva que cada profesional deba decidir personalmente cómo ejecutar el asunto, sólo queda plenamente garantizada si el profesional responde de su actuación: la responsabilidad personal del profesional se configura como una consecuencia lógica y necesaria de su independencia técnica. Y puesto que esa independencia se mantiene cuando el profesional desarrolla su actividad profesional en el seno de una sociedad profesional, también en ésta ha de conservar el profesional actuante su responsabilidad personal e ilimitada.

Ahora bien, la independencia profesional no es suficiente fundamento para que a la responsabilidad de la sociedad se sume la del socio profesional que en su nombre ejecuta el asunto a ella encomendado, alterando, así, las normas de responsabilidad de los socios del Derecho general de sociedades, sino que es necesario que lo establezca una ley con carácter general, o específico para cada sector profesional³⁰, como en su momento hizo la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas (art. 11.2), pues lo que se está reclamando es una agravación de la responsabilidad del socio de una sociedad profesional que como órgano social interviene en un asunto de la sociedad, frente al resto de sociedades, si bien, esa agravación sólo es respecto de las deudas sociales que provengan de actos profesionales y cuando el socio sea el profesional actuante, no en el resto de deudas sociales, respecto del que se mantienen las reglas generales de responsabilidad societaria³¹.

²⁸ Artículo 2 CDAE: «*1. La independencia del abogado es una exigencia del Estado de Derecho y del efectivo derecho de defensa de los ciudadanos, por lo que para el abogado constituye un derecho y un deber; 2. Para poder asesorar y defender adecuadamente los legítimos intereses de sus clientes, el abogado tiene el derecho y el deber de preservar su independencia frente a toda clase de inferencias y frente a los intereses propios o ajenos.*».

²⁹ Artículo 467.1 CP: «*El abogado o procurador que, habiendo asesorado o tomado la defensa o representación de alguna persona, sin el consentimiento de ésta defiende o representa en el mismo asunto a quien tenga intereses contrarios, será castigado...*».

³⁰ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, José Cándido: «Las sociedades profesionales (Principios y bases de la regulación proyectada)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 653 de 1999.

³¹ RAGEL SÁNCHEZ, Luis Fernando: «La responsabilidad frente a terceros de la sociedad civil profesional, de sus socios y profesionales», en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 15 de

Pues bien, con carácter general ha determinado la LSP en su artículo 11.2 que *«de las deudas sociales que se deriven de los actos profesionales propiamente dichos responderán... los profesionales, socios..., que hayan actuado»*; se establece, por tanto, la responsabilidad del «socio actuante», esto es, del socio profesional que personalmente ejecuta la prestación de servicios encomendada por el cliente a la sociedad y que ésta le asigna, lo que, por otro lado, ya había previsto el EGAE en su artículo 28.7, *«...todos los abogados que hayan intervenido en un asunto responderán civilmente frente al cliente con carácter personal, solidario e ilimitado»*.

Lo habitual es que el abogado actuante sea un socio profesional, pues para que la sociedad profesional mantenga su naturaleza es necesario que la mayoría de la actividad profesional que se realice bajo su denominación social lo sea por sus socios profesionales, pues ella es la que articula el ejercicio colectivo de la profesión liberal frente al ejercicio individual; de no ser así, esto es, si la mayor parte de los servicios profesionales que la sociedad ofrece al público son realizados, no por sus socios, sino por profesionales vinculados a ella por una relación distinta de la societaria, sea civil o laboral, el objeto social se habrá desplazado desde el ejercicio en común de la profesión liberal, propio de la sociedad profesional, al de su mera organización y explotación, típico de las sociedades de producción de servicios profesionales³² o de las sociedades de intermediación profesional³³.

Si el abogado actuante es socio del despacho colectivo, su prestación de actividad profesional a favor de la sociedad profesional se articula a través de distintos mecanismos societarios dependiendo del tipo social que la sociedad haya utilizado: si se trata de un tipo social personalista, lo hará como aportación de industria, suficiente para que el profesional adquiera la condición de socio

2007, aclara que, «Aunque pudieran ser deudas sociales, no son deudas derivadas de actos profesionales propiamente dichos las contraídas por personas que no son profesionales, sean o no socios, así como las deudas originadas por actos que no se incluyen en la actividad profesional que constituye el objeto social o que el profesional ejercita por su cuenta y en su propio nombre».

³² Las sociedades de servicios profesionales son las que asumen frente al cliente la condición de deudora de los servicios profesionales contratados, bien porque tengan por objeto el ejercicio colectivo de la profesión liberal que realiza esos servicios, que en su mayoría ejecutarán sus socios —sociedades profesionales—, bien porque tengan por objeto simplemente la prestación de iguales servicios, que ofrecen al público en general o a sus clientes con carácter accesorio, como ocurre, por ejemplo, con los sindicatos respecto de los servicios jurídicos que ponen a disposición de sus afiliados.

³³ Las sociedades de intermediación profesional son sociedades que ofrecen al público servicios propios de profesiones liberales pero sin prestarlos directamente. Su objeto social es una actividad de mera mediación mercantil, que consiste en poner a disposición del cliente el profesional cualificado para la prestación del servicio que demanda y en coordinar, en su caso, las diferentes prestaciones específicas seguidas, originándose una relación triangular: cliente/sociedad, sociedad/profesional y cliente/profesional, como ocurre, por ejemplo, con las compañías de seguros respecto del seguro de defensa jurídica.

profesional, sin perjuicio de que también puede realizar otras aportaciones; si, por el contrario, la sociedad profesional utiliza un tipo social capitalista, en los que está prohibida la aportación de industria, la prestación de servicios profesionales no puede ser objeto de aportación social en sentido técnico, sino que se encauza como prestación accesoria, que no otorga la condición de socio, sino que, por el contrario, la presupone, pues, en estos tipos sociales, la condición de socio profesional se adquiere mediante una aportación de capital, a la que se añade una prestación accesoria de carácter profesional. Las prestaciones accesorias son obligaciones sociales estatutarias asumidas por todos, algunos o un solo socio, que se añaden a la obligación principal de realizar la aportación de capital y que, en el caso de los socios profesionales, tienen por objeto una obligación de hacer consistente en el ejercicio de la profesión que constituya el objeto social, las cuales permiten que el socio profesional vincule su actividad profesional a la sociedad a través de un mecanismo societario frente a los extra societarios, como el contrato de trabajo o el de arrendamiento de servicios. En consecuencia, entre la sociedad y el socio profesional no hay un doble vínculo jurídico, sino un único vínculo societario, orgánico, en virtud del cual la actividad del socio profesional es actividad de la sociedad. Por eso dice el artículo 17.2 de la LSP que *«Las acciones y participaciones correspondientes a los socios profesionales llevarán aparejada la obligación de realizar prestaciones accesorias relativas al ejercicio de la actividad profesional que constituya el objeto social»*³⁴.

2. COLABORADOR DEL DESPACHO COLECTIVO INDIVIDUAL

Es posible que el abogado que en nombre del despacho colectivo de abogados realiza la actuación profesional encomendada al despacho no sea socio, en cuyo caso será un colaborador. Y, de igual forma, el abogado titular de su despacho puede asignar a uno de sus colaboradores el asunto a él encomendado por el cliente.

En uno y otro despacho, la colaboración puede tener su origen en un contrato de naturaleza civil o laboral. A estas posibilidades se refiere, en relación con el ejercicio individual de la Abogacía, el artículo 27.1.a) del EGAE: *«El*

³⁴ Prestaciones accesorias que, además, serán remuneradas, pues los profesionales desarrollan su actividad en la sociedad profesional normalmente como único medio de vida, por lo que es necesaria una distribución periódica y adecuada de los resultados sociales durante la vida de la sociedad. Así, dice el artículo 17.1.f) de la LSP que: *«En cuanto al régimen de retribución de la prestación accesoria de los socios profesionales, podrá ser de aplicación lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 10»*, que señala que: *«Los sistemas con arreglo a los cuales haya de determinarse periódicamente la distribución del resultado podrán basarse en o modularse en función de la contribución efectuada por cada socio a la buena marcha de la sociedad...»*.

ejercicio individual de la abogacía podrá desarrollarse... como colaborador de un despacho individual o colectivo», y la colaboración puede ser «con o sin relación laboral con los mismos».

La colaboración entre abogados y despachos de abogados será civil o laboral dependiendo de su naturaleza jurídica, determinada por el contenido real de las prestaciones concertadas y de la concurrencia de los presupuestos que legalmente determinan el tipo contractual, y no del *nomen iuris* que las partes le hayan dado, si bien, cabe afirmar que, en principio, la prestación de servicios del abogado no tiene naturaleza laboral dada su condición de profesional liberal. Ahora bien, y pese a que las partes convengan que la relación es civil, será laboral si existe dependencia y ajenidad, comprobación que habrá de hacerse de modo casuístico, en función por tanto de las circunstancias concurrentes en cada caso. En este sentido, la STS de 3 de mayo de 2005 (RA núm. 5786) señaló que: *«La sentencia recurrida calificó de no laboral la relación jurídica existente entre las partes contratantes, apoyándose, de manera principal y casi única, en el contenido del documento firmado por ambos el 1 de febrero de 1990, en el que los aludidos contratantes denominaron tal relación como “arrendamiento de servicios de asistencia jurídica”, llamando “honorarios” a la retribución, haciendo mención a que el letrado percibiría asimismo el IVA, y pactando también que la relación contractual se basaba en la mutua confianza, por lo que se entendía que “su rescisión o su no renovación” (sic) no daría lugar a ningún tipo de indemnización más allá de la liquidación de los honorarios pendientes. No ha tenido en cuenta, sin embargo, el Tribunal a quo que... “es reiterada la jurisprudencia de esta Sala que declara la irrelevancia de la calificación que las partes otorguen a un contrato, señalando que la naturaleza jurídica de un ente contractual viene determinada por el conjunto de derechos y obligaciones que se pactan y las que realmente se ejercitan... y que la dependencia —entendida como situación del trabajador sujeto, aun en forma flexible y no rígida, ni intensa, a la esfera organicista y rectora de la empresa—, y la ajenidad, respecto al régimen de retribución, constituyen elementos esenciales que diferencian la relación de trabajo de otros tipos de contrato...”*³⁵.

³⁵ Continúa la STS, de 3 de mayo de 2005, que *«La ajenidad resulta, en primer lugar, de la presunción iuris tantum del artículo 8.1 del ET (RCL 1995/997), a la que ya antes nos hemos referido, y que traslada a la receptora de los servicios la carga de acreditar que era quien los prestaba el que recibía la utilidad de ellos, prueba aquí no conseguida. Y cuando se trata, cual es aquí el caso, de que sea un profesional liberal quien presta tales servicios, la nota de ajenidad viene también íntimamente ligada a la forma de retribución, constituyendo un claro indicio que inclina a pensar en el arrendamiento de servicios el hecho de que la retribución se perciba en función de los asuntos en los que el profesional ha intervenido, mientras que juega a favor de la relación laboral el hecho de que la retribución obedezca a un parámetro fijo..., siendo esto último lo que en el presente caso acontece. La dependencia aparece fuera de toda duda, resultando así, en primer lugar, del hecho de que el actor... se encontrara en dependencia directa del Gerente y del Consejo de Administración y, en*

Si la vinculación es civil, y la colaboración tiene carácter permanente, lo habitual será que se trate de un contrato de arrendamiento de servicios (art. 1544 del CC), conforme al cual existe cierta dependencia, pues el colaborador-arrendador ha de seguir las instrucciones del principal-arrendatario, pero sin que se den las notas propias de la dependencia laboral, de forma que el abogado colaborador ejerce su profesión por cuenta propia, como auténtico profesional liberal que mantiene su independencia interna y externa, aunque ésta atenuada; si la colaboración es esporádica, por razones, por ejemplo, de especialización del abogado colaborador, también es posible que se realice al amparo de un contrato de servicios, o que se utilice cualquier otro acuerdo de colaboración en virtud del principio de autonomía de la voluntad de las partes (art. 1255 del CC).

Pero también es posible que la colaboración tenga su origen en un contrato de trabajo, de forma que el abogado colaborador desarrolla su profesión por cuenta ajena, como trabajador asalariado o empleado. En este caso, la colaboración cae bajo el ámbito de aplicación del Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre, que regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos. Se trata de una norma que se aplica exclusivamente a los casos a los que se refiere, esto es, cuando el empleador es un despacho de abogados (art. 4.3), y no cuando tiene otra condición [art. 1.2.b)], si bien, no establece un tipo contractual distinto de los existentes, sino que, según su artículo 7.1, *«Los contratos de trabajo que se concierten al amparo de lo previsto en este Real Decreto... podrán concertarse bajo cualquiera de las modalidades previstas legalmente, siempre que se cumplan los requisitos y condiciones establecidos para la modalidad elegida en la normativa común o en la presente norma»*.

A fin de distinguir cuándo la colaboración entre abogados y despachos queda sometida a su ámbito de aplicación y cuándo no, el propio Real Decreto señala que no estarán incluidas *«Las colaboraciones profesionales que se concierten entre abogados cuando se mantenga la independencia de los respectivos despachos»* [art. 1.1.b)], esto es, *«cuando la actividad profesional concertada a favor de los despachos se realice con criterios organizativos propios de los abogados y la contraprestación económica percibida por estos por dicha actividad profesional esté vinculada enteramente a la obtención de un resultado o*

segundo término, de las circunstancias concurrentes de estar sujeto a un horario, disfrutar de un periodo anual de vacaciones (habrá de entenderse, ante la ausencia de indicio alguno en contrario, que éstas eran retribuidas) y llevar a cabo su labor en las dependencias de la propia empleadora, y utilizando los medios de la misma, como era el ordenador; nada de todo esto es imaginable si los servicios prestados a la empresa fueran los propios de un profesional liberal (abogado en ejercicio)... su verdadera naturaleza es la de salario de un trabajador y no la de honorarios de un profesional liberal... A la vista de lo razonado, se llega a la conclusión de que la relación existente entre las partes era constitutiva de un auténtico contrato de trabajo».

a los honorarios que se generen para el despacho por la misma» (art. 1.2.d), aunque «Se exceptúan de este supuesto las relaciones en las que se garantice a los abogados por la actividad profesional concertada, periódicamente, unos ingresos mínimos», por lo que, de existir esos ingresos periódicos mínimos, la colaboración cae bajo su ámbito de aplicación pese a que el abogado colaborador mantenga su independencia externa de organización de su propia actividad profesional o despacho.

Por el contrario, la colaboración no será laboral, sometida entonces al régimen propio de los contratos civiles, si el abogado colaborador mantiene la organización externa de su actividad y la contraprestación económica que recibe del despacho por su colaboración se establece en función de los honorarios que el despacho recibe del cliente por la actividad objeto de la colaboración. Así, señala la STSJ de Madrid, de 30 de enero de 2009 (RA núm. 1137), que «para excluir la relación de servicio laboral especial entre un despacho y un abogado que presta servicios en él se precisa la concurrencia de dos notas: que los criterios organizativos de ese despacho hayan sido determinados por el propio abogado, y que la contraprestación por los servicios jurídicos prestados por él esté vinculada por completo a los honorarios que se generen para el despacho como consecuencia de tal actividad»³⁶.

Y es intrascendente, en orden a la calificación, que, con inobservancia de lo dispuesto en el artículo 7.1 sobre que «Los contratos de trabajo que se concierten al amparo de lo previsto en este Real Decreto deberán formalizarse por escrito...», el contrato de trabajo especial no se formalice por escrito, pues, como señala la STSJ del País Vasco, de 29 de junio de 2010 (RA núm. 2874), «No es óbice a lo expuesto el hecho de que, incumpliendo el mandato contenido

³⁶ Continúa la STSJ de Madrid, de 30 de enero de 2009, que: «Estas notas no concurren en el caso presente... Con este presupuesto deducimos que el hecho de que la recurrente no estuviese obligada a justificar sus ausencias (aunque sí a participar en un régimen de organización conjunta con el resto de abogados del despacho que cubriera los horarios comerciales ordinarios en este tipo de actividad) no es decisivo, siéndolo, en cambio, el que ese régimen al que se acaba de hacer mención le fuese impuesto por el despacho, pues difícilmente la señora Adolfinia podría imponer por su iniciativa ese régimen al resto de abogados, teniendo en cuenta que entre ellos no tenían el carácter de asociados, así como que ni el centro de trabajo ni ninguno de los medios materiales requeridos para su actividad profesional les pertenecía a ellos, sino a la firma comercial. En concordancia con tal afirmación hay que ponderar el destino que se daba a los honorarios abonados por los clientes que aquella atendía, pues la división de tales ingresos en tres partes iguales, de las cuales ella sólo percibía una, y la percepción de parte de los honorarios que generaban otros abogados, no se corresponde con la previsión del citado artículo 1.1.d), ya que éste, como hemos visto, exige para excluir la laboralidad que los ingresos percibidos por los abogados por su actividad profesional “esté vinculada enteramente a la obtención de un resultado o a los honorarios que se generen para el despacho por la misma”; o, lo que es igual, que los ingresos del abogado sólo dependan de su propio trabajo, cosa que no acontece en este caso, donde los ingresos de la señora Adolfinia provenían en parte de los honorarios aportados por los demás abogados del despacho».

en el artículo 7.1 de la referida disposición reglamentaria, la relación no se formalizase por escrito, pues, no estableciéndose las consecuencias jurídicas de su inobservancia, resultan de aplicación los artículos 1254, 1258, 1278 y 1279 del Código Civil, a tenor de los cuales la duda debe decantarse a favor de la validez del contrato verbal»³⁷.

Ahora bien, y por lo que aquí interesa, el Real Decreto 1331/2006 preserva la libertad e independencia del abogado sujeto a relación laboral de carácter especial frente al poder de dirección del titular del despacho individual, colectivo o multiprofesional que lo tenga contratado, así, dice su artículo 6.2.1.º que: «Los titulares de los despachos deberán ejercer el poder de dirección que se les reconoce respetando, en todo caso, los principios y valores que son inherentes al ejercicio profesional de la abogacía... En particular, los titulares de los despachos deberán respetar la libertad y la independencia profesional de los abogados en el ejercicio de la profesión».

El abogado colaborador con vinculación laboral especial es, pues, un empleado o dependiente del empleador, pero no es un «dependiente profesional», ya que en el ejercicio de su actividad profesional mantiene su independencia. Efectivamente, el antedicho artículo 6.2.1.º dice expresamente que los titulares de los despachos respetarán la libertad y la independencia profesional de los abogados en el ejercicio de su profesión; «libertad profesional» que, como se ha visto, se identifica con la independencia externa de aceptación, continuación o rechazo de asuntos, e «independencia profesional» que se refiere a la elección de la estrategia y los medios para llevar a cabo la actuación profesional en cuestión, por lo que, en cuanto que el abogado colaborador con relación laboral mantiene su independencia técnica, ha de conservar también su responsabilidad por las consecuencias dañosas de su actividad profesional, y sin que haya posibilidad de que por él responda el empleador, ya que desde el punto de vista profesional el titular del despacho no es un sujeto principal respecto del que el abogado colaborador, empleado suyo, ejerza su actividad profesional de forma subordinada o dependiente, sino que desde la perspectiva profesional el abogado colaborador es sujeto principal.

³⁷ Continúa la STSJ del País Vasco, de 29 de junio de 2010, que: «Por consiguiente, si en una determinada relación de trabajo están presentes los elementos básicos configuradores de la relación especial de los abogados, la misma tendrá esa naturaleza, se haya documentado o no por escrito, porque el carácter de tal no depende de esa formalidad, sino de su propia esencia. La ausencia de forma escrita no determina, por tanto, que la relación laboral especial enjuiciada se transformase en ordinaria, sin perjuicio de que la empresa incurriese en la conducta tipificada en el artículo 7.1 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y de que la trabajadora pudiese compeler a la otra parte a llenar aquella forma. Por lo demás, la falta de forma escrita y de alta en la Seguridad Social conlleva que el contrato deba presumirse concertado por tiempo indefinido, pero no implica una mutación en su naturaleza, no existiendo entre tales incumplimientos y los efectos que pretenden deducir la demandante conexión alguna».

Por tanto, el abogado colaborador de un despacho colectivo de abogados mantiene su independencia interna cualquiera que sea la naturaleza de su relación jurídica con el despacho, y aún cuando es laboral, y, en consecuencia, su responsabilidad profesional personal, motivo por el que el artículo 28.7 del EGAE, primero, y luego la LSP añaden a la responsabilidad de la sociedad profesional, deudora contractual, la responsabilidad del profesional actuante aunque no sea socio profesional, sino mero colaborador de la sociedad, así, continúa el artículo 11.2 de la LSP que «*de las deudas sociales que se deriven de los actos profesionales propiamente dichos responderán... los profesionales, socios o no, que hayan actuado*»³⁸. A efectos de responsabilidad del abogado actuante es, pues, intrascendente que sea socio —que actúa como órgano de la sociedad— o colaborador del despacho colectivo de abogados, y, en este segundo caso, que esté vinculado al despacho por un contrato de trabajo especial —lo que supone actuación directa de la sociedad— o de arrendamiento de servicios, normalmente —como un supuesto de delegación—.

Y de igual forma se ha de concluir respecto del abogado colaborador, aún con relación laboral, de un despacho individual de abogados, pues así resulta de la aplicación, al menos analógica, del artículo 11.2 de la LSP, que no hace más que consagrar aquello que ha venido reclamándose desde el estatuto de la profesión liberal: el profesional que con independencia interna ejerce su profesión ha de responder personal y directamente de los daños que derivan de su actuación profesional, aunque no sea el deudor contractual y cualquiera que sea su vinculación jurídica con ese deudor; responsabilidad del abogado colaborador frente al cliente que contrató con el abogado titular del despacho en el que él está integrado por una relación contractual civil o laboral especial (o llegado el caso se integra), que, por tanto, tiene naturaleza contractual (con el contenido indemnizatorio que se verá). La SAP de Alicante, de 24 de febrero de 1999 (RA núm. 408), ya aplicó analógicamente el artículo 11.2 de la entonces vigente Ley de Auditoría de Cuentas para declarar la responsabilidad contractual tanto de la sociedad con la que el actor contrató el asesoramiento fiscal como del asesor fiscal que en nombre de la sociedad que lo tenía contratado lo llevó a cabo, aunque al final también se refirió a la responsabilidad extracontractual³⁹.

³⁸ Artículo 28.7 EGAE: «Además, todos los abogados que hayan intervenido en un asunto responderán civilmente frente al cliente con carácter personal, solidario e ilimitado».

³⁹ Dice la SAP de Alicante, de 24 de febrero de 1999, que: «si el demandado señor G. M. ejercía su profesión dentro de esa sociedad y si el actor era cliente de ella, no es dable separar de esta relación de clientela precisamente las actividades de asesoramiento por las que se formula la demanda. En el otro sentido, sin entrar en consideraciones sobre cuál pueda ser la forma de actuación de la sociedad, un principio general para servicios profesionales de una cierta entidad técnica es la corresponsabilidad entre la sociedad y el profesional concretamente elegido para prestarlos (destaca por su rango legal y analogía con este caso lo prevenido en el artículo 11.2 de la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas (RCL 1988/1538), al declarar que cuando la auditoría se realice por un auditor

En ese sentido se interpreta, además, lo dispuesto en la Disposición Adicional 2.^a de la LSP, cuyo número 1 extiende la responsabilidad que establece su artículo 11.2 a los despachos colectivos que funcionan como tales, pese a no haberse constituido en sociedad profesional con arreglo a la LSP, esto es, cuando efectivamente hay ejercicio en común, colectivo o societario de la profesión liberal, que además se presume si la actividad se desarrolla públicamente bajo una denominación común, aunque no se hayan observado las prescripciones de la LSP⁴⁰; y cuyo número 2 señala que «*Si el ejercicio colectivo, a que se refiere esta disposición, no adoptara forma societaria, todos los profesionales que lo desarrollen responderán solidariamente de las deudas y responsabilidades que encuentren su origen en el ejercicio de la actividad profesional*», que hay que entender que se refiere, pese a su incorrecta consideración⁴¹, no a supuestos de ejercicio colectivo de la profesión, que sólo es posible en forma societaria (sólo si se constituye una sociedad externa hay un centro de imputación distinto de los profesionales individualmente considerados), sino a supuestos de ejercicio individual pero en grupo de la profesión, en el que hay vínculos contractuales entre los profesionales del grupo, que incluso pueden ser de naturaleza societaria (sociedades de medios o de comunicación de ganancias), pero distintos de los societarios propios de una sociedad profesional (única, se insiste, que articula el ejercicio colectivo de la profesión liberal), como precisamente ocurre en los despachos individuales de abogados en los que el abogado titular tiene contratados civil o laboralmente a abogados colaboradores (o los contrata para el asunto en cuestión) y que además suele utilizar un nombre comercial (nombre de la firma o bufete) para distinguir su actividad en el mercado, de forma que todos los abogados que intervengan en el asunto encomendado al titular del despacho

que pertenezca a una sociedad de auditoría, tanto el auditor como la sociedad responderán directa y solidariamente frente a las empresas auditadas y frente a terceros por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones); y a la misma conclusión puede llegarse con carácter general en virtud de los principios de culpa in eligendo y culpa in vigilando, cuya aplicación en este caso no supondría incongruencia alguna por el hecho de que la fundamentación jurídica de la demanda no haga referencia a los artículos 1902 y sigs. del Código Civil».

⁴⁰ Disposición Adicional 2.^a LSP: «*1. El régimen de responsabilidad establecido en el artículo 11 será igualmente aplicable a todos aquellos supuestos en que dos o más profesionales desarrollen colectivamente una actividad profesional sin constituirse en sociedad profesional con arreglo a esta Ley. Se presumirá que concurre esta circunstancia cuando el ejercicio de la actividad se desarrolle públicamente bajo una denominación común o colectiva, o se emitan documentos, facturas, minutas o recibos bajo dicha denominación*».

⁴¹ Muestra de esta imperfección es también el artículo 4.2.2.º del Real Decreto 1331/2006 cuando dice que despacho colectivo es aquél «*cuya titularidad corresponda conjuntamente a dos o más abogados agrupados, en régimen societario o bajo cualquier otra forma admitida en derecho, para el ejercicio profesional de la abogacía de forma conjunta, siempre que así aparezcan identificados ante los clientes y se atribuyan a la sociedad que eventualmente pudieran constituir los derechos y obligaciones inherentes a la relación establecida con los clientes*».

al que pertenecen, porque colaboran con él, responderán de las consecuencias dañosas que se deriven de su personal actuación profesional.

Y todo ello, a tenor, también, de lo dispuesto en el artículo 78 del EGAE, «*Los abogados en su ejercicio profesional, están sujetos a responsabilidad civil cuando por dolo o negligencia dañen los intereses cuya defensa les hubiere sido confiada...*», que establece la responsabilidad personal del abogado en el ejercicio de su profesión sin distinguir de qué tipo de ejercicio se trate.

VII. CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDADES, SOLIDARIDAD

Admitida la concurrencia de dos responsabilidades, de la sociedad (parte del contrato de servicios celebrado con el cliente y por tanto deudora contractual) y del profesional actuante (socio o colaborador que con independencia técnica desarrolla en nombre de la sociedad la actividad profesional objeto del contrato de servicios por ella celebrado con el cliente que causa un daño a éste), ambas responsabilidades se sitúan en el mismo nivel jerárquico frente al cliente: son principales, ya que se trata de dos responsabilidades con distinto fundamento, distintos sujetos responsables y distinto título de imputación del daño, sin que por otro lado haya argumento jurídico para subordinar una a otra⁴².

Pero ¿qué extensión tienen esas dos responsabilidades? En nuestro Derecho, la regla general cuando en una relación obligatoria concurre una pluralidad de sujetos en la posición activa y/o pasiva es la mancomunidad (art. 1137 del CC). No obstante, el Tribunal Supremo ha sometido a revisión la presunción de mancomunidad, principalmente en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, pero también de la contractual, afirmando la solidaridad cuando las prestaciones de los deudores, pese a que puedan desarrollarse de forma independiente, están unidas a través de la identidad de fin, como ocurre cuando están destinadas a la satisfacción de igual interés del acreedor⁴³.

Así, en el ámbito de la sociedad profesional, ambas responsabilidades confluyen en el propósito de cobertura del mismo daño: tanto la sociedad como el profesional actuante son deudores de la obligación de indemnizar los perjuicios causados por la actuación profesional, por lo que el supuesto se sitúa en la

⁴² No obstante, se ha defendido, por quienes entendieron que la responsabilidad profesional del socio actuante no era más que una manifestación de su responsabilidad como socio, que la sociedad era el único responsable principal, siendo subsidiaria la responsabilidad del socio actuante; y, por quienes consideran que en el ejercicio de la profesión liberal debe prevalecer el aspecto individual sobre el colectivo, que algunos fundamentan en la necesidad de evitar la relajación de la conducta del profesional, que el socio actuante es el único responsable principal, siendo subsidiaria la responsabilidad de la sociedad.

⁴³ Artículo 1140 del Código Civil: «*La solidaridad podrá existir aunque los acreedores y deudores no estén ligados del propio modo y por unos mismos plazos y condiciones*».

órbita de la solidaridad pasiva. Este vínculo de solidaridad entre la sociedad y el profesional actuante respecto de las deudas sociales que tengan su origen en el desarrollo de la actividad profesional ha sido el acogido en el artículo 11.2 de la LSP, *«de las deudas sociales que se deriven de los actos profesionales propiamente dichos responderán solidariamente la sociedad y los profesionales, socios o no, que hayan actuado»*, de forma que establece, por lo que aquí interesa, una responsabilidad solidaria del despacho colectivo de abogados y del abogado, socio o colaborador, que en nombre del primero realiza la actuación profesional encomendada por el cliente al despacho y que éste le asigna⁴⁴. Consecuencia es que el cliente *«puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente»*, y que *«El que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda»* (arts. 1144 y 1145 del CC).

Ahora bien, pese a que la responsabilidad profesional del actuante frente al cliente que contrató con la sociedad profesional es de naturaleza contractual, desde el punto de vista de su contenido no es responsabilidad por incumplimiento de contrato, ya que en su celebración él no ha participado, y sí la sociedad, que es la deudora de la prestación. Por eso, ante un incumplimiento de la prestación de servicios profesionales el cliente no puede exigir al profesional actuante el cumplimiento del contrato ni su resolución: una y otra acción únicamente puede ejercitarlas frente a la sociedad, que es la otra parte contratante. Y es que, la responsabilidad del profesional actuante frente al cliente es de carácter indemnizatorio. Frente al profesional, el cliente es titular de una acción meramente indemnizatoria, a fin de que el profesional le indemnice con su patrimonio personal los daños derivados de su actuación profesional⁴⁵.

Por tanto, el cliente puede dirigir su demanda de responsabilidad profesional contra los dos sujetos responsables solidarios del daño, sociedad profesional y profesional actuante, o sólo contra uno de los dos, sin que en este caso el demandado en solitario pueda oponer la excepción de litisconsorcio pasivo necesario⁴⁶. La SAP de Madrid, de 3 diciembre de 2010 (RA núm. 54795), ante

⁴⁴ Además, el artículo 14.4 LSP señala que: *«La pérdida de la condición de socio o la separación, cualquiera que sea su causa, no liberará al socio profesional de la responsabilidad que pudiera serle exigible de conformidad con el artículo 11.2 de esta Ley»*.

⁴⁵ El carácter contractual de la responsabilidad de contenido indemnizatorio permite que le sean aplicables las limitaciones de responsabilidad que la sociedad haya concertado con el cliente y las que en virtud de un puntual pacto entre las partes de la obligación de indemnización, cliente y profesional, éstas hayan podido acordar.

⁴⁶ Tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencias, entre otras, de 7 de enero de 1978 (RA núm. 9), 29 de febrero de 1972 (RA núm. 1036) y 7 de febrero de 1963 (RA núm. 780), que si además del llamado puede haber otros responsables no hay litisconsorcio pasivo necesario, por haber solidaridad entre los codeudores partícipes del hecho ilícito, ya que como se regula en el inciso final del artículo 1137, el acreedor puede dirigirse contra alguno de los deudores o contra todos a la vez, y a tenor del 1141.2.º, las acciones ejercitadas contra

una demanda de responsabilidad profesional dirigida sólo contra el despacho colectivo, en este caso con forma de sociedad civil profesional, y no contra el abogado actuante, declaró que *«en el supuesto controvertido no se produce la situación litisconsorcial mencionada en la sentencia desde el mismo momento en que la relación contractual en cuyo seno se ha incidido en la sedicente responsabilidad profesional ha tenido lugar directamente entre la actora y la sociedad civil...»*⁴⁷.

VIII. VARIOS ABOGADOS ACTUANTES, SOCIOS O COLABORADORES

Puede ser que el despacho, colectivo o individual, asigne el asunto del cliente a varios abogados en plano de igualdad; en el colectivo, se trate de socios o colaboradores, en el individual, sólo de colaboradores o con la intervención también del titular del despacho, y en uno y otro caso, cualquiera que sea la vinculación de los colaboradores con el despacho, civil o laboral especial. En definitiva, que varios sean los abogados principales o actuantes, lo que da lugar a una colaboración paritaria, que se produce cuando varios especialistas en plano de igualdad concurren en el cumplimiento del acto profesional; equipos horizontales de profesionales en los que hay coordinación entre sus miembros, sin relaciones jerárquicas.

Se refiere a esta colaboración paritaria el artículo 27.1.d) del EGAE, que dice que el abogado titular de un despacho no perderá esta condición porque *«concierte acuerdos de colaboración para determinados asuntos o clase de asuntos con otros abogados o despachos colectivos, nacionales o extranjeros, cualquiera que sea su forma»*, y el artículo 15.a) del CDAE, que exceptúa de la prohibición de participación y distribución de honorarios entre abogados cuando *«Responda a una colaboración jurídica»*.

cualquiera de los deudores solidarios perjudicará a todos ellos, por lo que ese consorcio es innecesario para la viabilidad de la acción.

⁴⁷ Continúa la SAP de Madrid, de 3 de diciembre de 2010, que: *«En el artículo 11 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo (RCL 2007/523), de sociedades profesionales, se establece la responsabilidad solidaria de la sociedad y los profesionales, sean socios o no, por las deudas sociales que se derivan de los actos profesionales propiamente dichos, donde ineluctablemente habría de incardinarse la actuación del Letrado don Jorge que, por ende, se subsumiría en el radio de operatividad de dicho precepto. Sabido es que la solidaridad no invalida la relación jurídico procesal por falta de algunos de los posibles responsables, como tiene declarado una profusa doctrina jurisprudencial cuya cita se hace ociosa por conocida, con lo que el perjudicado está legitimado para dirigir la acción contra quien estime oportuno, pudiendo demandar a todos, a algunos o a uno sólo de los responsables directos, sin que ello permita la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, y sin perjuicio de las acciones que permanezcan subsistentes entre los deudores solidarios... en consecuencia, con estimación de la pretensión subsidiaria ejercitada en la demanda, condenamos al bufete... y a la entidad aseguradora... solidariamente a que abonen a la actora...»*.

La mayor dificultad de esta forma de colaboración paritaria se presenta en torno a la responsabilidad civil derivada del acto profesional dañoso. Pues bien, si la actuación de cada profesional puede identificarse, se mantiene la responsabilidad individual de cada uno por las consecuencias de su propia actividad. En este sentido, la STS de 14 de julio de 2005 (RA núm. 6532) señaló que, *«partiendo de que se está en la esfera de una responsabilidad subjetiva de corte contractual, en donde no opera la inversión de la carga de la prueba, será preciso, pues, como prius en ese juicio de reproche, acreditar la culpabilidad, siempre y cuando quepa imputársela personalmente al abogado interviniente... sin que, por ello, deba responderse por las actuaciones de cualquier otro profesional que coadyuve o coopere a la intervención»*; y la STS, de 12 de diciembre de 2003 (RA núm. 9285), que *«La negligencia profesional en que incurrió deviene meridiana... se cuantifica el mismo, en la discrecionalidad judicial en la suma de... a satisfacer no in solidum sino a tenor del 20 por 100 de esa suma a cargo del demandado señor Armando y del 80 por 100 de la misma a cargo del demandado señor Andrés, por la elemental distinción de sus respectivas conductas...»*.

Si no es posible identificar al autor o autores del acto dañoso ni individualizar su actuación en la producción del daño, se han propuesto dos soluciones, declarar la responsabilidad del jefe del grupo por culpa *in vigilando* o la responsabilidad solidaria de todos sus integrantes. Esta última es la solución más compartida⁴⁸, tanto porque en la colaboración paritaria no hay relaciones de jerarquía (y sin perjuicio de la responsabilidad del coordinador por los daños derivados de la tarea de coordinación), como porque es conforme con la tendencia a garantizar a cada víctima un responsable y una indemnización; víctima que en otro caso tendría la carga de demostrar la parte de daño atribuible a cada profesional, lo que no es fácil cuando se trata de una compleja prestación de actividad en la que, precisamente por su complejidad, interviene una pluralidad de sujetos. En cualquier caso, los profesionales demandados pueden defenderse probando su no intervención o su no culpa. Y el profesional que pague por completo podrá ejercitar el derecho de regreso contra los verdaderos responsables en la parte proporcional de participación culposa de cada uno en la producción del daño (art. 1145 del CC).

La SAP de Barcelona, de 10 de marzo de 2009 (RA núm. 1331), condenó solidariamente a los tres abogados que con falta de diligencia profesional intervinieron sucesivamente en el asunto, porque, *«aunque ciertamente las actuaciones de los codemandados fueron independientes en distintas fases del procedimiento con actuaciones individuales, el resultado del procedimiento, como se examina a continuación, fue resultado del cúmulo de actuaciones*

⁴⁸ MARTÍNEZ CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis, «La responsabilidad civil médico sanitaria», en *Cuadernos de Jurisprudencia Práctica*, núm. 35 de 1992, pág. 24.

independientes sin que se pueda discriminar el porcentaje de responsabilidad de cada uno de ellos...»⁴⁹.

La ya citada SAP de Barcelona, de 14 de enero de 2000 (RA núm. 655), declaró responsables solidarios a dos abogados con despachos independientes, aunque compartían local junto con otros, que con falta de diligencia colaboraron en la ejecución del asunto, si bien, el que de ellos coordinaba al grupo también incumplió las obligaciones que como coordinador le competían, «*La demandante, aun reconociendo que esta persona no es quien se hace cargo de los trámites encomendados es quien la atiende en primer lugar y la remite al señor A. Una vez que el señor A. abandona el despacho, el señor R. admite que le remitan a él escritos y comunicaciones dirigidas al señor A.; y de hecho no se desentiende totalmente del asunto como lo evidencia la elaboración de un escrito de alegaciones, en descargo de la actora, que no llegó a presentarse, y del que omite dar razón alguna, así como del contenido del fax de 31 de julio de 1996...»⁵⁰.*

Y la SAP de Madrid, de 21 de junio de 2004 (RA núm. 244633), declaró la responsabilidad solidaria del titular del despacho y de un colaborador en cuanto que ambos intervinieron con falta de diligencia en el asunto encomendado al primero, «*la demandante acude a su despacho siendo recibida por el mismo, siendo independiente que después ya se canalizase la actuación procesal a otro colaborador, ya que frente a la persona que acude a contratar los servicios*

⁴⁹ Continúa la SAP de Barcelona, de 10 de marzo de 2010, que: «*...el hecho de que la actora mantuviese todas las conversaciones con Gabino no exime al impugnante de haber actuado con diligencia debiendo haber intentado o exigido comunicación con la actora así como insistimos haber examinado los pros y las contras, así como la necesidad de otras pruebas a fin de considerar mínimamente viable el procedimiento, pues bastó una pericial judicial para desestimar la pretensión, prueba que con diligencia debería haber sido dada al menos como opción a la cliente lo que no se hizo por el letrado impugnante, y ni siquiera a través de Gabino... Impugna también la improcedencia del 100 por 100 de las costas de las dos instancias y de la indemnización por daño moral, pretendiendo una individualización de la condena de las mismas, pero como se ha expuesto respecto de los otros dos codemandados el resultado ha provenido de una actuación conjunta negligente de los tres letrados intervinientes que no puede ser individualizada por el hecho de que actuasen en determinados momentos procesales pues unos son consecuencias de los otros y en igual sentido respecto al daño moral que resulta procedente según se ha expuesto en el fundamento anterior».*

⁵⁰ Continúa la SAP de Barcelona, de 14 de enero de 2000, que: «*...ante pretensiones tan claras como la de dar una explicación al contenido del fax de 31 de julio de 1996... se niega a contestar, pretextando oscuridad, confusión o defectuosa formulación del interrogante, lo cual es inadmisibles, al ser él quien redactó el fax; y dar a entender en el mismo que estaba interesado y al corriente de las actuaciones del señor A., en el caso, sobre las que al parecer ejercía cierta supervisión... Finalmente, su condición de supervisor del despacho le obligaba a que al separarse sus integrantes, dejasen claro qué asuntos llevaba en exclusiva cada uno de ellos informando a los clientes, precaución que no observó. Se revoca parcialmente la sentencia... a los efectos de extender, solidariamente, la condena de primera instancia en relación al codemandado don Eduardo R. G.».*

jurídicos a un despacho de abogados cuyo titular es el demandado no cabe oponer circunstancias de distribución interna del trabajo o atribución de unas u otras responsabilidades, extremos estos que la demandante desconoce, vinculándose con un despacho de abogados en los que actúan profesionalmente ambos codemandados y ambos se relacionan así con la actora». Y esto, tras declarar también que la sentencia recurrida llegó «a la acertada conclusión de que son dos concretas actuaciones, o mejor omisiones, las que vendrían a configurar un comportamiento negligente».

IX. ABOGADO AUXILIAR DEL ABOGADO ACTUANTE

Distinto del colaborador es el abogado auxiliar, o con colaboración subordinada, que ayuda al abogado actuante en la ejecución del asunto, de forma que entre ellos se genera una relación de dependencia profesional. Los abogados auxiliares actúan bajo la supervisión y control del principal y por tanto sin independencia profesional externa y, lo que es determinante, sin plena independencia profesional interna, ya que su actuación profesional está diseñada, guiada, ordenada o controlada por el abogado principal; ayudan al único abogado que interviene como auténtico profesional liberal, el principal, que mantiene su independencia externa e interna.

La colaboración profesional subordinada suele tener carácter permanente, de forma que el abogado auxiliar se integra en la organización del despacho colectivo o individual, a cuya sede acude diariamente para desarrollar su actividad profesional. El auxiliar del despacho colectivo puede ser socio o no, y en este caso con vinculación civil o laboral especial, pero lo habitual es que no sea socio y que haya sido contratado por el despacho, también si es individual, tradicionalmente en virtud de un contrato de arrendamiento de servicios, y en la actualidad de conformidad con lo previsto en el ya citado Real Decreto 1331/2006, y en concreto bajo la modalidad de contrato de trabajo en prácticas, pensado para quienes, según señala su artículo 9.1, *«estando habilitados para ejercer la profesión de abogado deseen iniciarse en el ejercicio profesional de la abogacía y adquirir el aprendizaje práctico de dicha profesión, colaborando o participando para ello en la actividad profesional del despacho».*

A esta colaboración subordinada se refiere de forma clara el EGAE en su artículo 42.2: *«El abogado realizará diligentemente las actividades profesionales... pudiendo auxiliarse de... otros compañeros, quienes actuarán bajo su responsabilidad»*, y artículo 27.2: *«El abogado titular de un despacho profesional individual responderá profesionalmente frente a su cliente de las gestiones o actuaciones que efectúen sus pasantes o colaboradores, sin perjuicio de la facultad de repetir frente a los mismos si procediera».*

Pero ¿por qué el titular del despacho responde de los daños que deriven de las actuaciones profesionales que realizan sus auxiliares cuando son abogados?, ¿el abogado auxiliar no responde?

1. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL POR HECHO AJENO

En el ámbito de la responsabilidad extracontractual, el artículo 1903.4.º del Código Civil dictamina que el empresario responde de los «*perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones*»⁵¹. Se trata de un supuesto de responsabilidad extracontractual indirecta o por hecho ajeno, con la que se trata de evitar que el empresario quede exonerado de responsabilidad por haber intervenido un auxiliar o dependiente, cuando éste lo hace precisamente a instancia del empresario, siendo el fundamento de la responsabilidad del empresario su culpa *in eligendo o in vigilando* al auxiliar que luego causa el daño, la cual se presume por ley salvo prueba en contrario de su diligencia (dice el art. 1903 en su último párrafo que la responsabilidad cesará «*cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño*»), pero que la Doctrina y la Jurisprudencia vienen entendiendo en el sentido de no admitirse prueba en contrario por no poder acreditar el empresario su diligencia ante la evidencia del daño (que por eso se habla de responsabilidad cuasi-objetiva u objetiva del empresario). En consecuencia, el perjudicado tiene acción directa contra el empresario, aunque luego éste podrá ejercitar el derecho de regreso contra el auxiliar culposo en todo lo que haya satisfecho (reintegro por el auxiliar de todo lo pagado por el empresario que, además, sólo tiene sentido si la responsabilidad de éste no se funda en la culpa). Pero, acción contra el principal, que no anula la acción también directa que el perjudicado conserva contra el auxiliar en cuanto autor material del acto que realizado con culpa (que también se presume, pero admitiéndose prueba en contrario) causa el daño (art. 1902 del CC, responsabilidad extracontractual directa o por hecho propio). De forma que, en definitiva, el perjudicado puede dirigirse contra uno, otro o los dos, que responden solidariamente, siendo lo habitual que demande al empresario, con base en el artículo 1903.4.º del Código Civil, y al empleado, con fundamento en el artículo 1902 del Código Civil.

⁵¹ El empresario no responderá de los daños que deriven de actuaciones del auxiliar que supongan una extralimitación respecto de los servicios o funciones que le haya encomendado, al faltar el nexo de «*ocasionalidad necesaria*», JORDANO FRAGA, FRANCISCO, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Editorial Civitas, Madrid, 1994, pág. 175.

La doctrina de la responsabilidad extracontractual por hecho ajeno parece en principio trasladable al abogado auxiliar que con su actuación profesional causa un daño al cliente, que para él es un tercero, sin relación contractual, porque también en este caso se dan los requisitos que la despliegan, así, el abogado auxiliar permanece ajeno a la relación obligatoria que une al deudor (titular del despacho individual o colectivo) con el acreedor (cliente), pero interviene en ella por iniciativa del deudor y bajo su subordinación o dependencia; la actividad del abogado auxiliar está dirigida a la ejecución de la prestación asumida por el despacho en el contrato de servicios celebrado con el cliente⁵²; y la actuación negligente del abogado auxiliar ocasiona un daño al cliente⁵³.

La relación jerárquica o de dependencia en la ejecución del asunto es presupuesto inexcusable de la obligación de reparar los daños causados por aquellas personas de quienes se debe responder. Pero, ¿cómo se compagina esa falta de independencia del auxiliar cuando éste es un abogado que en su actuación profesional goza por principio de independencia técnica?

Pues bien, el principio de independencia técnica del profesional liberal no puede entenderse en un sentido tan absoluto que excluya la responsabilidad del principal en todos los casos, sino que habrá de analizarse caso por caso: si se constata una relación de jerarquía profesional en la ejecución del asunto por parte de un abogado respecto de otro, habrá de concluirse que el primero interviene como auxiliar del segundo, pese a que el primero sea un profesional liberal y cualquiera que sea su vinculación jurídica con el principal (que no tiene por qué ser de naturaleza laboral, aunque ésta sea la habitual), surgiendo entonces para el segundo-principal la responsabilidad extracontractual por hecho ajeno; si, por el contrario, el abogado ejecutor del asunto o de un aspecto del mismo actúa con plena independencia técnica, no podrá defenderse que existe un principal obligado a reparar los daños que deriven de su actuación profesional, puesto que no será un auxiliar, sino un colaborador paritario, sin perjuicio, de nuevo, de cuál sea la vinculación jurídica que exista entre ellos (y aunque fuese un empleado con relación laboral especial).

Y ajenidad del auxiliar en la relación obligatoria que une al principal con el cliente, que, como se ha visto, no excluye la responsabilidad extracontractual

⁵² Contrato de servicios que tiene por objeto un complejo contenido obligacional, pues a la obligación principal de asesoramiento o defensa se suman unas obligaciones conexas o accesorias de información, secreto, confidencialidad, custodia de documentos y cantidades... (art. 1258 CC), de cuyo incumplimiento por el auxiliar ha de responder el principal.

⁵³ Negligencia del auxiliar que se concreta en un incumplimiento de la *lex artis* en la ejecución de aquel aspecto del asunto encomendado por el cliente al principal que éste le ha asignado a él, de la que causalmente deriva un daño para el cliente (imputación objetiva), que ha de serle imputable (imputación subjetiva), pues, en otro caso, no habrá responsabilidad para él, ni, en consecuencia, para el principal.

directa del auxiliar por el daño que su actuación ocasiona al tercero-cliente, produciéndose a favor de éste un concurso de acciones de responsabilidad directas y solidarias entre sí.

Como consecuencia de la STS, de 30 de julio de 2007 (RA núm. 4962), que confirmó la SAP de Gerona, de 3 de mayo de 2000 (RA núm. 210030), y ésta la de instancia, resultó condenado el abogado titular de su despacho que envió a un recién Licenciado en Derecho que realizaba la pasantía en su despacho a un acto procesal del que derivaron perjuicios para los clientes (pasante que fue absuelto en la primera instancia sin que se recurriera este extremo), pues, como declaró el Juzgado: *«Esta actuación profesional denota una falta de diligencia en la actuación profesional que hay que imputar al padre en primer lugar, como titular del despacho y con acreditada experiencia profesional. En efecto, si su hijo hacía prácticas y no estaba colegiado, no le podía dejar solo ante una situación de la trascendencia de un despido colectivo y para una empresa de la que conocía las deudas económicas que tenía. Su hijo actuó no como abogado sino como un empleado suyo por el que debe responder de sus actos (art. 1903 CC) ante los perjudicados porque no se le podía exigir a un recién licenciado en prácticas que conociera la trascendencia de la conciliación de las indemnizaciones en caso de insolvencia de la empresa...»*.

2. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL INDIRECTA

No obstante todo lo anterior, se defiende que el daño que provoca al cliente la actuación del abogado auxiliar es de naturaleza contractual porque es consecuencia del incumplimiento de alguna de las obligaciones que conforman el contrato de servicios celebrado por el titular del despacho individual o despacho colectivo del que él depende profesionalmente con el cliente, lo que conlleva que las acciones de responsabilidad a ejercitar por éste frente al despacho-principal y/o el abogado-auxiliar deban fundarse en los preceptos que regulan la responsabilidad civil contractual⁵⁴, conforme a la denominada «responsabilidad contractual indirecta», o responsabilidad del deudor de lo

⁵⁴ La calificación de la responsabilidad como contractual o extracontractual es importante a efectos de prescripción, por la enorme diferencia de plazo, y, desde la vigente LEC, en relación con la fundamentación jurídica de la demanda, pues el juez está vinculado, no sólo por los hechos, sino ahora también por los fundamentos de derecho que en ella aparezcan, aunque puede aplicar normas jurídicas que no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes (arts. 218.1 y 400). Antes, y conforme a la doctrina de la «unidad de la culpa civil» —STS, entre otras, de 15-6-1996 (RA núm. 4774)—, el juez calificaba la responsabilidad sin estar vinculado por la calificación que apareciera en la demanda, sin que esto supusiera incongruencia por alteración de la *causa petendi*, limitada únicamente a los hechos de la demanda, e incluso si en la demanda no se calificaba siquiera la responsabilidad, siempre que respetara sus elementos fácticos.

hecho por un auxiliar, que nuestro Ordenamiento jurídico no consagra de forma expresa, pero que la mayoría de la Doctrina⁵⁵ y la Jurisprudencia admite⁵⁶, que no es más que una trasposición al ámbito de la responsabilidad contractual de la doctrina de la responsabilidad extracontractual por hecho ajeno con algunas especialidades, así, la responsabilidad del deudor por los actos de sus auxiliares no se funda en su culpa *in eligendo* o *in vigilando*, sino en su propio incumplimiento, porque asume como propio el incumplimiento de sus auxiliares, en cuanto que los utiliza en su propio beneficio para cumplir la prestación por él comprometida⁵⁷.

En este sentido, ya se ha visto que, según el artículo 27.2 del EGAE: «*El abogado titular de un despacho profesional individual responderá profesionalmente frente a su cliente de las gestiones o actuaciones que efectúen sus pasantes o colaboradores, sin perjuicio de la facultad de repetir frente a los mismos si procediera*», el cual continúa que: «*No obstante, los pasantes y colaboradores quedan sometidos a las obligaciones deontológicas y asumirán su propia responsabilidad disciplinaria*», en armonía con el principio personalista de este tipo de responsabilidad y sometimiento del abogado auxiliar a las normas deontológicas que se justifica, no sólo porque al ser abogado está sujeto a la potestad disciplinaria del Colegio de abogados de su domicilio profesional único o principal, o del Colegio en cuyo ámbito territorial tenga lugar su actuación profesional (art. 17.4 del EGAE), sino también porque las obligaciones deontológicas forman parte de la *lex artis*, canon de diligencia conforme al que los abogados, también los que auxilian a otros, han de desarrollar su actividad profesional.

Pero ¿está excluyendo el artículo 27.2 del EGAE de responsabilidad civil al abogado auxiliar? Así podría decirse que se deduce de su tenor literal, si se entendiera que atribuye al abogado principal la responsabilidad civil de los actos del abogado auxiliar y a éste sólo la responsabilidad disciplinaria. E, incluso, así podría concluirse en estas reflexiones, en las que se ha partido de considerar que sólo el abogado que actúa con plena independencia interna o

⁵⁵ TORRALBA SORIANO, Vicente, «La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de la obligación», en *ADC*, 1971, págs. 1152 y sigs.; JORDANO, *La responsabilidad...*, cit., pág. 142; YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *La responsabilidad civil del profesional liberal. Teoría General*. Editorial Reus, Madrid, 1989, pág. 75, y *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*. Editorial Dykinson, Madrid, 2001, pág. 275.

⁵⁶ Dice el TS en sentencia, entre otras, de 26 de enero de 1984 (*RA* núm. 386) que, «*aunque no haya obligación derivada de contrato, si hay otra relación jurídica que concede un medio específico para el resarcimiento ello excluye la aplicación del artículo 1902 del Código Civil, pues la regla general es la aplicación preferente de los preceptos acerca de la responsabilidad contractual*».

⁵⁷ Vid. JORDANO, *La responsabilidad...*, cit., págs. 45 y sigs.; LLAMAS POMBO, Eugenio, *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Editorial Trivium, Madrid, 1988, págs. 334-335.

de criterio responde de las consecuencias dañosas que deriven de su actuación profesional, por lo que el abogado auxiliar, que actúa bajo las instrucciones de otro abogado, con dependencia profesional, no debe responder civilmente, habiendo de hacerlo por él el abogado principal. Y, de hecho, así lo interpretó la SAP de Castellón, de 15 de abril de 2008 (RA núm. 1373): *«En cuanto a la colaboración dependiente, su paradigma legal puede encontrarse en el Real Decreto de 17 de noviembre de 2006 (RCL 2006/2075), por el que se regula la relación laboral especial de los Letrados que prestan servicios en despachos de abogados. En cuanto a la regulación profesional, a la misma ya se refiere la sentencia recurrida, que cita el artículo 27 del vigente Estatuto General de la Abogacía de 2001 (RCL 2001/1679)... Por lo tanto, la responsabilidad profesional frente al cliente incumbe al titular y la disciplinaria a quien lleva a cabo la actuación eventualmente censurable».*

Sin embargo, no parece que pueda llegarse a esos extremos, de un lado, porque el EGAE carece de rango normativo para alterar el régimen de responsabilidad previsto en el Código Civil, y, de otro, porque se parte de que el auxiliar es un abogado, al que se le presupone, precisamente por la obtención del título académico y profesionalizante necesarios para ostentar esa condición, un conocimiento del Derecho y del ejercicio de la Abogacía que le hace exigible una actuación profesional conforme a la *lex artis*, pese a su condición de auxiliar y a las instrucciones que en su actividad profesional pueda recibir del abogado principal, y de cuyo incumplimiento, por tanto, ha de responder personalmente, que, además, es como se ha de interpretar el artículo 27.2 del EGAE, el cual admite la responsabilidad civil profesional del abogado auxiliar, pues sólo así se explica que el abogado principal pueda repetir contra él —*«El abogado titular de un despacho profesional individual responderá profesionalmente frente a su cliente de las gestiones o actuaciones que efectúen sus pasantes o colaboradores, sin perjuicio de la facultad de repetir frente a los mismos si procediera»*—.

Ahora bien, la dependencia profesional del abogado auxiliar, que conlleva un control y supervisión de su actuación por el abogado principal, justifica que éste mantenga también su responsabilidad directa frente al cliente-acreedor, pues, pese a valerse de auxiliares en el cumplimiento del asunto por él aceptado, no sale de la relación obligatoria que le vincula al cliente.

X. ABOGADO SUSTITUTO

El abogado actuante puede ser sustituido en un acto procesal por otro abogado, posibilidad a la que se refiere el artículo 38.2 del EGAE: *«El letrado actuante podrá ser auxiliado o sustituido en el acto de la vista o juicio o en cualquier otra diligencia judicial por un compañero... Para la sustitución bastará la declaración*

del abogado sustituto...», de forma que, ante el órgano judicial, basta la declaración del sustituto para que aquél la admita, pero frente al cliente es necesaria su autorización, o al menos que no conste su oposición, dado que el cliente es el titular del asunto, respecto del que pesa una obligación de información para el abogado (art. 13.9 del CDAE), sin perjuicio de que el abogado sea el titular de la actividad profesional a realizar, además de tratarse de una prestación, la de servicios del abogado, personalísima y, por tanto, infungible, que, en consecuencia, el acreedor-cliente tiene derecho a exigir que se ejecute por aquél con quien contrató y a rechazar cuando provenga de otro no autorizado (arts. 1161 y 1166 del CC). Todo esto, sin perjuicio de que llegado el caso el despacho pueda demostrar que la sustitución era intrascendente o que en realidad no había oposición del cliente, lo que habrá de presumirse cuando el asunto se encarga al titular de un despacho individual de abogados o a uno colectivo y no se establece como condición esencial del mismo que los servicios hayan de prestarse por determinado abogado, puesto que en tal caso debe entenderse que la confianza del cliente se extiende a todos los abogados que forman el grupo o colectivo, según el tipo de despacho, y también a los colaboradores y auxiliares ajenos a los que aquellos puedan recurrir para cumplir la prestación de servicios encomendada. E, incluso, si en el contrato de servicios se designa a un abogado en particular, parece difícil que pueda apreciarse incumplimiento de contrato porque el servicio lo ejecute un profesional distinto del designado si lo realiza correctamente, ya que su rechazo por el acreedor-cliente podría considerarse con abuso de derecho.

La sustitución de un abogado por otro en un acto procesal es una sustitución no auténtica, porque el abogado sustituido no desaparece de la relación obligatoria que le vincula con el cliente, sino que conserva su posición contractual, si bien, con motivo de la sustitución —de un segundo contrato de idéntico contenido que el primero que él celebra con un tercero—, comparte con éste el encargo recibido del principal y por tanto la responsabilidad de su correcta ejecución (sustitución por delegación o submandato, que constituye un supuesto de subcontratación), lo que es habitual en el ejercicio de la Abogacía, en el que la dirección técnica del asunto durante toda su ejecución corresponde a un abogado sin perjuicio de las sustituciones a las que haya de acudir (principalmente por coincidencia de señalamientos procesales), pero debiendo calificarse al sustituto de colaborador o auxiliar según mantenga o no su independencia técnica en el acto en cuestión, y sin necesidad siquiera de informar al cliente de la sustitución cuando se trate de un auxiliar, ya que el principal asume como propia la actividad de éste.

Distinta es la sustitución en la dirección técnica del asunto, sustitución auténtica, porque supone una novación subjetiva del contrato de servicios por cambio del arrendador, que transmite su posición contractual a un tercero, que pasa a ocupar su lugar en la relación jurídica de servicios, de forma que el

abogado sustituido desaparece de la relación obligatoria con el cliente, en la que entra un nuevo obligado, si bien, el anterior mantendrá su responsabilidad por lo actuado por él o por las personas de las que deba responder⁵⁸. Esta sustitución no puede venir del abogado al que se encargó el asunto (sin perjuicio de su renuncia), ya que el asunto pertenece al cliente. Y cuando proviene del cliente durante la tramitación de la misma instancia hace necesaria una comunicación entre los abogados, pues el nuevo ha de comunicar al sustituido el hecho de la sustitución: ha de solicitarle la «venia», según dispone el artículo 26 del EGAE⁵⁹, pero venia que no tiene sentido cuando la sustitución se produce entre abogados de un mismo despacho colectivo, porque no hay sustitución del abogado con el que el cliente contrató, que sigue siendo el despacho; por eso aclara el artículo 28.5 del EGAE que: *«Las sustituciones que se produzcan se atenderán a las normas de funcionamiento del respectivo despacho, sin precisar la solicitud de venia interna»*.

XI. COMPAÑÍA DE SEGUROS

Una garantía de que la responsabilidad profesional va a ser efectiva frente al cliente es su aseguramiento a través de un seguro de responsabilidad civil, cuya obligatoriedad han establecido las Leyes de Colegios Profesionales de

⁵⁸ La ya citada STS, de 12 de diciembre de 2003 (RA núm. 9285) condenó tanto al abogado que faltando cuatro días para que la acción prescribiera acompañó a los clientes al Juzgado para que solicitaran la designación de abogado de oficio como al designado que presentó la reclamación fuera de plazo, si bien, individualizó la indemnización a pagar por cada uno, *«no es posible cualquiera que haya sido su previa labor de asesoramiento en el proceso penal que —como afirma el propio Juzgado en su FJ 4.º, sólo cuando faltaban cuatro días para que se produjera la prescripción de la acción tras el término de ese proceso penal en que el mismo intervino... se decidiera aconsejar y acompañar a los familiares de las víctimas al Juzgado para solicitar el nombramiento del abogado de oficio... una mínima diligencia no sólo habría de haber efectuado esa gestión mucho antes, sino que, ante esa premura de tiempo se debió agilizar los trámites y contactos con su nuevo compañero, tras cerciorarse de su existencia... Por lo que respecta al Letrado designado de Oficio, señor Andrés, porque, con independencia de sus excusas sobre la tardanza en comunicarse el mismo, con los familiares, lo cierto es que, después de esa designación no presentó la correspondiente demanda civil hasta el 1 de abril de 1993, por lo que, la misma fue desestimada al apreciar la prescripción...»*.

⁵⁹ Artículo 26 EGAE: *«Los abogados que hayan de encargarse de la dirección profesional de un asunto encomendado a otro compañero en la misma instancia deberán solicitar su venia, salvo que exista renuncia escrita e incondicionada a proseguir su intervención por parte del anterior letrado, y en todo caso, recabar del mismo la información necesaria para continuar el asunto»*, y en el número 3, que *«La venia, excepto caso de urgencia a justificar, deberá ser solicitada con carácter previo y por escrito, sin que el letrado requerido pueda denegarla y con la obligación por su parte de devolver la documentación en su poder y facilitar al nuevo letrado la información necesaria para continuar la defensa»*.

las CCAA como un deber de los colegiados⁶⁰ y, en relación con las sociedades profesionales, el artículo 11.3 de la LSP: *«Las sociedades profesionales deberán estipular un seguro que cubra la responsabilidad en la que éstas puedan incurrir en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyen el objeto social»*⁶¹.

En relación con los abogados, lo habitual es que los Colegios de Abogados estipulen un seguro que cubra el riesgo de responsabilidad civil profesional de todos sus colegiados, sean personas físicas o sociedades profesionales, como seguro colectivo, lo que no impide que los colegiados concierten otro a nivel individual, normalmente complementario del colectivo del Colegio, para ampliar la cobertura.

El seguro de responsabilidad civil permite que el cliente perjudicado por una actuación profesional se dirija a través de la acción directa contra la compañía aseguradora, si bien, ésta podrá repercutir al profesional que actuó dolosamente lo pagado al cliente. En consecuencia, es conveniente que el cliente dirija la demanda de responsabilidad profesional también contra la compañía con la que el abogado actuante y/o el despacho colectivo al que pertenezca tenga concertado el seguro de responsabilidad civil, puesto que aquélla responde solidariamente de la obligación de indemnizar al cliente (art. 76 LCS⁶²); lo que no tiene sentido es demandar sólo a la compañía de seguros, porque la obligación de indemnización de la que ella responde no nace mientras no se haya declarado la responsabilidad civil profesional de un abogado o despacho colectivo.

XII. OBLIGACIÓN DE IDENTIFICACIÓN

Aunque la demanda de responsabilidad profesional se puede dirigir únicamente contra el abogado actuante o contra el despacho colectivo o abogado titular del despacho individual con el que se ha concertado el contrato de servicios, y en el segundo caso sin necesidad siquiera de identificar al abogado o abogados

⁶⁰ Como señala, entre otras, la Ley 10/2003, de 6 de noviembre, reguladora de los Colegios Profesionales de Andalucía, en su artículo 27, si bien, ya lo recomendaba el artículo 21 del CDAE: *«1. El abogado deberá tener cubierta, con medios propios o con el recomendable aseguramiento, su responsabilidad profesional, en cuantía adecuada a los riesgos que implique...»*.

⁶¹ Además, el artículo 636 del vigente CP (1995) tipifica como falta contra el orden público realizar actividades careciendo de los seguros obligatorios de responsabilidad civil que se exigieran legalmente para su ejercicio.

⁶² Dice el artículo 76 de la Ley 8/1995, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro, que: *«El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero...»*.

actuales, conviene recordar que sobre el abogado que interviene en un asunto pesa una obligación de identificación.

La identificación del abogado que personalmente asume la dirección técnica del asunto se presenta como inexcusable en la medida en que el contrato de arrendamiento de servicios celebrado por profesionales liberales, y por tanto por abogados, se presume concluido *intuitu personae*, esto es, teniendo en cuenta las cualidades personales y profesionales de la persona del arrendador, lo que conlleva, entre otros efectos, que: si no se ha pactado lo contrario, los servicios deban prestarse personalmente por el abogado con el que se ha contratado, lo que no impide que éste se valga de auxiliares que actuarán bajo su dirección y supervisión y de cuya actuación responderá frente al cliente; que la obligación de hacer se torne infungible, al tratarse de un hacer cualitativo que requiere estar en posesión de determinadas cualidades profesionales, de forma que el acreedor no puede ser compelido a recibir el servicio de persona distinta de aquélla con la que contrató, pudiendo rechazar la prestación realizada por otro; y que el error en cuanto a la identidad o cualidades del abogado-arrendador se califique, tratándose de prestaciones personalísimas, de error esencial a efectos de invalidar el consentimiento contractual. Pero la identificación del actuante es también importante a efectos de responsabilidad civil y, en especial, disciplinaria y penal⁶³.

Cuando un asunto se encarga a un despacho colectivo de abogados, es posible que al celebrarse el contrato se identifique al abogado que vaya a ejecutarlo o que su designación se deje a criterio del despacho para un momento posterior y, en este caso, con la obligación o no de comunicar al cliente la designación antes de iniciarse su ejecución, según dispone el artículo 9.4 de la LSP: *«La sociedad profesional y su contratante podrán acordar que, antes del inicio de la prestación profesional, la sociedad profesional ponga a disposición del contratante, al menos, los siguientes datos identificativos del profesional o profesionales que vayan a prestar dichos servicios: nombre y apellidos, título profesional, Colegio Profesional al que pertenece y expresión de si es o no socio de la sociedad profesional»*.

Por su parte, el EGAE también dedica varios preceptos a la obligación de identificación del abogado frente al cliente y en las actuaciones en las que intervenga, así, dice, su artículo 42.3, que: *«el abogado deberá identificarse ante la persona a la que asesore o defienda, incluso cuando lo hiciera por cuenta de un tercero, a fin de asumir las responsabilidades civiles, penales y deontológicas*

⁶³ Disciplinaria, dada la inexistente regulación en el EGAE y CDAE vigentes de la responsabilidad disciplinaria de los despachos colectivos (o multidisciplinares) de abogados; y penal porque, entre otros, dice el artículo 467.2 CP que: *«El abogado o procurador que, por acción u omisión, perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados será castigado con las penas de... Si los hechos fueran realizados por imprudencia grave, se impondrán las penas de...»*.

que, en su caso, correspondan»⁶⁴; artículo 18.4, que «Los abogados deberán consignar en todas sus actuaciones el Colegio en que estuvieren incorporados, el número de colegiado y, en su caso, la fecha de la comunicación o habilitación previstas en el artículo precedente»; artículo 27.5, que «En las actuaciones que realice el colaborador en régimen especial o en régimen de derecho laboral, por sustitución o por delegación del despacho con el que colabore, deberá hacer constar en nombre y por cuenta de quien actúa»; y, artículo 28.4, que «Los abogados agrupados en un despacho colectivo... en las intervenciones profesionales que realicen... deberán dejar constancia de su condición de miembros del referido colectivo».

Por tanto, es posible que la identificación del abogado o abogados actuantes y sus colaboradores y auxiliares aparezca en la recomendable «Hoja de Encargo» suscrita por el cliente y el abogado titular de su despacho o representante del despacho colectivo para formalizar por escrito el contrato de servicios jurídicos celebrado (art. 13.1 del CDAE⁶⁵), pero que en la práctica no siempre se utiliza, pese a los beneficios de documentar los contratos por escrito y que la cuestión tendría que haber cambiado a partir de la vigente LGDCU⁶⁶. Pero, en defecto de cualquier documento relativo a la relación profesional con el cliente, la identificación del abogado va a ser posible por la obligación que éste tiene de dejar constancia en todas sus actuaciones, con indicación, además, del Colegio de Abogados al que pertenece y número de colegiado, y expresión, en su caso, de actuar por sustitución, delegación o como miembro de un despacho colectivo, identificando entonces también al abogado o despacho colectivo en nombre y por cuenta de quien actúa.

XIII. CONCLUSIÓN

I. El cliente perjudicado por el resultado de un asunto que encomendó a un despacho colectivo de abogados o al abogado titular de su despacho puede dirigir la demanda de responsabilidad profesional frente a ese despacho colectivo o abogado con el que contrató la prestación del servicio, que es el deudor contractual obligado a su cumplimiento y quien responde de su incumplimiento, y

⁶⁴ A lo que añade el artículo 13.2 del CDAE que: «En el supuesto de consulta telefónica o por red informática con un despacho o asesoría cuyos abogados son desconocidos para el comunicante, esta identificación, así como la del Colegio al que pertenece, es la primera e inmediata obligación del abogado interlocutor».

⁶⁵ Artículo 13.1 CDAE: «La relación del abogado con el cliente debe fundarse en la recíproca confianza. Dicha relación puede verse facilitada mediante la suscripción de la recomendable Hoja de Encargo».

⁶⁶ Dice el artículo 63.1 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, que se ha de entregar al cliente «...recibo justificante, copia o documento acreditativo con las condiciones esenciales de la operación...».

contra el abogado que necesariamente en nombre del despacho colectivo, socio o colaborador, y puede que en nombre del abogado titular de su despacho, colaborador, si no lo presta el propio titular, ejecutó el servicio, porque el abogado actuante responde de los daños que derivan de su actuación profesional aunque no sea el deudor contractual, en la medida en que en esa actuación mantiene su independencia interna o de criterio.

II. Pero el cliente también puede dirigir su demanda sólo contra uno de los dos sujetos, parte contratante o abogado actuante, porque ambos responden solidariamente frente al cliente del daño que a éste ocasionó la prestación del servicio que él encomendó al despacho individual o colectivo de abogados y que ejecutó un concreto abogado, sin que por tanto el demandado en solitario pueda oponer la excepción de litisconsorcio pasivo necesario. Y solidaridad que también se produce si varios son los abogados actuantes.

III. El cliente ejercitará, pues, su acción de responsabilidad civil contractual contra el despacho colectivo o titular del despacho individual y/o contra todos, algunos o uno de los abogados que en nombre de uno u otro despacho hayan intervenido en su asunto, siendo aconsejable que también la dirija contra la compañía de seguros con la que obligatoriamente los abogados que ejercen la Abogacía de forma individual y los despachos colectivos han de tener asegurada su responsabilidad civil profesional (en los despachos colectivos, tanto del despacho como de sus miembros).

RESUMEN

SOCIEDADES PROFESIONALES, RESPONSABILIDAD, ABOGADOS

La Abogacía se puede ejercitar de forma colectiva, como socio de una sociedad profesional que tenga por objeto el ejercicio de la Abogacía, que recibe el nombre de «despacho colectivo», o de forma individual, bien como titular del propio despacho, en cuyo caso se habla de «despacho individual», bien como abogado que ejerce su profesión como colaborador o auxiliar de un despacho colectivo o individual con el que estará vinculado por un contrato civil o de trabajo especial. Pues bien, esas distintas formas de ejercicio de la Abogacía no van a afectar a la responsabilidad civil del abogado en el ejercicio de su profesión, el cual va a

ABSTRACT

PROFESSIONAL PARTNERSHIPS, LIABILITY, ATTORNEYS

An attorney may practice the law collectively, as a partner in a professional partnership of lawyers (a collective law office), or as an individual, either as the owner of a law office of one's own (an individual law office) or as an attorney who works with or aids a collective or individual law office under a civil-law contract or a special job contract. These different ways of practicing the law do not affect the civil liability an attorney may incur in the course of engaging in his or her profession. An attorney is directly and personally liable should his or her professional actions have harmful consequences for the client (be it the attorney's own client or the

responder personal y directamente de las consecuencias dañosas que de su actividad profesional se deriven para el cliente, suyo o del despacho colectivo o individual al que pertenezca, en cuanto realiza esa actividad con «independencia profesional».

client of a collective or individual office to which the attorney belongs), because the attorney practices the law as an independent professional.

(Trabajo recibido el 6-3-2013 y aceptado para su publicación el 31-7-2013)

DERECHO COMPARADO

Bases para una legislación actualizada del Derecho Comercial en la República Argentina

por

MAURICIO BORETTO

«(...) Vuestro tiempo es limitado, no lo gastéis viviendo la vida de otro... No os dejéis atrapar por el dogma que es vivir según los resultados del pensamiento de otros... No dejéis que el ruido de las opiniones de los demás ahogue vuestra propia voz interior... Tened el coraje de seguir vuestro corazón y vuestra intuición, de algún modo ellos ya saben lo que tu realmente quieres ser... Todo lo demás es secundario (...)»¹

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA «MATERIA» COMERCIAL.
- III. EL FENÓMENO DE LA «DESCODIFICACIÓN» DEL DERECHO MERCANTIL (Y DEL DERECHO PRIVADO). SU INFLUENCIA EN LA ACTUALIZACIÓN DE LA LEGISLACIÓN COMERCIAL.
- IV. IDEAS DIRECTRICES O RECTORAS PARA ACTUALIZAR LA LEGISLACIÓN COMERCIAL:
 1. PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL:
 - a) *La constitucionalización del Derecho Privado:*

¹ Esta frase la dijo el recordado Steve Jobs, fundador de Apple, en su impresionante discurso en la apertura del curso del año 2005 en la Universidad de Stanford.

- 1) Introducción.
- 2) Algunos derechos subjetivos incorporados a la Constitución Nacional.
- 3) Consecuencias de la incorporación de los derechos introducidos por la reforma de 1994 al texto constitucional sobre el Derecho Privado vigente.
- b) *Un nuevo sistema de fuentes del derecho a la luz de la Reforma constitucional de 1994.*
- c) *El núcleo esencial del «orden económico social» argentino según la Constitución.*
- d) *El Derecho de propiedad en sentido constitucional: su relevancia para una actualización en la legislación comercial.*
- e) *Aplicación práctica del principio de supremacía constitucional:*
 - (i) La constitucionalización del Derecho Privado y su repercusión en la responsabilidad del garante.
 - (ii) Las garantías autoliquidables y el problema de su constitucionalidad.
 - (iii) El concurso extranacional y el principio de reciprocidad.
- f) *Conclusión del Principio de Supremacía Constitucional.*
2. PRINCIPIO DE CERTEZA JURÍDICA:
 - a) *Introducción.*
 - b) *Aplicación práctica de este principio.*
3. PRINCIPIO DE PRIORIDAD:
 - a) *Introducción.*
 - b) *Aplicación práctica de este principio.*
4. PRINCIPIO DE OPTIMIZACIÓN:
 - a) *Concepto.*
 - b) *Aplicación práctica de este principio.*
5. PRINCIPIO DE PRAGMATISMO:
 - a) *Concepto.*
 - b) *Aplicación práctica de este principio:*
 - (i) La tipicidad societaria y la autonomía de la voluntad.
 - (ii) La sociedad unipersonal.
6. PRINCIPIO DE SIMPLICIDAD:
 - a) *Concepto.*
 - b) *Aplicación práctica de este principio.*
7. PRINCIPIO DE MODERNIDAD:
 - a) *Concepto.*
 - b) *Aplicación práctica de este principio:*
 - (i) El comercio electrónico.
 - (ii) Los contratos de distribución.
 - (iii) Las garantías a primer requerimiento y su actualización en función de la normativa internacional.

8. PRINCIPIO DE EQUILIBRIO:

- a) *Concepto.*
- b) *Aplicación práctica de este principio.*

V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

En el preciso momento en el cual el suscripto comenzó a redactar estas líneas, el Decreto número 191/2011 del Poder Ejecutivo Nacional encomendó al doctor Ricardo LORENZETTI, a la doctora Elena HIGHTON y a la doctora Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI la redacción de un nuevo Código que unifique los Códigos Civil y de Comercio vigentes en la República Argentina.

Ante esta realidad, en tren de conjeturas, podríamos preguntarnos si acaso escribir sobre la idea de actualizar la legislación mercantil —cuando se está pregonando la unificación de ambos Códigos— no es un «contrasentido». Es más, podrían cuestionarse los destinatarios de estos párrafos sí, en última instancia, la unificación de ambos Códigos no implica la desaparición en los «hechos» del Derecho Comercial.

La respuesta a este interrogante, entendemos, debe ser negativa.

En efecto, la idea unificadora del Derecho Civil y el Derecho Comercial «(...) no significa, en definitiva, ni la absorción de aquél por éste, ni la absorción de éste por aquél, sino tan sólo la unificación sustancial de ambos exigida por la vida negocial moderna; como sucedió en Italia luego de sancionado el Código de 1942, esa unificación no significa la desaparición ni del Derecho Civil ni del Derecho Comercial como disciplinas típicas, sino tan solo la eliminación de distinguos generalmente artificiosos que, por afectar a la certeza, que es a su vez componente básico de la seguridad jurídica, advienen claramente ineficientes (...)»².

No debemos olvidar que desde fines del siglo XIX se vienen produciendo dos fenómenos significativos y paradójales:

- a) la «comercialización» del Derecho Civil y
- b) la «civilización» del Derecho comercial.

Por un lado, el Derecho Mercantil se extendió y llevó sus propias soluciones a ciertos ámbitos del Derecho Civil. Este fenómeno obedeció a la transformación económico-social conocida como «revolución industrial». Los comerciantes, que al mismo tiempo que concentraban la riqueza detentaban

² Ver «Nota de elevación del Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998».

el poder político y social, impusieron sin dificultades la legislación mercantil, que respondía a sus necesidades. De este modo, el Derecho Comercial rigió no sólo entre comerciantes sino también entre un comerciante y un sujeto que no lo era. La revolución industrial, las innovaciones tecnológicas, la introducción de las máquinas y la producción en masa determinaron el crecimiento de la productividad del trabajo y permitió la reducción de los costos de producción; todo ello, sumado al desarrollo demográfico, creó una asombrosa disponibilidad de fuerza de trabajo.

Con motivo de este nuevo fenómeno, un plexo enorme de relaciones jurídicas quedó al amparo de la normativa comercial, de modo tal que ya no fue posible distinguir relaciones *relevantes* y relaciones *indiferentes* a la clase de los comerciantes y, por ende, a la legislación comercial, que se expandió a una serie indefinida de relaciones.

Sin embargo, frente a esta situación, el Derecho Civil puso sus armas en beneficio de la parte débil de la contratación ejerciendo influencia en el Derecho Mercantil. Así, por ejemplo, nacieron disposiciones según las cuales las cláusulas dudosas de un contrato deben ser interpretadas en contra de quien las predispuso; las normas de la responsabilidad civil —incorporadas al Código Civil— comenzaron a aplicarse a las relaciones mercantiles, etc.

En este contexto económico-social nace en el Derecho Comparado —como vimos— la tendencia a la unificación legislativa cuyo ejemplo más claro fue el Código Civil italiano de 1942.

En nuestro país, parte de la Doctrina insistió sobre la idea de la unificación por cuanto, se decía, que poco o nada quedaba del Código de Comercio originario. Asimismo, se sostuvo que los contratos con consumidores —sometidos a las reglas mercantiles en razón de lo dispuesto por el art. 7.º del Código de Comercio³— pasaron hoy a estar regulados por un régimen único a través de la Ley 24.240.

En la Argentina, la unificación legislativa del Derecho Civil y el Derecho Comercial (a través de la unión de ambos Códigos) se intentó —con anterioridad al Decreto núm. 191/2011— a través de los proyectos de reforma de 1987, 1992, 1993 y 1998.

Todos los intentos fracasaron.

En lo personal, no me atrevo a plantar sobre el campo la lanza de mi opinión acerca de la idea de la unificación del Derecho Privado, pues confieso que en algunos puntos es dubitativa y tiene zonas de sombra.

Sin embargo, ello no es óbice para destacar las opiniones de prestigiosos juristas que sí han tomado partido sobre el tema.

³ Que determina que si el acto es comercial para una de las partes todos los contrayentes quedan sujetos a la ley mercantil.

Héctor ALEGRÍA, por ejemplo, se ha pronunciado a favor de la unificación al sostener —en su trabajo sobre *Humanismo y Derecho de los negocios*⁴— que: «(...) llegados aquí, podemos reconocer principios sobre los cuales se asienta todo el Derecho, pues el humanismo de la Constitución de 1853 no sólo ha sido reforzado, explicitado y renovado, sino que además se le ha impreso un sello raigal y fuertemente personalista. La primera conclusión es que no podrá haber en todo el ordenamiento jurídico, normas que sean claramente repugnantes a aquellos principios (...) el Derecho contemporáneo muestra progresos en el orden que venimos señalando. Antes de continuar, deseo reafirmar mi convicción sobre la necesaria unidad del Derecho Privado, que justificará cuanto digo a continuación. Desde ese punto de vista, una importante cantidad de institutos, sobre todo incorporados a partir de la reforma de 1968 del Código Civil y por leyes especiales, jalonan esos avances. Basta referirnos a la recepción de las teorías del abuso del Derecho y la lesión, ley de protección del consumidor; la extensión y límites de la autonomía de la voluntad, la generalización del principio de la buena fe, la teoría de la imprevisión, las leyes sobre concurrencia y posición dominante, las de transparencia y tutela del inversor, la protección de la intimidad y de los datos personales en la llamada sociedad de la información y la preservación y sustentabilidad del medio ambiente entre otras. Completamos este panorama, señalando en igual sentido instituciones desarrolladas por la doctrina e incorporadas al acervo jurídico, como la teoría de los contratos de adhesión (...) la teoría de la conservación del contrato y los alcances de la responsabilidad civil, incluso la responsabilidad objetiva, orientados a la reparación del daño pero fundamentalmente a la inducción de su prevención (...) estos y otros acercamientos en orden a lo que venimos sosteniendo tienen hoy morada corriente en nuestro Derecho y han hallado recepción en el proyecto de Código Civil Unificado de 1998 (...)».

Por el contrario, Jaime L. ANAYA, ha sostenido que la unificación del Derecho Privado carece de interés por cuanto «(...) no puede alcanzarse sino en un plano formal y no se advierten razones que militen a favor de la conveniencia de propiciar la unificación con tal alcance (...)»⁵.

El destacado jurista, con cita de Dany COHEN, señala⁶ como principal dificultad la inestabilidad de la materia comercial, que tiene un perfil bifronte:

⁴ ALEGRÍA, Héctor, «Humanismo y Derecho de los negocios», en *Código de Comercio comentado*, Raúl A. ETCHVERRY (dir.) y Héctor O. CHOMER (coord.), tomo 1, ed. Hammurabi, Bs. As., 2005, pág. 141 y sigs.

⁵ ANAYA, Jaime L., «La unificación del Derecho Privado. Un replanteo necesario», en *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, anticipo de «Anales»*, año XXXV, segunda época, núm. 28.

⁶ Cfr. ANAYA, Jaime L., «La unificación del Derecho Privado. Un replanteo necesario», en *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, anticipo de «Anales»*, año XXXV, segunda época, núm. 28.

una inestabilidad inmediata y una inestabilidad esencial. La primera especie de inestabilidad se refiere a la actuación del propio Estado que tiene la materia comercial como uno de los instrumentos privilegiados para su política económica, lo que atenta contra la estabilidad siquiera relativa que se persigue con la codificación; y, a su vez, se refiere a los inconvenientes que surgen de la base del aparato económico, por la propia creatividad de los operadores en el tráfico, que aportan un flujo constante de novedades negociales, aún inacabadas para la codificación. La segunda especie de inestabilidad tiene por causa la crisis de identidad del Derecho comercial tanto desde el punto de vista subjetivo (con la noción de profesional —que pretende desplazar al comerciante— que debería complementarse mediante una connotación económica) cuanto desde el punto de vista objetivo, pues el contenido de la materia comercial deja abiertas incógnitas respecto de situaciones, relaciones, institutos o figuras que han tendido a generalizarse. Pero, además, el Derecho Comercial se encuentra amenazado de explosión por ser una materia multiforme y heterogénea, en la que se han originado derechos como el de la concurrencia, del transporte, de los concursos, del consumo o bancario, que son sólo algunos entre los que reivindican su autonomía.

Como podemos observar, la controversia sobre la conveniencia de la unificación del Derecho Privado está en plena vigencia por lo que, hemos entendido, valía la pena reseñarla aunque sea brevemente.

Empero creemos, independientemente de los argumentos a favor o en contra de la unificación, que el Derecho comercial no desaparece a pesar de ella y que, el hecho de encarar una investigación sobre las «bases» necesarias para actualizar la legislación mercantil, reviste aristas de gran interés que nos permiten concluir en la necesidad de asumir el desafío de escribir sobre el tema.

II. LA «MATERIA» COMERCIAL

Bueno es recordar que el objetivo de nuestra investigación no es indagar sobre el «objeto» del Derecho Comercial.

Sin embargo, proponer las «bases» para actualizar la legislación del Derecho Mercantil presupone una labor previa de saber *qué es lo que hay que actualizar o, dicho en otras palabras, cuál es la «porción» del ordenamiento jurídico —de «contenido» comercial— que se quiere modernizar.*

Esta reflexión nos conduce a lo que la Doctrina ha llamado la *materia comercial*, la que se ha ido perfilando —con el transcurso del tiempo— en *instituciones*; muchas de las cuales se acercan al Derecho Civil y se unen a él, conformándose un nuevo Derecho más homogéneo.

Piénsese, como señala ETCHEVERRY, en lo que acontece con los *contratos* cuya teoría general es sustancialmente *civil* y que adquiere una aplicación generalizada cuando se analizan los contratos comerciales; más importantes

y frecuentes en las prácticas del mercado que los contratos tradicionalmente considerados civiles⁷.

Ahora bien, en la presente investigación, nos encontramos no solo con el dilema de intentar reconocer los contornos de la *materia comercial* sino que, además, estamos en presencia de una rama del Derecho Privado en permanente evolución y recepción de nuevos requerimientos que provienen de la actividad económica⁸; lo que dificulta definir el «contenido» del Derecho Mercantil que queremos «poner al día».

Hay zonas grises en las cuales convergen regulaciones del Derecho Civil y del Derecho Comercial (por ejemplo, en materia contractual, véase el instituto de la *resolución por incumplimiento* regulado por el art. 216 del Código de Comercio y el art. 1204 del Código Civil) y hay otras áreas especializadas no siempre correctamente ubicadas como civiles o comerciales o, inclusive, que gozan de autonomía (por ejemplo, el Derecho de defensa del consumidor, según Ley 24.240).

Sin embargo, creemos que sí existen «materias» que podríamos afirmar que son —fundamentalmente— reguladas por el Derecho Mercantil.

En tal sentido, y a fin de avanzar con nuestra investigación y no detenernos infructuosamente en la delimitación de la *materia comercial*, podemos aseverar —quizás pecando de cierta arbitrariedad— que, básicamente, la legislación mercantil se ocupa de establecer las principales relaciones:

- (i) del comercio,
- (ii) la industria y
- (iii) los servicios referidos:
 - i) al empresario,
 - ii) a la empresa,
 - iii) a los actos de comercio,
 - iv) a las sociedades,
 - v) al sistema concursal,
 - vi) al de los títulos y papeles de comercio, y
 - vii) al transporte por tierra, aire y mar.

En definitiva, estamos en presencia —como concluye ETCHEVERRY— de un Derecho general y básico de las relaciones económicas⁹.

⁷ Cfr. ETCHEVERRY, Raúl A., «Título preliminar», en *Código de Comercio comentado*, Raúl A. ETCHEVERRY (dir.) y Héctor O. CHOMER (coord.), tomo 1, ed. Hammurabi, Bs. As., 2005, pág. 3 y sigs.

⁸ FARGOSI, Horacio P., «Derecho Comercial del siglo XXI», en *Código de Comercio comentado*, Raúl A. ETCHEVERRY (dir.) y Héctor O. CHOMER (coord.), tomo 1, ed. Hammurabi, Bs. As., 2005, pág. 123 y sigs.

⁹ ETCHEVERRY, Raúl A., «Título preliminar», en *Código de Comercio comentado*, Raúl A. ETCHEVERRY (dir.) y Héctor O. CHOMER (coord.), tomo 1, ed. Hammurabi, Bs. As., 2005, pág. 18.

III. EL FENÓMENO DE LA «DESCODIFICACIÓN» DEL DERECHO MERCANTIL (Y DEL DERECHO PRIVADO). SU INFLUENCIA EN LA ACTUALIZACIÓN DE LA LEGISLACIÓN COMERCIAL

El Derecho Mercantil es una disciplina en permanente evolución, cuyo contenido se renueva día a día.

Hablar de descodificación tiene, esencialmente, dos acepciones.

Por un lado, puede consistir en la proliferación de leyes especiales que se dictan para atender nuevas o específicas situaciones sociales que un Código no ha querido o no ha podido contemplar. Por el otro, alude a la proliferación de normas que no tienden a contemplar o precisar el Código de que se trate, sino más bien a regular materias extrañas al mismo, sustrayendo de su ámbito de acción conjuntos completos de relaciones que se someten a principios independientes o contradictorios con los que el mismo Código sustenta¹⁰.

La actualización de la legislación del Derecho Mercantil debería partir de una realidad manifiesta: en Argentina, el Código de Comercio, como elemento central de regulación normativa de la actividad mercantil, ya se ha venido «descodificando»; produciéndose la paulatina sustitución de sus disposiciones a través de leyes especiales.

La cuestión no es baladí, pues profundizar este proceso, con el fin de obtener una legislación mercantil moderna y armónica, con cuerpos normativos más flexibles, ágiles, dinámicos y abiertos, es una opción que debe explorarse frente a la insistencia de un código completo y cerrado.

La «descodificación» de la materia mercantil es una realidad que se viene produciendo hace décadas y puede apreciarse a través de diversas leyes especiales.

A guisa de ejemplo, podemos mencionar:

- Decreto-ley 5965/63, de letra de cambio y pagaré.
- Ley 24.452 de cheques.
- Ley 9.643 de *warrants*.
- Decreto-ley 15.348/46 (y Decreto 897/95) de prenda con registro.
- Ley 17.418 de seguros.
- Ley 24.481 de patentes de invención y modelos de utilidad.
- Ley 22.362 de marcas y designaciones.
- Ley 25.065 de tarjeta de créditos.
- Ley 25.156 de defensa de la competencia.
- Ley 19.550 de sociedades comerciales.

¹⁰ PEIRANO FACIO, Jorge, «La descodificación en el Derecho actual», en *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, anticipo de «Anales»*, año XI, segunda época, núm. 33, La Ley, Bs. As., disertación pronunciada el 10 de agosto de 1995.

- Ley 20.337 de cooperativas.
- Ley 24.522 (y sus reformas) sobre concursos y quiebras.
- Ley 22.802 de lealtad comercial.
- Ley 17.811 de bolsas y mercados de valores.

Como vemos, la presencia de leyes especiales en materia mercantil es una realidad en diversos ámbitos.

Si intentamos buscar respuestas acerca del porqué de la descodificación, no debemos olvidar —en primer término— que el Código de Comercio se encuentra vigente para toda la República Argentina desde 1890.

Dados los cambios que se producen con el paso del tiempo y el desarrollo de la humanidad, difícilmente un Código de Comercio pueda regular la vasta materia mercantil contemporánea, sin sufrir «desgajamientos».

Piénsese en la transformación de las comunicaciones, la evolución del concepto de riqueza, el surgimiento de la «aldea global», la naturaleza desnacionalizada del comercio, la proliferación de fuentes y mecanismos extra-estatales de solución de controversias, la preeminencia de las costumbres, la condición anti-formalista y la variedad de soluciones atípicas, son situaciones que exigen respuesta legislativa ya que establecen supuestos de hecho que han superado la capacidad normativa del Código, pues se trata de situaciones que no eran previsibles en la época de su sanción.

Por lo tanto, el Código de Comercio se traduce en una norma que ha perdido su centralidad en la materia mercantil, habiendo sido paulatinamente desplazada por el fenómeno de «descodificación» que venimos señalando.

En consecuencia, y como respuesta ante esta realidad, la «descodificación» pareciera ser una necesidad que viene a atender el *desarrollo* de la materia mercantil.

En el ámbito internacional, asimismo, el fenómeno de la «descodificación» no es ajeno o extraño; pues las tendencias mayoritarias se orientan en ese sentido.

Véase, por ejemplo, entre otros, los casos de México y España donde se ha producido el fenómeno de la descodificación, y las particularidades de Francia, donde se aplica una técnica legislativa que permite seguir con su sistema de codificación e ir incorporando las innovaciones legislativas que se van produciendo, en la medida en que las modificaciones sólo alteran la numeración del capítulo o título correspondiente al Código, ya que los libros, títulos y capítulos tienen numeración independiente.

IV. IDEAS DIRECTRICES O RECTORAS PARA ACTUALIZAR LA LEGISLACIÓN COMERCIAL

A continuación esbozaremos las *ideas directrices o rectoras* que, según nuestro humilde parecer, deberían informar una actualización de la legislación del Derecho Mercantil, de tal modo de asegurar la *vigencia y efectividad* de la nueva normativa para lograr —de esa manera— su acatamiento por los distintos actores del tráfico negocial.

En nuestro concepto, el eje en torno al cual debe girar la *actualización legislativa comercial*, está constituido por los siguientes «postulados»:

- Se debe respetar la Constitución como Ley fundamental (supremacía constitucional).
- Se debe eliminar la incertidumbre jurídica existente en la regulación legislativa vigente que se pretende actualizar (certeza jurídica o seguridad jurídica).
- La nueva regulación debe propender a mejorar la normativa actual (optimización).
- Se debe priorizar la actualización de aquellos temas o materias que necesitan de cambios en nuestro país (prioridad).
- La actualización debe ser consistente con la realidad nacional (pragmatismo).
- La normativa actualizadora debe tener un lenguaje sencillo (simplicidad).
- La actualización debe mirar las novedades del mundo de hoy en el cual está inserto la Argentina (modernidad).
- La nueva normativa debe procurar contemplar y brindar adecuada protección a los diversos intereses implicados en la materia que se quiere actualizar (equilibrio).

Intentaremos justificar y fundamentar, a continuación, cada una de estas ideas rectoras que deberían informar la futura actualización de la legislación mercantil.

Luego, al finalizar el desarrollo de cada una de ellas, veremos cómo operan en la práctica. A tal efecto, nos valdremos de distintos ejemplos del ordenamiento mercantil para apreciar cómo debería proceder el legislador «actualizador» en cada caso.

1. PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

La labor de identificar los diferentes aspectos a actualizar, y la posterior elaboración de propuestas a tal efecto, debe tomar en cuenta las características,

los principios, las garantías y los derechos establecidos por la Constitución, toda vez que constituye la norma fundamental a la cual debe «adecuarse» todo el ordenamiento jurídico y, en nuestro caso, la nueva normativa comercial.

Este último aserto se entronca con diversas cuestiones de relevancia:

- La «supremacía constitucional» (arts. 31 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional).
- La denominada «constitucionalización del Derecho Privado» y el «bloque de constitucionalidad» (básicamente, conforme a los arts. 41, 42, 43 y 75, inc. 22, Constitución Nacional).
- La existencia de un nuevo sistema de fuentes del derecho a la luz de la reforma constitucional de 1994.
- La existencia de un núcleo esencial de «orden económico social» receptado en la Constitución.
- La concepción del Derecho de propiedad en sentido constitucional y su influencia con respecto al orden jurídico *infra* constitucional.

Cada uno de los diversos ítems mencionados serán abordados en los próximos párrafos.

a) *La Constitucionalización del Derecho Privado*

1) Introducción

Hasta hace algunas décadas se pensaba que Derecho Privado y Derecho Constitucional tenían pocos puntos en contacto: uno regía las relaciones jurídicas de coordinación y el otro las relaciones jurídicas de subordinación.

Las relaciones entre el Estado y el individuo regidas por el Derecho Constitucional eran, exclusivamente, las que ponían límites al poder del Estado en los casos en que éste pretendía alterar las garantías individuales.

Por ello, la garantía constitucional tradicional más típica fue el *habeas corpus* para asegurar la libertad física del individuo frente a las detenciones arbitrarias del Estado.

En la actualidad, esta visión ha cambiado:

- Por un lado, se advierte que no todo poder está en manos del Estado. Por el contrario, existen poderes económicos, culturales, sociales que también deben ser limitados por el ordenamiento para asegurar que las libertades y la igualdad real entre las personas sean efectivas y no se conviertan en una mera declaración. Desde esta nueva perspectiva, no debe extrañar que ingresen a los textos constitucionales relaciones que tradicionalmente pertenecieron al Derecho Privado (por ejemplo, las relaciones existentes entre

empresas y consumidores como ocurre con el art. 42 de la Constitución Argentina, el art. 51 de la Constitución Española¹¹, los arts. 5¹² y 170¹³ de la Constitución Brasileña, el art. 78¹⁴ de la Constitución Colombiana y el art. 28¹⁵ de la Constitución Mexicana, entre otras). De este modo, el

¹¹ 1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. 2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oírán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquellos, en los términos que la ley establezca. 3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la Ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.

¹² Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la prioridad, en los siguientes términos (...) XXXII. El Estado promoverá, en la forma de la ley, la defensa del consumidor.

¹³ El orden económico, fundado en la valoración del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene por fin asegurar a todos una existencia digna, de acuerdo con los dictados de la Justicia Social, observando los siguientes principios: I. Soberanía nacional; II. Propiedad privada; III. Función social de la propiedad; IV. Libre concurrencia; V. Defensa del consumidor; VI. Defensa del medio ambiente; VII. Reducción de las desigualdades regionales y sociales; VIII. Búsqueda del pleno empleo; IX. Tratamiento favorable para las empresas brasileñas de capital nacional de pequeño porte. Parágrafo único. Se asegura a todos el libre ejercicio de cualquier actividad económica, con independencia de autorización de órganos públicos, salvo en los casos previstos en la ley.

¹⁴ La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.

¹⁵ En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria. En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social. Las leyes fijarán bases para que se señalen precios máximos a los artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular, así como para imponer modalidades a la organización de la distribución de esos artículos, materias o productos, a fin de evitar que intermediaciones innecesarias o excesivas provoquen insuficiencia en el abasto, así como el alza de precios. La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses.

Derecho Constitucional penetra en el Derecho Privado y sus principios se propagan a los diversos sectores del ordenamiento jurídico.

- Por otro lado, existen ciertos derechos civiles que merecen una tutela especial, más elevada que la que otorga la ley. Veamos algunos ejemplos como son el derecho a la intimidad, el derecho a la igualdad y el derecho de propiedad.

— El derecho a la intimidad

El derecho a la intimidad (art. 19 Const. Nacional) del cual deriva la garantía de la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia y de los papeles privados (art. 18 Const. Nacional) se ha extendido a otros ámbitos tales como el derecho a la propia imagen, el derecho a la identidad, etc.

Veamos concretamente lo que ha ocurrido con el fenómeno de Internet, que está basada fundamentalmente sobre dos pilares: la libertad y la desregulación.

En el primer aspecto, la Internet asegura el ingreso y desenvolvimiento en ella, recibiendo y ofreciendo la más variada información.

En cuanto a la desregulación, es consecuencia de la imposibilidad material para los Estados y personas de interferir las comunicaciones y de establecer los límites tecnológicos para su funcionamiento¹⁶.

Desde la óptica constitucional, se ha sostenido el carácter de medio de prensa de la Internet, lo que fue reconocido por la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, sala 1, al resolver el caso «Vita»¹⁷. En sentencia de 13 de marzo de 2002 y en sentencia de 29 de agosto de 2003 se aseveró que el ejercicio de la libertad de expresión a través de Internet está protegida por el artículo 14 de la Constitución y el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En el caso, se sostuvo que las ideas expuestas por los imputados sobre el consumo de estupefacientes fueron hechas en el marco del ejercicio de la libertad de prensa al exteriorizarse mediante Internet.

En este contexto, vino la sanción de la Ley 26.032 de 2005, que estableció en su artículo 1 que: «*la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión (...)*».

Huelga destacar —asimismo— que las comunicaciones mediante la Internet también quedaron equiparadas a la correspondencia epistolar bajo el nombre de correo electrónico tal como lo resolvió en el año 1999 la Cámara Nacional en

¹⁶ BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo I, 2.^a edición actualizada y ampliada, Bs. As., ed. La Ley, 2006, pág. 633.

¹⁷ L.L. 2002-B-489.

lo Criminal y Correccional, Sala VI, en el precedente «Lanata»¹⁸ y ese mismo Tribunal, pero en su sala I, en el caso «Grinberg» en el año 2003.

En este mismo sentido, la Cámara Nacional del Trabajo, Sala VIII, en la causa «Pereyra» en el año 2003 y, ese mismo Tribunal, a través de su Sala X de ese mismo año en los autos «V.R.I. c. Vestiditos, S. A.»¹⁹ concluyeron que la violación de la garantía constitucional de la inviolabilidad del correo electrónico, además de constituir un delito penal, importaba vulnerar el derecho a la privacidad o intimidad²⁰.

— El derecho a la igualdad

La igualdad, principio básico del sistema jurídico reconocido en la Constitución (art. 16), se transfiere al Derecho Civil que —entre otros casos— la recoge en:

¹⁸ L.L. 1999-C-458 y L.L. 1999-E-70.

¹⁹ L.L. 2004-C-455.

²⁰ En España, su Constitución (art. 20) establece que: «1. Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica. c) A la libertad de cátedra. d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La Ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades. 2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa. 3. La Ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España. 4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las Leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. 5. Solo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial». Sin perjuicio de ello, el uso de Internet también tiene límites. En efecto, el propio artículo 18.4 de la Constitución Española, establece que «la Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos». Esta protección se cumple en el ámbito de la automatización de la información sobre los datos personales y familiares, ante la preocupación de un posible abuso en la utilización de las nuevas tecnologías, lo que da lugar a plantearse qué posibilidades de protección tiene una persona frente a la utilización de sus datos personales y cuáles son los límites de esta protección. La Constitución Española establece un derecho de protección frente al uso de la informática constituyendo un derecho fundamental especialmente protegido. Por lo tanto se refiere concretamente al derecho al honor personal y familiar, y a la intimidad personal y familiar de los ciudadanos respecto al tratamiento informático. La protección de este derecho se manifiesta también en el artículo 20.4 de la Constitución, poniendo límites —de esa manera— a la libertad de expresión y de información.

- La igualdad sucesoria de todos los hijos (matrimoniales y extramatrimoniales).
- La igualdad de los hombres y mujeres.
- La inexistencia de distinciones —en punto a la capacidad— entre ciudadanos y no ciudadanos, nacionales y extranjeros (art. 20 Const. Nacional).

— El derecho de propiedad

El derecho de propiedad, tutelado en el ámbito del Derecho Civil, es declarado derecho inviolable por la Constitución Nacional y esta cualidad adquiere especiales características en el análisis de las relaciones entre sujetos privados; que desarrollaremos más adelante específicamente en el acápite: *«La concepción del Derecho de propiedad en sentido constitucional y su influencia con respecto al orden jurídico infra constitucional»*, al cual remitimos.

2) Algunos derechos subjetivos incorporados a la Constitución Nacional

Por las razones antes explicadas, la reforma constitucional de 1994 incorporó a la Constitución Nacional varias previsiones que tocan materias de Derecho Privado, tales como:

- La *protección del consumidor* consagrada en el artículo 42, según el cual: *«(...) Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control (...)»*. La ley 24.240 (con su reforma de la ley núm. 26.361) de Defensa del usuario y consumidor si bien es anterior al año 1994, hoy, es la reglamentación de esta cláusula constitucional.
- El *habeas data* mencionado en el artículo 43 de la Constitución Nacional, cuya finalidad es tutelar la intimidad y otros derechos de la personalidad;

autoriza a toda persona a ejercer la acción de amparo para tomar conocimiento de los datos a ella referidos que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados a destinar informes y, en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos.

- La *acción de reparación del daño ambiental* consagrada en el artículo 41, en virtud de la cual: «(...) todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren sus jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos o radiactivos (...)».

Sin perjuicio de los ejemplos transcritos, otras numerosas materias de Derecho Privado (la protección de la persona humana, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, la filiación, el matrimonio, la responsabilidad parental, la adopción, etc.) aparecen en los tratados internacionales a los cuales la Constitución (con la reforma de 1994) reconoce jerarquía constitucional (arts. 31 y 75, inc. 22.º).

Ellos son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Convención Americana de los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales; el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos y su protocolo facultativo; la Convención sobre la prevención y sanción del delito de genocidio; la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y la Convención sobre los derechos del niño.

3) Consecuencias sobre el Derecho Privado vigente de la incorporación de los derechos introducidos por la reforma de 1994 al texto constitucional

Esta nueva visión ha traído luz sobre una serie de cuestiones desde que las normas constitucionales tienen gran eficacia en cuatro sentidos:

- (i) *Eficacia directa*: este carácter significa que, aunque no haya disposición *legal* que reglamente el derecho reconocido por la Constitución, el derecho es operativo y la persona que demanda la tutela jurisdiccional puede pedir su aplicación.
 - Por ejemplo, si bien nuestro país no ha reglamentado el derecho de réplica o respuesta (que se ejerce contra las empresas periodísticas para que rectifiquen noticias erróneas o incompletas), al estar expresamente reconocido por el Pacto de San José de Costa Rica (art. 14), cualquier particular puede reclamar al medio periodístico que difundió una noticia errónea o inexacta que lo afecta personalmente a que, por igual medio, la corrija o complete.
- (ii) *Eficacia derogatoria*: esta característica implica que las disposiciones constitucionales derogan cualquier disposición legal que las contradiga.
 - Por ejemplo, debe considerarse derogada toda disposición legal que discrimine a la mujer. Es lo que ocurrió con el artículo 1276 del Código Civil que disponía que, si no se puede determinar el origen de los fondos, el bien ganancial es de administración marital. La doctrina consideró que esta disposición estaba derogada por violar el principio de igualdad de hombre y mujer y así fue declarado por el Derecho judicial. Finalmente, esta posición fue recogida por el legislador quien —a través de la ley 25.781— sustituyó el párrafo polémico del artículo 1276 Código Civil, y dispuso que estos bienes son de administración conjunta de ambos cónyuges.
- (iii) *Eficacia invalidatoria*: este carácter está estrechamente vinculado al anterior pues la disposición de jerarquía legal que se opone a una norma constitucional es inválida y, por ello, puede ser declarada inconstitucional por los jueces
- (iv) *Eficacia interpretativa*: se ha dicho que la visión constitucional exige una «relectura» de los textos legales, de tal modo que la interpretación de la ley esté siempre adecuada a la Constitución. Por eso, cuando una ley es pasible de ser interpretada de diversos modos, uno que contradice la Constitución y otro que se adecua a ella; quien interpreta y aplica la ley debe hacerlo de manera que la norma resulte conforme a la cláusula constitucional. En otras palabras, la norma constitucional dirige la interpretación de la ley.

b) *Un nuevo sistema de fuentes del derecho a la luz de la Reforma constitucional de 1994*

Cabe destacar también que —desde la reforma constitucional de 1994— se ha configurado un nuevo sistema de fuentes del derecho.

La idea de supremacía constitucional —contenida en el art. 31 de la Constitución— y, principalmente, los Tratados Internacionales con rango constitucional (art. 75 inc. 22 Const. Nacional), configuran la base fundamental de un «Sistema de Fuentes» en el ordenamiento jurídico argentino que ha venido indefectiblemente a variar el orden jurídico en general y, en particular, el orden mercantil.

En efecto, ante el fenómeno de la Constitucionalización del Derecho Privado, *la legislación mercantil y sus ámbitos conexos deben partir de este sistema para interpretar y aplicar el derecho.*

Como consecuencia de ello, los casos que rija la legislación comercial deben ser resueltos de acuerdo a las leyes que regulen la materia de que se trate y que resulten aplicables, *interpretándolas conforme a la Constitución Nacional y a los tratados suscriptos por la Argentina.*

En efecto, la reforma constitucional de 1994 introdujo un cambio sustancial al sistema jerárquico normativo en Argentina.

En la cúspide de todo el ordenamiento jurídico, la Constitución dejó su rol exclusivo de norma fundamental por cuanto los tratados internacionales —de derechos humanos— han pasado a tener su misma jerarquía.

La Constitución continúa siendo entonces la norma fundamental de todo el sistema. Pero en cuanto al «parámetro» que deben seguir las normas «infraconstitucionales» para ser admitidas como válidas jurídicamente dentro del sistema, la Constitución dejó de ser el único referente. De ello se deduce que en caso de que una norma interna contradiga un tratado internacional de derechos humanos, tal norma es inconstitucional, carece de validez jurídica y por ello es inaplicable.

En vista a una futura actualización legislativa y aplicando las ideas expuestas al ámbito del Derecho Mercantil, cabe efectuar la siguiente reflexión. Como decía Juan Bautista ALBERDI²¹: *«(...) la Constitución Federal Argentina contiene un sistema completo de política económica, en cuanto garantiza, por disposiciones terminantes, la libre acción del trabajo, del capital y de la tierra, como principales agentes de la producción, ratifica la ley natural del equilibrio que preside el fenómeno de la distribución de la riqueza, y encierra en límites discretos y justos los actos que tienen relación con el fenómeno de los consumos públicos (...) al legislador, al hombre del Estado, al publicista, al escritor, sólo toca estudiar los principios adoptados por la Constitución, para tomarlos como guía obligatoria en todos los trabajos de legislación orgánica y reglamentaria.*

²¹ *El sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina*, ed. Ciudad Argentina, Bs. As., 1998 (la publicación inicial de esta obra fue en el año 1854).

Ellos no pueden seguir otros principios, ni otra doctrina económica que los adoptados ya en la Constitución, si han de poner en práctica esa Constitución, y no otra que no existe (...)».

Así las cosas, si la libertad de comercio orienta actualmente a la mayoría de las economías del mundo, incluida la de nuestro país, una actualización de la legislación mercantil debe proveer mecanismos de técnica jurídica adecuados a la libertad de comercio y, a la vez, procurar obtener un justo equilibrio entre ella y los valores esenciales de la persona humana, que están exaltados en la Constitución Nacional, especialmente a partir de la reforma de 1994.

En otras palabras, la regulación del Derecho Privado —especialmente en cuanto incide en la actividad negocial— está precisada de atender la «doctrina económica» de nuestra Ley fundamental.

Por ello, la actualización de la legislación comercial no debe olvidar la siguiente directiva: *adecuar el Derecho común a la Constitución y a los Tratados de derechos humanos incorporados con jerarquía constitucional por la reforma de 1994.*

En efecto, el contenido de la «Constitución Económica» —en tanto derechos y principios sobre los que debe desarrollarse la actividad económica y empresarial que vinculan tanto a los Poderes Públicos como a los agentes económicos en la Argentina— debe ser el punto de partida de la legislación mercantil.

El artículo 1.º del Anteproyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio de 2011/2012 (Decreto 191/2011) (*Fuentes y aplicación*) sigue esta línea al expresar: «*Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables. La interpretación debe ser conforme con la Constitución Nacional y los tratados en los que la República sea parte. A tal fin, se tendrá en cuenta la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho*».

Esta misma idea directriz es también aplicable al resto de los ordenamientos jurídicos en el Derecho Comparado.

En este sentido, por ejemplo, para el Tribunal Constitucional Español la legalidad ordinaria es la que debe ajustarse en su inteligencia y aplicación al orden constitucional. Por ello el Tribunal Constitucional anuló una sentencia del Tribunal Supremo por haber producido éste una inversión en el orden de la utilización de los cánones hermenéuticos y en los resultados de los mismos, omitiendo en su sentencia un reajuste en la interpretación de los preceptos de la legalidad ordinaria para acordarlos con los preceptos de la Constitución. Por el contrario, afirmó que es la Constitución la que debe ser interpretada con el resto del ordenamiento jurídico²².

²² Sentencia del 17 de febrero de 1984. Ampliar en ARCE Y FLOREZ-VALDÉS, Joaquín, *El Derecho Civil constitucional*, Madrid, 1986.

Lo propio ha ocurrido en Italia, país en el cual la doctrina invita a hacer una «relectura» del Derecho Privado a la luz de la Constitución²³, pues los principios constitucionales básicos (igualdad, legalidad, propiedad, privacidad, etc.) penetran en la estructura del Derecho Privado y exigen a éste su adecuación a ellos.

c) *El núcleo esencial del «orden económico social» argentino según la Constitución*

En primer término, debemos referirnos a la llamada «Constitución Económica». La misma resulta ser una categoría conceptual que —en el ámbito del constitucionalismo moderno— atiende a la ordenación jurídica de las estructuras y relaciones económicas en las que, no sólo están implicados los ciudadanos, sino también el propio Estado en su función de protagonista del desarrollo de la vida económica²⁴.

De manera particular, el modelo de la «Constitución Económica» fruto de la reforma del año 1994 acaecida en la Argentina, ofrece las bases de una estructura solidaria, con fuertes imposiciones a los poderes del Estado, y la generación de una mayor participación de la sociedad civil, los partidos políticos y las entidades no gubernamentales para arribar a una realidad social que no prescinda del progreso económico y que asegure un «desarrollo sustentable» (arg. art. 75, inc. 19 Constitución Nacional).

Tales cuestiones deben ser ponderadas en una futura actualización de la legislación comercial.

Señala al respecto Andrés GIL DOMÍNGUEZ²⁵ que, los constituyentes, al ejercer su potestad reformadora, incorporaron al texto constitucional una importante cantidad de preceptos de corte socio-económico, los que se instalaron en una manera algo difusa, entre la parte dogmática y la orgánica del texto supremo; pero no por ello medraron su intención de traducirse en una nueva idea fuerza rectora para las generaciones venideras.

Aún así, y desde un importante esfuerzo interpretativo de la reforma constitucional de 1994, GIL DOMÍNGUEZ sistematiza los principios dogmáticos que

²³ Cfr. PERLINGIERI, Pietro, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991.

²⁴ El tema del orden público económico y su perspectiva constitucional se puede consultar con provecho en DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. 1, *Introducción. Teoría del Contrato*, ed. Civitas, Madrid, 1996, 5.ª edición, pág. 42 y sigs.; en la 6.ª edición de esta misma obra correspondiente al año 2007 el tema es tratado en la pág. 53 y sigs.

²⁵ Ver GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *En busca de una interpretación constitucional (nuevos enfoques sobre la reforma de 1994)*, ed. EDIAR, Bs. As., 1997, pág. 341 y sigs.; del mismo autor, «La constitución socio-económica de 1994», en *Economía, Constitución y Derechos Sociales*, ed. EDIAR, Bs. As., 1997, pág. 241 y sigs.

constituyen el núcleo esencial del «orden económico social argentino», que serían los siguientes: 1) principio de economía de mercado; 2) principio de regulación estatal; 3) principio de desarrollo humano; 4) principio de un adecuado nivel de vida y 5) principio de la orientación de la actividad financiera.

En las próximas líneas, explicaremos estos principios sucintamente.

— Principio de economía de mercado

Es un modelo que constituye la base del marco real en el que desenvuelven las economías de muchos países en la actualidad. Tiene como principio la libre iniciativa del individuo, para tomar decisiones en el terreno económico tanto como productor, como propietario de recursos o como consumidor.

Este principio faculta a los consumidores desde que deciden qué bienes consumir, de acuerdo a sus preferencias y sus recursos; lo que constituye la soberanía del consumidor.

Los productores, por otro lado, producirán a efectos de maximizar el beneficio.

Para que todos los agentes puedan actuar en armonía, el sistema debe dejar operar al mercado. Él es la institución central.

El sistema de mercado reconoce dos principios de base: *la libertad y la individualidad*.

Además, en un segundo plano, se muestra conforme a principios institucionales básicos relacionados con los dos primeros: 1) El derecho a la propiedad individual; 2) El derecho a contratar e intercambiar libremente; 3) El derecho de prestación de trabajo, y 4) La libertad de emprender y correr riesgo.

— Principio de regulación estatal

Este principio, se basa en los siguientes pilares:

1. Una función indelegablemente estatal, ejercida principalmente sobre las actividades privadas (aunque, a veces, también públicas).
2. En las que está involucrado un interés social.
3. Orientada a incidir sobre el comportamiento de quienes desarrollan esas actividades para preservar ese interés social.
4. Amparándose para ello en una normativa que da fuerza ejecutiva y legitima la intervención estatal, haciendo posible, en casos de incumplimiento, la aplicación de sanciones.

Se destaca, en este sentido —y a título de ejemplo— la protección al usuario y consumidor que impone la Constitución Nacional, por la que debe velar el Estado; conforme surge de su artículo 42 que ya hemos transcripto.

— Principio de desarrollo humano

Teniendo en cuenta las fuentes tomadas por el constituyente reformador de 1994, el desarrollo humano implica un concepto que marca un proceso que gira en torno de la persona como centro del accionar estatal; importando una concepción claramente personalista y solidarista.

Como explica Ricardo MUÑOZ²⁶, la Reforma Constitucional de 1994 introdujo un nuevo paradigma valorativo al incorporar el Desarrollo Humano como objetivo a alcanzar por el Estado e impone a los diversos poderes públicos un marco de atribuciones para ello, de tal modo que implica una redefinición del rol estatal y al mismo tiempo una renovada vinculación entre éste, la Sociedad Civil y el Mercado; valorizando el accionar político colectivo como actor y generador de un ámbito adecuado para la plena vigencia de los Derechos Humanos.

Esta hipótesis se confirma a poco que se analicen las importantes modificaciones introducidas en el Bloque de Constitucionalidad Federal —con motivo de la Reforma operada en el año 1994— que hacen a lo sustantivo en materia de derechos, no solamente por el Capítulo agregado a la Primera Parte denominado Nuevos Derechos y Garantías que de por sí imponen un ensanchamiento expreso de derechos (arts. 41, 42 y 43), sino también por la jerarquización constitucional de Tratados Internacionales de Derechos Humanos atento lo dispuesto en el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional; de tal modo que, la protección, reconoce fuentes tanto interna como internacional que privilegian la finalidad tuitiva.

A los fines del presente trabajo, nos limitaremos a efectuar un análisis de la atribución conferida al Congreso Nacional en el artículo 75, inciso 19 —denominada «cláusula del nuevo progreso»— en cuanto, en su primer párrafo, dispone que le corresponde: *«Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento»*.

Asimismo, el «desarrollo humano» vuelve a tener recepción constitucional:

- En el inciso 17 del citado artículo cuando dispone regular la entrega a los pueblos indígenas de tierras aptas y suficientes para el *desarrollo humano*.
- En el artículo 41, que consagra el derecho a gozar de un ambiente sano, equilibrado y apto para el *desarrollo humano*.

²⁶ *Desarrollo humano. Nuevo paradigma constitucional*, trabajo presentado en las X Jornadas Internacionales Interdisciplinarias, celebradas en Río Cuarto, organizadas por la Fundación ICALA.

- También en el artículo 125 en cuanto atribuye a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la promoción del progreso económico y el *desarrollo humano*, entre otros.

Precisamente, el *desarrollo humano* —junto al *Bien Común* como fin del Estado enunciado en nuestro Preámbulo y desarrollado en otras cláusulas supremas— se constituyen en el núcleo duro ideológico que impregna a toda la Constitución Nacional.

— Principio de un adecuado nivel de vida

Este principio tiene recepción en el artículo 41 de la Constitución Nacional, también transcripto anteriormente.

Como puede observarse, el bien jurídico protegido es la «calidad de vida», que constituye un derecho humano de «tercera generación» a un medio ambiente sano y equilibrado y, a su vez, al patrimonio común de la humanidad; que se funda en la idea de la solidaridad entre los hombres.

La relevancia de esta disposición se traduce, en definitiva, en el reconocimiento constitucional del derecho al ambiente, a la salud y a la calidad de vida adecuada de todo ser humano.

— Principio de la orientación de la actividad financiera

La actividad financiera estatal es jurídico-constitucional, y reviste carácter instrumental. A tal efecto, deben destacarse los fines de la actividad financiera pues, ellos, son los que hacen viable el funcionamiento integral del estado democrático y permiten dar efectividad a los derechos que tienen su raíz en la Constitución.

Los «parámetros» que emanan desde la Constitución hacia la política fiscal y la actividad financiera son:

- (i) El desarrollo humano, el desarrollo económico-social y el equilibrio del desigual desarrollo relativo de provincias y regiones.
- (ii) La solidaridad.
- (iii) La igualdad de oportunidades en todo el territorio.
- (iv) El progreso económico con justicia social.
- (v) La generación del empleo.
- (vi) La productividad de la economía.
- (vii) La defensa del valor de la moneda.
- (viii) El pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución y los Tratados internacionales.

- (ix) La consideración especial de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.
 - (x) El aseguramiento del funcionamiento de las instituciones de la Constitución.
- d) *El Derecho de propiedad en sentido constitucional: su relevancia para una actualización en la legislación comercial*

Según el artículo 17 de la Constitución Nacional: «(...) *La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4.º Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie (...)*».

El concepto constitucional de la propiedad difiere, y es mucho más amplio, que el concepto regido por la legislación civil. En este último ámbito, el objeto de la propiedad son las cosas, los objetos materiales susceptibles de tener un valor. En cambio, para la Constitución, el derecho de propiedad supera el marco del dominio y de los derechos reales, abarcando todos los bienes materiales e inmateriales que integran el patrimonio de una persona física o jurídica y que, por ende, son susceptibles de apreciación económica para su titular, y aunque no lo sean para un tercero²⁷.

Incluye tanto a las cosas como a los bienes e intereses estimables económicamente que pueda poseer una persona. Comprende no solamente el dominio sobre las cosas, sino también la potestad de adquisición, uso y disposición de sus bienes tangibles e intangibles. Incluye todos los intereses apreciables económicamente que pueda poseer un hombre fuera de sí mismo, al margen de su vida y libertad de acción. Es la universalidad de los bienes materiales o inmateriales que constituye el patrimonio de una persona²⁸.

Recuérdese, además, que para nuestra Corte Suprema de Justicia el derecho de propiedad abarca todo valor reconocido por la ley, cuyo origen pueda resultar

²⁷ El Anteproyecto de Código unificado, Decreto 191/2011, refleja esta tesis al prever en su artículo 965 (Derecho de propiedad): «Los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante».

²⁸ BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo I, 2.ª edición actualizada y ampliada, Bs. As., ed. La Ley, 2006, pág. 836 y sigs.

de las relaciones de Derecho Privado, como también de actos administrativos y siempre que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce así sea el Estado mismo²⁹. Es todo aquello de lo cual puede disponer su titular, incluyendo su uso y los contratos que celebre³⁰, así como también los derechos adquiridos, o sea, los derechos definitivamente incorporados al patrimonio de una persona³¹.

Sin perjuicio de lo expuesto, y por «influencia» de los instrumentos internacionales señalados por el artículo 75, inciso 22 de la Constitución, en especial la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 21): *toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes; admitiendo que la ley subordine tal uso y goce al interés social*.

Por lo tanto, si bien el Pacto de San José de Costa Rica destaca a la propiedad como un derecho de las personas, luego de tal consagración, admite la subordinación del uso y goce de ese derecho al interés social; sobre la estricta base de la reglamentación legal.

Esta «línea conceptual» —coincidente con el rumbo constitucional (especialmente el adoptado por ella luego de la reforma constitucional de 1994) y por imperio de los Tratados sobre derechos humanos enumerados en el art. 75, inciso 22 de la Constitución— se ha de constituir, además, en una pauta de interpretación obligatoria dirigida a los poderes públicos que deban regular este derecho.

La protección constitucional del derecho de propiedad, según el artículo 17 precitado, no solo se refiere a la tutela genérica e integral de este derecho, sino que nuestro sistema brinda también tutela a la propiedad autoral; que es una modalidad específica del ejercicio del derecho de propiedad, con particulares matices.

Desde tal óptica, recuérdese que la Constitución Nacional brinda tutela a todo autor o inventor declarando que es autor exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que acuerde la ley (art. 17). Esto significa que el legislador puede establecer un plazo para el ejercicio exclusivo de este tipo de propiedad, pero ese lapso debe ser razonable y proporcional al esfuerzo creativo del autor³².

Por su parte, la doctrina divide —por lo general— a la propiedad autoral en: (i) industrial y comercial y (ii) intelectual.

La propiedad intelectual comprende la referida a obras científicas, artísticas, literarias o didácticas. Si bien los derechos patrimoniales referidos a una obra de este cariz, pueden ser cedidos, no así su paternidad moral; por lo que en

²⁹ Fallos CSJN 145:327.

³⁰ Fallos CSJN 177:21.

³¹ Fallos CSJN 312:1121.

³² BADENI, Gregorio, «Tratado de Derecho Constitucional», tomo I, *ob. cit.*, pág. 838.

todo momento puede reivindicarla y oponerse a modificaciones en perjuicio de ese aspecto. La propiedad intelectual comprende para su autor las facultades de disponer de ella, publicarla, ejecutarla, representarla, exponerla en público, enajenarla, traducirla, adaptarla, autorizar su traducción y reproducirla en cualquier forma.

En función de esta cláusula constitucional, la Ley 11.723 de propiedad intelectual garantiza tal derecho de por vida a su autor y a sus descendientes por cincuenta años más a partir del deceso del causante.

Por su parte, la propiedad industrial y comercial vincula al autor con la actividad comercial e industrial, lo que implica que este modo de propiedad difiere sustancialmente de la intelectual. Se la concibe como el derecho del autor sobre inventos, descubrimientos, procedimientos, etc., destinados a la fabricación de bienes y prestación de servicios; que reconoce protección constitucional de acuerdo al mentado artículo 17.

Esta modalidad de propiedad está regulada en lo esencial por la Ley 22.362 (de Marcas y Designaciones) y la Ley 24.481 y modificatorias (de Patentes de invención).

La Ley 24.481 admite patentar aquellos descubrimientos o invenciones nuevas, también los nuevos productos industriales, los nuevos medios y las nuevas aplicaciones de medios conocidos para la obtención de un resultado o de un producto industrial. En estos casos, la protección legal es otorgada por el plazo de veinte años no prorrogables.

Respecto de las marcas de fábrica, comercio y agricultura, ellas han sido reguladas por la Ley 22.362, que otorga propiedad sobre las mismas durante un tiempo indefinido a condición de que se la renueve cada diez años.

En otro orden de cosas, y vinculado al «derecho de propiedad», hallamos también la llamada *libertad económica*, que abarca toda actividad económica destinada a generar riqueza mediante el desarrollo de los factores productivos.

Quedan englobadas en esta libertad³³:

- (i) la libertad de contratar;
- (ii) la libertad de comercio e industria;
- (iii) la de ejercer profesiones liberales y
- (iv) toda actividad susceptible de producir bienes.

Esta libertad económica goza también de tutela constitucional desde que todo habitante de la Nación (argentino o extranjero) tiene: 1) el derecho de trabajar y de ejercer toda industria lícita (arts. 14 y 20), y 2) de navegar y comerciar (arts. 14 y 20).

³³ BADENI, Gregorio, «Tratado de Derecho Constitucional», tomo I, *ob. cit.*..., pág. 861.

Se prevé, además, la libre circulación territorial interna de los efectos de la producción o fabricación, géneros y mercancías de toda clase, ganado, buques y medios de transporte (arts. 10 y 11).

Asimismo, se ha encomendado al Congreso de la Nación (de manera concurrente con las Provincias, art. 125): «(...) *Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo* (...)» (art. 75, inc. 18).

De manera particular, la *libertad de contratar* —una de las especies de libertad económica ya mencionada— motoriza gran parte del andamiaje económico y, si bien no se encuentra expresamente reconocida en disposiciones del texto constitucional respecto de los nacionales, sí se desprende de lo dispuesto en los artículos 33, 14, 14 «bis», 17, 75, incisos 18.º, 19.º y 22.º de la Constitución y los instrumentos internacionales de Derechos humanos que ella jerarquiza.

Esta prerrogativa es, además, expresamente concedida a los extranjeros (art. 20) por lo que en nuestro país —a diferencia de otros países del mundo— se le reconoce al foráneo el derecho a contratar según las leyes del Estado³⁴.

³⁴ Por ejemplo, según la Ley 21.382: (i) «Los inversores extranjeros que inviertan capitales en el país en cualquiera de las normas establecidas en el artículo 3, destinados a la promoción de actividades de índole económica o a la ampliación o perfeccionamiento de las existentes, tendrán los mismos derechos y obligaciones que la Constitución y las leyes acuerdan a los inversores nacionales, sujeto a las disposiciones de la presente ley y de las que se contemplen en regímenes especiales o de promoción (art. 1). (ii) A los fines de la presente ley se entiende por: 1. *Inversión de capital extranjero*: a) Todo aporte de capital perteneciente a inversores extranjeros aplicado a actividades de índole económica realizadas en el país. b) La adquisición de participaciones en el capital de una empresa local existente, por parte de inversores extranjeros. 2. *Inversor extranjero*: toda persona física o jurídica domiciliada fuera del territorio nacional, titular de una inversión de capital extranjero, y las empresas locales de capital extranjero definidas en el próximo inciso de este artículo, cuando sean inversoras en otras empresas locales. 3. *Empresa local de capital extranjero*: toda empresa domiciliada en el territorio de la república, en la cual personas físicas o jurídicas domiciliadas fuera de él sean propietarias directa o indirectamente de más del 49 por 100 del capital o cuenten directa o indirectamente con la cantidad de votos necesarios para prevalecer en las asambleas de accionistas o reuniones de socios. 4. *Empresa local de capital nacional*: toda empresa domiciliada en el territorio de la república, en la cual personas físicas o jurídicas también domiciliadas en él sean propietarias directa o indirectamente de no menos del 51 por 100 del capital y cuenten directa o indirectamente con la cantidad de votos necesarios para prevalecer en las asambleas de accionistas o reuniones de socios. 5. *Domicilio*: el definido en los artículos 89 y 90 del Código Civil (art. 2).

Asimismo, el contenido de esta *libertad de contratar* lo podemos sintetizar, básicamente, en dos aspectos:

- Decidir o no la celebración de un contrato, y con qué persona o personas se lo ha de celebrar.
- Decidir el contenido o materia de esas convenciones preservando la autonomía de la voluntad.

Este último aspecto es relevante, pues permite a las partes pactar contratos «atípicos o innominados», cuya consecuencia principal —por ejemplo, en materia de garantías patrimoniales— es que las partes pueden utilizar las garantías que *expresamente* prevé la ley (fianza, hipoteca, por ejemplo) o las que *las partes creen al amparo del principio de la autonomía de la voluntad* (art. 1197 del CC). Tal es el caso de las *garantías a primera demanda o independent guarantees* que tienen validez gracias a esta libertad constitucional.

Por otro lado, las limitaciones habidas al derecho de propiedad (art. 17 Const. Nacional) en general, se fundan en la necesidad de preservar los derechos de terceros y el bien común aunque, a su vez, toda ley que las reglamente deberá guardar el debido respeto de «razonabilidad» dispuesto en el artículo 28 del texto fundamental.

Por ello, es legítimo que el legislador en general, y el actualizador del ordenamiento mercantil en particular, fije «pautas» para el *ejercicio* de todos los derechos, aplicables también a las «prerrogativas» que emanan del derecho de propiedad (en sentido constitucional), tales como:

- (i) *Respeto de la buena fe y sanción del abuso de derecho*: los derechos deben ser ejercidos según las exigencias de la buena fe (art. 1198 del CC), quedando vedado el abuso de derecho e, inclusive, el abuso de una posición dominante en el mercado (arg. art. 1071 del CC); especialmente ponderado a la hora de regularse el instituto de «defensa de la competencia»:
 - a) En efecto, según Ley 25.156 *se prohíbe toda conducta relacionada con la producción e intercambio de bienes o servicios que, entre otras, constituya un abuso de posición dominante en un mercado que pueda perjudicar el interés económico general.*
 - b) Si bien la ley no prohíbe el monopolio, establece que se disfruta de una posición dominante cuando, para cierto producto o servicio, se es el único oferente o demandante en el mercado nacional, o en una o varias partes del mundo, o cuando sin ser único no está expuesto a una competencia sustancial.
 - c) Vale destacar, a estos efectos, que la ley no sanciona la «posición dominante» sino el abuso de ella. Así, por ejemplo, la Corte

Suprema en el precedente «YPF s/ley 22.262»³⁵ consideró que había abuso de posición dominante por parte de YPF si exportaba grandes cantidades de gas reduciendo la oferta del producto en el mercado local y, con ello, mantenía un alto nivel en el precio que pagaban los consumidores locales. Por otro parte, la empresa no había probado que el menor precio que percibía por la exportación obedecía a razones de costo u otros motivos atendibles y que, de no haber incurrido en la conducta que se le reprochaba, el precio del gas habría sido menor en el mercado interno con beneficio para los consumidores locales. Además, se censuró la práctica de YPF de introducir una cláusula en los contratos de exportación prohibiendo a los adquirentes la posterior introducción al país del producto.

- (ii) *Respeto de la autonomía de la voluntad y de sus límites*: las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia esté interesado el orden público.
- (iii) *Sanción del fraude a la ley*: el acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir.

e) *Aplicación práctica del principio de supremacía constitucional*

Sin perjuicio del análisis efectuado precedentemente, intentaremos analizar a continuación algunos casos «mercantiles» a la luz de este principio de observancia constitucional el que, indudablemente, debe ser considerado por el legislador actualizador del Derecho comercial.

Sin embargo, bueno es destacar que nuestra propuesta no tiene como objetivo sentar verdades absolutas. Por el contrario, pretendemos abrir el debate y dejar planteados interrogantes y «posibles» soluciones de estos casos en función del Bloque de Constitucionalidad vigente desde el año 1994.

³⁵ Fallos CS 325:1702.

(i) La Constitucionalización del Derecho Privado y su repercusión en la responsabilidad del garante

Tanto en la Argentina cuanto en el Derecho Comparado³⁶ se ha generado una fuerte preocupación por la protección del fiador (incluido el principal pagador), procurando que el mismo tome debido conocimiento de los riesgos que acepta, y que ellos guarden una adecuada relación con el tipo de negocio garantizado, la actividad ordinaria del deudor y su situación patrimonial.

Pese a la ausencia en nuestro ordenamiento de reglas especiales que vayan en esta dirección, se ha postulado enriquecer las normas relativas al contrato de fianza a través de una interpretación vivificadora al amparo de los principios generales, particularmente los de buena fe, razonabilidad y protección del consumidor, que actúan como instrumentos flexibles a la hora de juzgar el alcance de la responsabilidad del fiador.³⁷

Por influencia del Derecho constitucional, en el ámbito del Derecho de consumo, se ha entendido que si la relación garantizada es de consumo, la protección no se detiene en el deudor principal y se extiende al fiador con los siguientes argumentos³⁸:

³⁶ Ver, por todos, la comunicación de la académica de número doctora KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, «La eficacia o ineficacia de la llamada fianza “excesiva”», en *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, ed. La Ley, Bs. as., julio de 2003. Comenta la jurista que una cuestión muy discutida en el Derecho Comunitario europeo es si las medidas de protección que las directivas ofrecen al deudor consumidor se extienden a las cauciones, garantías, avales o fianzas otorgadas como accesorios de esos contratos. Existen dos decisiones del Tribunal Europeo que muestran la dificultad del tema. Con relación a la Directiva núm. 85/577, relativa a los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, que establece un derecho a dejar sin efecto el contrato dentro del plazo de reflexión, el Tribunal dijo que la caución personal, aunque no está mencionada expresamente en este ordenamiento, está regida por las mismas normas protectoras que el contrato principal celebrado (decisión del 17/3/1998, «Bayerische Hypotheken c. Edgar Dietzinger»). En cambio, en el caso «Berliner Kindl c. Andrea Siepert» del 23/3/2000, en el que se discutía la aplicación o no de la Directiva 87/102 (que regula los contratos de créditos con consumidores, es decir, aquellos contratos en que un prestamista concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito bajo la forma de pago aplazado, de un préstamo, o de cualquier otra facilidad de pago similar), el tribunal dijo que ninguna norma de esa directiva, ni tampoco una interpretación derivada de los objetivos ni de la economía de la directiva, permite extender sus preceptos a la fianza.

³⁷ Cfr. FRESNEDA SAIEG, M. – HERNÁNDEZ, C., *Límites a las responsabilidad del fiador en las fianzas abiertas*, Zeus, t. 92, D-59.

³⁸ Cfr. HERNÁNDEZ, C., «Información, accesoriedad y revisión en el contrato de fianza», en *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa*, año 1, núm. 1, septiembre de 2010, ed. La Ley, pág. 213 y sigs. En nuestra opinión, la discusión seguirá latente y podrán utilizarse estos «mismos argumentos» que se exponen de aprobarse el Anteproyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio de 2011/2012 (Decreto 191/2011), pues su artículo 1092 (Relación de consumo. Consumidor) expresa: «*Relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al*

- *Principio de accesoriedad* (art. 42 Constitución Nacional): que somete lo accesorio a lo principal. Supone proyectar del negocio principal al subordinado, la naturaleza de consumo del primero, lo que resulta lógico en el esquema del estatuto de defensa del consumidor, que sitúa la protección en el contexto de la relación de consumo (art. 42 Constitución Nacional).
- *Interpretación del artículo 1 de la Ley 24.240* (ref. Ley 26.361) que atrapa no sólo a los consumidores que han otorgado la garantía para su propio beneficio (v.gr., hipoteca celebrado por el deudor) sino que también se expande a aquellos que la han constituido en beneficio de su grupo familiar o social (v.gr., contrato de fianza).
- *Principio de igualdad* (art. 16 Constitución Nacional) que impide que se distinga a los efectos de la tutela entre negocio de consumo y negocio de garantía.

¿Qué se persigue? Que el *fiador-aceptante* tenga «conocimiento efectivo»:

- Del *contenido* de la garantía.
- De la *extensión* de la garantía.

En suma, que conozca el «riesgo» que asume para adoptar las medidas pertinentes en resguardo de su propio interés.

¿Cuáles son las consecuencias del incumplimiento o cumplimiento defectuoso del deber de información del acreedor hacia el garante?:

- ¿«Nulidad» del contrato de fianza (arg. art. 37 Ley 24240)?, o bien,
- «Acotación» de la obligación del fiador al riesgo oportunamente informado?

Pareciera que la solución atendible es esta última en función del principio de conservación del negocio y la necesidad de tutela del crédito.

En nuestro país, tenemos conocimiento de un precedente paradigmático caratulado «Banco Nación c. Sereno, Hugo»³⁹, de la Cámara Federal de Córdoba (sala A), con las siguientes aristas:

- *El Banco Nación demanda la suma de \$ 23.055 por compras efectuadas utilizando el sistema de tarjeta de crédito.*
- *Demanda al titular de la tarjeta y al fiador.*

consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social». Va de suyo que el fiador o garante no adquiere ni utiliza bienes o servicios.

³⁹ LLC 1997-971.

- *El fiador reconoce haber asumido la garantía pero afirmó haberlo hecho hasta el límite de compra de la tarjeta que alcanzaba un valor de \$ 2500.*
- *En el pleito se «discutía» la interpretación de las cláusulas contractuales (predispuestas por el acreedor) en orden a la «delimitación» del riesgo asumido por el garante:*
 - * *La mayoría, erróneamente según nuestra opinión, confirmó la sentencia de grado e hizo lugar a la demanda:*
 - *Hizo prevalecer la cláusula 15 de las condiciones generales de contratación por la cual el garante se había obligado como principal pagador por «todas» las obligaciones que él o los usuarios titulares contrajeran hasta la extinción total de la deuda.*
 - * *En cambio, la minoría —correctamente según nuestro criterio— valoró de manera especial que el Banco había celebrado el contrato con límite conjunto de compra por lo cual entendió que la cláusula por la cual el garante se había obligado como principal pagador por «todas» las obligaciones que él o los usuarios titulares contrajeran hasta la extinción total de la deuda no debía interpretarse literalmente y fuera del contexto general del contrato suscripto, tanto más por tratarse de un contrato de adhesión. Por lo tanto, concluyó:*
 - *que se debía condenar al garante en los términos del **límite de compra**;*
 - *que las deudas generales por la ambigüedad de los términos globales del contrato deben despejarse en contra del predisponente, por imperio de la regla hermenéutica contra proferentem;*
 - *que no se debe comprometer la eficacia de la garantía, aunque se debe facilitar su adecuación a aquello a lo que razonablemente puede entenderse que se obligó el garante.*

Como podemos observar, poco a poco, se abre camino en materia de Derecho de consumo de esta nueva corriente que propugna una relectura de las normas de Derecho Privado *infra* constitucionales a la luz de la Constitución, a los efectos de juzgar la responsabilidad del garante «consumidor» para evitar consolidar situaciones jurídicas abusivas.

En otro orden de cosas, y desde otra óptica, nos preguntamos también si:

¿Esta situación que se ha suscitado en el ámbito del Derecho del consumo es trasladable a aquellos casos en los cuales el garante-fiador no ostenta la calidad de «consumidor» atento a garantizar una operación que no es de consumo y, por lo tanto, no acude en su auxilio el artículo 42 de la Constitución Nacional?

Esta problemática se vincula con la llamada «fianza excesiva».

Previo a esbozar una posible solución en el Derecho argentino, recordaremos algunos casos del Derecho Comparado que demuestran que nuestro interrogante no es cuestión menor y reviste interés para nuestro propio ordenamiento jurídico.

a) La situación en el Derecho francés

En Francia se suscitó un *leading case* para una garantía otorgada por un «no consumidor»⁴⁰. Fue el caso Macron resuelto por la Sala Comercial de la Corte de Casación el 17/6/1997⁴¹.

El señor Macron era presidente del Consejo de administración de una sociedad (Comptoir Français des Pétales du Nord); su sueldo mensual era de 37.550 francos; el 23/12/1987 firmó un aval por 20.000.000 a favor de la Banque Internationale pour l'Afrique Occidentale (BIAO); todo su patrimonio apenas llegaba a los 4.000.000 (a la época del otorgamiento de la caución ese monto era inferior al gravado con el impuesto a los bienes personales). Ulteriormente, la sociedad se presentó en quiebra y el banco ejecutó la fianza.

El caso llegó a la sala Comercial de la Corte de Casación a través de dos recursos: uno interpuesto por el fiador y otro por el banco; el fiador insistía en su liberación total por vicio del consentimiento (error); ese recurso fue rechazado; el Alto Tribunal francés afirmó que nada había que reprochar a la Cámara de Apelaciones cuando afirmó que en su calidad de director de empresa, el fiador no podía sostener que no había comprendido lo que firmaba. También rechazó el recurso interpuesto por el banco y confirmó la sentencia de la Cámara de Apelaciones de París del 8/2/1995; dijo que, aunque ningún error vició el

⁴⁰ Para los consumidores, el Código del Consumo de 1993, en su artículo 313-10 dice: «Una institución de crédito, una institución de pago o un organismo de los mencionados en el inciso 5 del apartado 6 del artículo 511 del Código Monetario y Financiero no pueden prevalerse de un contrato de fianza de una operación de crédito de las previstas en los capítulos I o II del presente título, celebrado por una persona física, cuando la obligación era, al momento en que fue contraída, manifiestamente desproporcionada respecto de sus bienes e ingresos, a menos que el patrimonio de ese fiador al momento de exigírsele el cumplimiento, le permita hacer frente a su obligación». Por su parte, el artículo 2301 del Código Civil francés, expresa: «Siempre que el fiador haya hecho la indicación de bienes autorizada por el artículo precedente y que haya provisto los fondos suficientes para la excusión, el acreedor es responsable frente al fiador, hasta la concurrencia de los bienes indicados, de la insolvencia del deudor principal que hubiere sobrevenido por omisión de perseguirlo por el pago de la deuda. En cualquier caso, el monto de las deudas resultantes de la fianza no puede tener por efecto privar a la persona física que se ha constituido en fiadora del mínimo de recursos fijado en el artículo 331-2, del Código del Consumidor» (que se refiere a la porción embargable del salario).

⁴¹ Ampliar en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, «La eficacia o ineficacia de la llamada fianza "excesiva"», en *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, ed. La Ley, Bs. As., julio de 2003.

consentimiento de Macron, el tribunal de grado pudo legítimamente considerar que en razón de la enormidad de la suma garantida por una persona física y de las otras circunstancias de hecho que permitían excluir toda buena fe por parte del banco, éste había incurrido en culpa grave al haber exigido un aval cuyo monto no tenía ninguna relación con el patrimonio y los ingresos del avalista.

En definitiva, el tribunal de grado rechazó la causal de nulidad articulada por el fiador, pero hizo lugar a los daños y perjuicios sufridos a raíz del otorgamiento de la caución; liquidó ese daño en una suma equivalente a 3/4 del monto de la garantía, o sea en 15.000.000 de francos, siendo que la demanda inicial del acreedor ascendía a 20.000.000.

En otros términos, se condenó al fiador a pagar \$ 5.000.000, cantidad que se entendió era proporcionada a su patrimonio y a sus recursos.

El tribunal de apelaciones también fundó su decisión en otro argumento: en razón de los montos comprometidos, el acto jurídico celebrado viola el artículo 1780 primer párrafo del Código Civil francés según el cual una parte no puede, ni siquiera contractualmente, colocarse bajo dependencia de otra durante toda su vida; en el caso bajo decisión, en los hechos, la obligación de Macron tenía carácter de perpetua.

b) La situación en el Derecho alemán

Un padre era deudor de 100.000 marcos con un banco. Su hija de veintiún años se constituyó en fiadora (desempleada, cobraba seguro de desempleo, ganaba como obrera de fábrica 1.150 marcos mensuales, luego se divorció y tenía tres hijos a su cargo). Se ejecutó la garantía.

La Corte *Federal* declaró la validez de la garantía con un argumento conservador: «*Siendo mayor de edad, la garante debía conocer los riesgos de este tipo de contrato*».

En cambio, la Corte *Constitucional*⁴² (en decisión del 19-10-1993) revocó la sentencia y argumentó:

- Los conceptos de Derecho Privado no pueden desentenderse de los principios fundamentales que inspiran los derechos constitucionales.
- En ocasiones, la superioridad económica de una de las partes contratantes es tan fuerte que puede determinar el contenido del contrato, *hipotecando el futuro de la otra*.

⁴² Ver la sentencia publicada en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1995, pág. 197, con nota de BARENGHI, Andrea, «Una pura formalità. A propósito di limiti e di garanzie dell'autonomia privata in diritto tedesco».

- Debe tenerse en cuenta la garantía constitucional que otorga el derecho al desarrollo de la personalidad: *el ordenamiento jurídico debe reaccionar cuando existe una subordinación estructural de una de las partes del contrato respecto de la otra.*

Las decisiones judiciales posteriores a este *leading case*, concluyeron en que:

- Debe tenerse en cuenta el tipo de garantía: las garantías ómnibus convierten al fiador en *socio* del deudor *por lo que deben ser analizadas con mayor rigor.*
- El acreedor (especialmente los bancos) *deben haber sido conscientes* de que el fiador no tenía posibilidad de afrontar esa deuda.

c) La situación en el Derecho inglés

Se trata del precedente «Barclays Bank c. O'Brien» resuelto en el año 1994⁴³:

- O'Brien era socio de una compañía que debía sumas provenientes de descubiertos en cuenta corriente.
- Transó con el banco que se aumentara el descubierto a cambio de una hipoteca sobre un inmueble sede del hogar conyugal que tenía en condominio con su esposa.
- El gerente del banco ordenó al empleado que ambos cónyuges debían estar plenamente informados y ser conscientes de la naturaleza de la documentación que firmarían.
- Además debía aconsejarles consultar a sus abogados antes de firmar.
- El empleado del banco no siguió las instrucciones y la señora O'Brien suscribió la documentación sin siquiera leerla.
- Ella invocó que había sido inducida a firmar por influencia indebida de su marido y que lo había hecho por error.
- En autos se acreditó que el señor O'Brien le dijo a su esposa que la deuda llegaba sólo a 60.000 libras esterlinas y que sería cancelada en un tiempo breve.

Finalmente, el Tribunal declaró nula la fianza otorgada por la esposa. Fundó la decisión en que:

⁴³ Ver comentario de LEBON, Caroline, Vorlagebeschluss of June 29, 1999, «The protection of vulnerable sureties as to German, French, Belgian, Dutch, English and Scottish Law», en *Rev. Européenne de Droit Privé*, 2001-2-436 y sigs.

- Si bien el señor O'Brien tenía interés en la compañía cuyas deudas garantizó con la vivienda, la señora O'Brien no tenía ningún interés pecuniario inmediato en las obligaciones.
- Se imputó al banco *no haber asumido las diligencias* para asegurarse de que la señora fuese *informada*.

Retornando al análisis del tema en el *Derecho argentino*, la cuestión suele plantearse cuando nos hallamos frente a las llamadas «fianzas ómnibus o generales o indeterminadas», es decir, «*aquella en que el fiador asume garantizando todas las deudas que el deudor tenga actualmente o vaya a contraer en el futuro con el acreedor*».

La característica esencial de esta especie de fianza es que, a la *indeterminación de la obligación garantizada*, se le suma que no se exige una limitación en el *monto* de la obligación garantizada o de la garantía misma; por lo que se propone su interpretación restrictiva⁴⁴.

Así las cosas, conforme al nuevo panorama constitucional desde la reforma de 1994, nos preguntamos si *¿cabe extender las soluciones del Derecho Comparado a favor del garante no consumidor?*

En el bloque de constitucionalidad en nuestro país (art. 75 inc. 22, Const. Nacional) la *Convención Americana de Derechos Humanos* (art. 3) y el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (art. 16) prevén el *derecho de todo ser humano al reconocimiento de la personalidad jurídica*.

Este derecho se traduce en el reconocimiento que el Estado hace de la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás. El fin de ello es la realización de las metas de cada individuo de la especie humana, fijadas autónomamente por él, de acuerdo con su temperamento y su carácter propio, con la limitación de los derechos de las demás personas y del orden público.

En la Argentina, actualmente, por aplicación de los principios generales que emanan del sistema normativo tales como la buena fe, el orden público, las buenas costumbres, el abuso de derecho y la protección de los terceros (arg. arts. 21, 656, 953, 954, 1070 y 1198 del CC), interpretados a la luz de los Tratados de Derechos Humanos antes citados, entendemos que *en casos excepcionales en los cuales las relaciones jurídicas de garantía dejen transparentar*

⁴⁴ El Anteproyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio de 2011/2012 (Decreto 191/2011) ahora exige la previsión de monto en este tipo de fianzas: ARTÍCULO 1578.—Fianza general: «*Es válida la fianza general que comprenda obligaciones actuales o futuras, incluso indeterminadas, en todos los casos debe precisarse el monto máximo al cual se obliga el fiador. Esta fianza no se extiende a las nuevas obligaciones contraídas por el afianzado después de los CINCO (5) años de otorgada. La fianza indeterminada en el tiempo puede ser retractada, caso en el cual no se aplica a las obligaciones contraídas por el afianzado después que la retractación sea notificada al acreedor*».

una subordinación estructural de una de las partes del contrato (el garante) frente a la otra (el acreedor), un juez podría adecuar o acotar la obligación del garante a lo que razonablemente puede entenderse que se obligó —pese a que el monto resultante de la operación garantizada es mayor— siempre y cuando:

- El monto de la garantía que se ejecuta aparece desproporcionada habida cuenta de la situación patrimonial y los ingresos del garante al momento de la constitución de la garantía; situación que se mantiene a la hora de su ejecución.
- El garante se encuentre en una situación subjetiva de inferioridad frente al acreedor profesional (arg. art. 902. CC) en razón de su estado de necesidad, ligereza o inexperiencia y demás circunstancias del caso.
- En función de los ítems anteriores, la ejecución de la garantía configura un abusivo aprovechamiento de la situación del garante.

Una norma expresa (como en el Derecho francés) en este sentido, que faculte al juez argentino en los términos indicados, no sería descabellada⁴⁵ aunque,

⁴⁵ Existe en nuestro país, no obstante, un proyecto de ley sobre «Régimen de sobreendeudamiento para pequeños deudores» que —de algún modo— contempla la situación del garante cuando éste se encuentra «sobre endeudado» e intenta darle solución a su situación canalizándolo a través mecanismos acordes a la situación de impotencia que afecta a todo su patrimonio; soslayando el régimen clásico e inconveniente del concurso preventivo contemplado por la Ley 24.522. Prevé expresamente la facultad del juez *quien podrá disminuir proporcionalmente el crédito del acreedor (de mala fe) según el grado de responsabilidad que determine el síndico*. Dice su artículo 3.º: «El proceso se inicia a instancia del deudor, solicitando se le aplique el régimen de la presente ley por ante el juez competente para todas aquellas deudas exigibles y a vencer originadas, pero no limitadas, por el consumo individual o familiar, obligaciones fiscales u obligaciones asumidas como, garante o deudor solidario». Es más, su artículo 5.º expresa: «A los fines de determinación del procedimiento a seguir, producida la solicitud y aceptado el cargo por parte del síndico, el juez pedirá la opinión de este último. A) Si el síndico estimare que el deudor posee activos de conveniente realización o su situación económica y financiera es remediable, procederá a solicitar al juez la inmediata apertura del procedimiento de conciliación extrajudicial, continuando su actuación hasta la homologación del acuerdo o de la propuesta propiciada por ella, de corresponder. En la resolución que dicte el juez declarando la procedencia del procedimiento de conciliación extrajudicial, deberá fijar, además, las fechas en las que el síndico deberá reunirse con el deudor y los acreedores denunciados para intentar un acuerdo entre ellos, como así también la fecha en la que se debe presentar el acuerdo extrajudicial o el plan de medidas propuesta por el síndico, si correspondiere, para su eventual homologación y B) Si el síndico estimara que el deudor tuviere pocos activos realizables, o su realización fuese antieconómica, o se encuentre en una situación económica irremediablemente comprometida de seguir cualquier medida que disponga el síndico, deberá emitir una opinión fundada y razonada al juez competente en la que establecerá los motivos por los cuales se recomienda que el juez aplique al deudor el trámite de restablecimiento personal regulado en la presente ley. La opinión del síndico podrá estar sujeta a revisión a pedido del propio deudor ante el mismo, pero en caso de ser rechazado su pedido, éste será irrecurrible. En todos los casos, el síndico deberá pronunciarse acerca del grado de responsabilidad en que, directa o indirectamente, los acreedores incurrieron para que el deudor se halle en la situación económico financiero

reiteramos, que la idea sustancial de esta propuesta normativa es abrir el debate y dejar planteado el interrogante ante el nuevo «escenario constitucional»; sin que ello importe, en manera alguna, eliminar la autonomía de la voluntad en materia contractual en perjuicio de la seguridad jurídica crediticia, generando incertidumbre y destruyendo las bases esenciales del Derecho de las garantías patrimoniales.

Un avance en esta dirección —de una tutela mayor del garante— constituye el Anteproyecto de Código Civil de 2011:

- Por su artículo 1578 (transcripto en la nota al pie de página número 44) que expresa que, si bien es válida la fianza general que comprenda obligaciones actuales o futuras, incluso indeterminadas, en todos los casos debe precisarse el monto máximo al cual se obliga el fiador; con lo cual, de algún modo, viene a «delimitar el riesgo» asumido por este último; y
- su artículo 1575, que autoriza a reducir la fianza a los límites de la obligación principal, al expresar: «Extensión de las obligaciones del fiador. La prestación a cargo del fiador debe ser equivalente a la del deudor principal, o menor que ella, y no puede sujetarse a estipulaciones que la hagan más onerosa. La inobservancia de la regla precedente no invalida la fianza, pero autoriza su reducción a los límites de la obligación principal. El fiador puede constituir garantías en seguridad de su fianza».

Sin embargo, el Anteproyecto nada dice de manera expresa respecto a la posibilidad de reducir el monto de la garantía, *adecuando o acotando la obligación o responsabilidad del garante a lo que razonablemente puede entenderse que se obligó*, en el caso de abuso que plantea la fianza *excesiva*.

Quizás, en tren de conjeturas, quepa concluir que en el pensamiento de la Comisión de reformas estuvo latente la idea de que la solución para estos casos venga de la mano de la aplicación de los principios generales⁴⁶.

que originó la aplicación de la presente ley. Cuando la responsabilidad del acreedor haya contribuido en forma significativa y determinante a la situación del deudor anteriormente mencionada, el juez podrá disminuir proporcionalmente el crédito según el grado de responsabilidad que determine el síndico».

⁴⁶ El Anteproyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio de 2011/2012 (Decreto 191/2011) contiene, en este aspecto, un sistema coherente de principios interpretativos al expresar: artículo 1° (*Fuentes y aplicación*): «Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables. La interpretación debe ser conforme con la Constitución Nacional y los tratados en los que la República sea parte. A tal fin, se tendrá en cuenta la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho». Artículo 2.° que reza: «La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento». AR-

(ii) Las garantías autoliquidables y el problema de su constitucionalidad

Existen ciertos tipos de garantía que, por sus particulares características, son muy utilizadas en el tráfico negocial y constituyen un gran atractivo para el acreedor. Nos referimos a las *garantías a primera demanda o a primer requerimiento*.

Michele SESTA enseña que la garantía a primera demanda es un acto jurídico por el cual un sujeto, dotado de una sólida posición financiera (normalmente un banco o una compañía de seguros), se obliga a pagar un determinado importe al beneficiario, con el fin de garantizar la prestación de un tercero, a simple demanda del beneficiario y, por regla, con renuncia a hacer valer cualquier excepción relativa a la existencia, validez o coercibilidad del vínculo garantido, existente entre el beneficiario y el deudor principal, al cual el garante permanece extraño⁴⁷.

Uno de los aspectos principales de estas garantías es que se trata de negocios jurídicos que posibilitan al acreedor su ejecución en forma extrajudicial, es decir, sin que contemplen la oportunidad de defensa y prueba por parte del ejecutado ante un órgano jurisdiccional *dentro de la propia ejecución patrimonial privada*.

Ello plantea el interrogante si, acaso, estas garantías implican una renuncia anticipada del derecho constitucional de defensa en juicio del deudor; que las tiñe de inconstitucionales y violatorias de normas fundamentales de nuestra Constitución (arts. 17 y 18).

Entendemos que la respuesta debe ser negativa si es que analizamos estas garantías bajo la lupa del Derecho Constitucional mediante una adecuada interpretación del derecho de defensa en juicio consagrado en el artículo 18 de nuestra Carta Magna y, particularmente, *del artículo 8.º del Pacto de San José de Costa Rica y el principio de la tutela judicial efectiva (Convención Americana de Derechos Humanos, según artículo 75, inciso 22.º Const. Nacional)*; que ha venido a despejar toda clase de dudas en cuanto a la necesidad de «oír» —en algún momento y sin desvirtuar la eficacia de estas garantías— al deudor o garante autoliquidado.

En efecto, al regularse las garantías a primera demanda —toda vez que la «propiedad» es inviolable y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella sino en virtud de una sentencia fundada en ley (art. 17 Const. Nacional)—

TÍTULO 9.º Principio de buena fe. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe, y ARTÍCULO 10. Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.

⁴⁷ *Le garanzie atipiche*, Cedam, Padova, 1988.

hay que otorgarle al garante «autoejecutado» el derecho de detener la ejecución en casos de *abuso o fraude manifiesto* del beneficiario acreedor que surjan de prueba instrumental u otra de fácil y rápido examen⁴⁸; autorizándolo, de este modo, a solicitar ante un órgano jurisdiccional que ordene la no ejecución de la garantía o, en su defecto, que condicione la misma a que el beneficiario satisfaga previamente la constitución de una caución suficiente para evitar daños irreparables al garante autoejecutado, según las circunstancias del caso.

Así las cosas, de regularse esta especie de garantía y si bien, por el principio de libre demandabilidad comprendida en la garantía constitucional de la propiedad privada (art. 17 Constitución Nacional), tampoco se le puede impedir al acreedor que ejecute la misma; cuando existe fraude o abuso manifiesto en la ejecución que ponen en duda la legitimidad del derecho de aquél, el garante ejecutado privadamente que en forma actual o inminente tema sufrir una lesión o amenaza con arbitrariedad o ilegalidad manifiestas en sus derechos, puede solicitar una tutela judicial —expedita y rápida— a los efectos de obtener el cese de la amenaza lesiva hacia sus intereses, peticionando medidas cautelares para que el garante no pague; con fundamento en la siguiente normativa constitucional:

- Artículo 18 de la Constitución Nacional (garantía del debido proceso legal).
- Artículo 19 de la Constitución Nacional (principio de reserva).
- Artículo 17 de la Constitución Nacional (inviolabilidad del derecho de propiedad).
- Artículo 43 de la Constitución Nacional (principio de la tutela inhibitoria) y, especialmente,
- El artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos referenciado, que reza que: *«Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter»* (art. 75, inc. 22.° Const. Nacional).

Así las cosas, el principio de la tutela judicial efectiva puede traducirse en la garantía de la libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses frente al poder público, *aun cuando la legalidad ordinaria no haya reconocido un recurso o acción concreto*. Este principio implica

⁴⁸ Por ejemplo, porque el deudor pagó la deuda —lo que está documentado— cuya garantía se ejecuta; o porque se declaró la nulidad de la obligación principal garantizada con sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, etc..

lógicamente un conjunto de garantías elementales en la tramitación de los procesos judiciales.

Las garantías a la tutela judicial efectiva y al debido proceso imponen una interpretación más justa y beneficiosa en el análisis de los requisitos de admisión a la justicia, al punto que —por el principio *pro actione*— hay que extremar las posibilidades de interpretación en el sentido más favorable al acceso a la jurisdicción⁴⁹.

En suma, si ensayáramos una norma sobre el particular, siguiendo —con algunos «retoques terminológicos»— la propuesta del Anteproyecto de Unificación del Código Civil y el Código de Comercio de 1992 (Decreto 468/92, art. 1479), el legislador actualizador debiera sancionar una norma de un tenor similar al siguiente: «*En caso de fraude o abuso manifiestos del beneficiario que surjan de prueba instrumental u otra de fácil y rápido examen, el garante o el ordenante podrán ocurrir ante el juez, quien podrá condicionar el cobro de la garantía al otorgamiento de caución suficiente u ordenar el cumplimiento de otros recaudos que resulten pertinentes al caso y, excepcionalmente, disponer la suspensión de la ejecución*»⁵⁰.

⁴⁹ Informe 105/99 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del 29/09/1999, «caso 10.194: Palacios, Narciso – Argentina», con nota de Carlos A. BOTASSI, *Habilitación de la instancia contencioso administrativa y derechos humanos*, L.L. 2000-F-594.

⁵⁰ El Anteproyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio de 2011/2012 (Decreto 191/2011), en su artículo 1810 (Garantías unilaterales), expresa textualmente y copia el artículo 1479 del Anteproyecto de Unificación del Código Civil y el Código de Comercio de 1992 (decreto 468/92): «Constituyen una declaración unilateral de voluntad y están regidas por las disposiciones de este Capítulo las llamadas “garantías de cumplimiento a primera demanda”, “a primer requerimiento” y aquellas en que de cualquier otra manera se establece que el emisor garantiza el cumplimiento de las obligaciones de otro y se obliga a pagarlas, o a pagar una suma de dinero u otra prestación determinada, independientemente de las excepciones o defensas que el ordenante pueda tener, aunque mantenga el derecho de repetición contra el beneficiario, el ordenante o ambos. El pago faculta a la promoción de las acciones recursorias correspondientes. *En caso de fraude o abuso manifiestos del beneficiario que surjan de prueba instrumental u otra de fácil y rápido examen, el garante o el ordenante puede requerir que el juez fije una caución adecuada que el beneficiario debe satisfacer antes del cobro*». En nuestro concepto, la norma debiera contemplar una abanico de posibilidades frente a la eventual ejecución abusiva: (i) caucionar la ejecución (presuntamente abusiva) y exigirle al acreedor que satisfaga —antes de la realización de la garantía— la constitución de una caución suficiente, y (ii) autorizar al juez a que, previo pedido de parte, ordene lisa y llanamente la suspensión (o no ejecución) de la garantía. En efecto, si estamos en presencia de un daño irreparable, ¿para qué autorizar la ejecución, aún caucionando el posible daño que se cause, cuando es patente el abuso? Mejor darle la opción al juez, a pedido del garante u ordenante amenazado, de detener la ejecución y evitar un desgaste inútil. Independientemente de lo parco del artículo 1810 es importante que el Anteproyecto haya consagrado este artículo, porque constituye una excepción al principio consagrado en materia de prevención del daño (previsto en el capítulo de responsabilidad civil, art. 1711) que prevé expresamente la «irrelevancia» del factor de atribución. Pues bien, hay una excepción justamente en materia de tutela del crédito en los casos de garantías autoliquidables en las cuales para prevenir el daño y detener la ejecución es relevante y necesario *probar* el factor de atribución: EL DOLO O EL

(iii) El concurso extranacional y el principio de reciprocidad

Según el párrafo 3.º del artículo 4 de la Ley 24.522: «*la verificación del acreedor cuyo crédito es pagadero en el extranjero, y que no pertenezca a un concurso abierto en el exterior, está condicionada a que se demuestre que, recíprocamente, un acreedor cuyo crédito es pagadero en la Argentina puede verificarse y cobrar —en iguales condiciones— en un concurso abierto en el país en el cual aquel crédito es pagadero*».

Esta norma implica la aplicación del derecho de retorsión, medio por el cual un Estado contesta con igual manera de obrar la falta de equidad cometida por el otro.

Según la Doctrina en general, la interpretación de la norma es la siguiente:

- Se aplica a la quiebra y al concurso preventivo.
- El acreedor foráneo, *que no pertenezca al concurso abierto en el extranjero*, puede obtener igualdad de trato con los acreedores locales siempre que «acredite» que en el derecho vigente en el país en el cual el crédito es pagadero, un acreedor «argentino» (*pagadero en Argentina*) tiene reciprocidad de verificación y cobro.
- *Conclusión:* la verificación de tales acreedores está condicionada a la existencia de reciprocidad, es decir, a la prueba de la falta de discriminación en la ley extranjera.

Se plantea el interrogante acerca de si este principio se ajusta a los valores jurídicos de la Constitución Nacional, especialmente, al principio de igualdad ante la ley (art. 16).

Hay quienes entendieron que se trata de un principio constitucional, al sostener que: «*tal como está establecido en orden al lugar de pago del crédito y no a la nacionalidad del acreedor no existe elemento discriminatorio, sino vigencia del principio de territorialidad y soberanía de la ley nacional, por lo que la impugnación no es sustentable. En consecuencia, la prueba del derecho extranjero constituye una carga del acreedor que pretende ser verificado, aún cuando, como todo «hecho», adscriba a la libertad probatoria*»⁵¹.

Sin embargo cabe preguntarse si —a la luz del Bloque de Constitucionalidad (art. 75, inc. 22 Constitución Argentina) y su eficacia derogatoria e

ABUSO O EL FRAUDE MANIFIESTOS. Reza el mentado artículo 1711 (acción preventiva): «La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución. Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño».

⁵¹ JUNYENT BAS, FRANCISCO, y MOLINA SANDOVAL, CARLOS, *Ley de Concursos y Quiebras*, tomo 1, 2.ª ed., Abeledo Perrot, Bs. As., 2009.

interpretativa— podemos seguir sosteniendo la vigencia de este principio de reciprocidad.

En efecto, se ha sostenido también que: «*el concurso único no admite discriminar desigualitariamente entre unos acreedores y otros (pagaderos aquí o en el extranjero) porque los que son titulares de créditos a cancelar en el extranjero, donde no hay quiebra, tienen suficiente punto de conexión con la jurisdicción argentina como para invocar aquí la protección integral de la Constitución. Este punto de conexión está dado por la pendencia del único concurso ante el tribunal argentino y por la existencia de bienes del deudor en nuestro territorio*»⁵².

Cabe preguntarse, entonces, ¿cuál es la protección constitucional que no puede burlarse?

La respuesta se vincula con el *derecho a la jurisdicción* que importaría permitir al acreedor foráneo, que carece de una quiebra extranjera a la cual acudir, verificar su crédito y concurrir a la masa de acreedores en la Argentina sin postergación alguna y en pie de igualdad con los acreedores internos.

Pareciera que, por imperio del artículo 8.º (*tutela judicial efectiva*) y del artículo 24 (*igualdad ante la ley*) de la *Convención Americana de Derechos Humanos con jerarquía constitucional desde la reforma del año 1994* (art. 75 inc. 22.º *Const. Nacional*), es necesario revisar el principio de reciprocidad de la ley concursal.

Ante esta aparente disparidad de posiciones, nos preguntamos si se posible conciliarlas.

Actualmente, creemos que sin llegar a impugnar por inconstitucional el principio de reciprocidad, y a la luz del bloque de constitucionalidad que no se puede soslayar, es posible efectuar una «relectura» conciliadora del artículo 4 de la Ley 24.522 que repercuta —en definitiva— en la morigeración de la carga probatoria del Derecho extranjero por parte del pretense acreedor foráneo⁵³; de tal modo que no se le niegue irracionalmente la incorporación al pasivo.

Conclusión:

- Aunque la carga de la prueba del Derecho extranjero incumbe al acreedor, el requisito puede acreditarse a través de la actividad del síndico o, incluso, del propio juez; el síndico debe cooperar en la investigación

⁵² BIDART CAMPOS, Germán, «El artículo 4 de la ley de concursos y la constitución», en revista argentina *El Derecho*, 104-1019.

⁵³ ROULLÓN, Adolfo, «Cuestiones de Derecho Internacional Privado en la Ley Concursal argentina 24.522», en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As.*, 1999, año XLIV, núm. 37, pág. 25; DI TULLIO, José A., y RUIZ, Sergio G., *Verificación de créditos extranjeros: cláusula de reciprocidad*, JA 2000-IV-985; BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, 3.ª ed., Bs. As., ed. Abeledo Perrot, 1992, t. II, pág. 1022.

*y el juez puede hacerlo de oficio. En suma, la omisión del acreedor no necesariamente debe determinar el rechazo del pedido de verificación*⁵⁴.

Esta fue la línea seguida por la SCJMA, Sala I, 28/04/2005, «Sabate Sas, S. A. en COVISAN, S. A. P/Conc. Prev.»⁵⁵, donde se concluyó que: «*Adolece de exceso de rigor ritual manifiesto en la apreciación de la carga probatoria, la sentencia que rechazó el pedido de verificación de un crédito por falta de prueba del requisito de reciprocidad —en el caso por una factura que establecía como condición de pago por la concursada una transferencia bancaria a Francia— pues aunque en principio la carga de la prueba incumbe al acreedor, su omisión no necesariamente debe determinar el rechazo del pedido verificadorio desde que el requisito puede acreditarse a través de la actividad del síndico o incluso del propio juez*».

Por lo demás, vale destacar, que la morigeración del principio de la reciprocidad parece ser la tendencia mundial.

En efecto, la «*Ley Modelo*» de la UNCITRAL (art. 13) prevé, en cuanto a los *derechos de los acreedores extranjeros*, que los mismos gozarán de los mismos derechos que los acreedores locales para solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia en el Estado adoptante de la Ley Modelo, y para participar en los procedimientos de insolvencia con arreglo al derecho interno del país adoptante de la Ley Modelo.

A su turno, la *ley de concursos mercantiles mexicana* expresa en su artículo 290: «*Salvo lo dispuesto en el segundo párrafo, los acreedores extranjeros*

⁵⁴ A mayor abundamiento, y en consonancia con lo expuesto, según la CIDIP (Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado) II sobre «Normas Generales» (ratificado por la Argentina, Ley 22.291): «*los jueces y autoridades de los Estados Partes estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resulta aplicable*»; razón por la cual esta Convención habría derogado el artículo 13 del Código Civil, por lo que —para el Derecho argentino— el Derecho extranjero es un «hecho notorio» y el juez puede tenerlo en cuenta oficiosamente sin perjuicio de que las partes lo aleguen y aporten las pruebas que estimen oportunas. Por su parte, el Anteproyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio de 2011/2012 (Decreto 191/2011), en su artículo 2595 (aplicación del Derecho extranjero) expresa: «*Cuando un Derecho extranjero resulta aplicable: a) el juez establece su contenido, y está obligado a interpretarlo como lo harían los jueces del Estado al que ese derecho pertenece, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia de la ley invocada. Si el contenido del derecho extranjero no puede ser establecido se aplica el derecho argentino; b) si existen varios sistemas jurídicos covigentes con competencia territorial o personal, o se suceden diferentes ordenamientos legales, el Derecho aplicable se determina por las reglas en vigor dentro del Estado al que ese derecho pertenece y, en defecto de tales reglas, por el sistema jurídico que presente los vínculos más estrechos con la relación jurídica de que se trate; c) si diversos Derechos son aplicables a diferentes aspectos de una misma situación jurídica o a diversas relaciones jurídicas comprendidas en un mismo caso, esos derechos deben ser armonizados, procurando realizar las adaptaciones necesarias para respetar las finalidades perseguidas por cada uno de ellos*».

⁵⁵ L.L. 2005-D-247.

gozarán de los mismos derechos que los acreedores nacionales respecto de la apertura de un procedimiento en este Estado y de la participación en él con arreglo a esta Ley. Lo dispuesto en el primer párrafo de este artículo no afectará al orden de prelación de los créditos en un concurso mercantil declarado con arreglo a esta Ley, salvo que no se asignará a los créditos de acreedores extranjeros una prelación inferior a la de los acreedores comunes».

Finalmente, «*el Reglamento*» (CE) número 1346/2000 del Consejo Europeo, del 29 de mayo de 2000, admite la verificación de cualquier acreedor en el concurso abierto en un Estado miembro (art. 32⁵⁶) y omite toda alusión, obviamente, a la regla de reciprocidad mencionada precedentemente, puesto que todos los Estados deberán adecuar sus ordenamientos internos a dicha normativa. Postula, además, el mantenimiento de la paridad en los dividendos (art. 20⁵⁷).

Rescapitulando: entendemos que el legislador actualizador del Derecho comercial argentino con relación al caso que estamos analizando —*verificación en la Argentina del acreedor cuyo crédito es pagadero en el extranjero, y que no pertenezca, a su vez, a un concurso abierto en el exterior*— debiera adecuar el Derecho falencial nacional a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos; de tal modo, se evitarán interpretaciones encontradas como las descriptas, conciliando así la normativa concursal con el Bloque de Constitucionalidad.

f) *Conclusión del Principio de Supremacía Constitucional*

A modo de conclusión, de acuerdo al principio de supremacía constitucional, el legislador *infra* constitucional debe tener en cuenta las ideas generales claves que nuestra Constitución reconoce y que ya hemos esbozado —por cuanto constituyen su núcleo ideológico— y que podemos sintetizar de la siguiente manera:

⁵⁶ Ejercicio de los derechos de los acreedores: 1. Todo acreedor podrá presentar su crédito en el procedimiento principal y en todo procedimiento secundario. 2. Los síndicos del procedimiento principal y de los procedimientos secundarios presentarán en otros procedimientos los créditos ya presentados en el procedimiento para el que se les haya nombrado, en la medida en que sea útil para los acreedores cuyos intereses representen y sin perjuicio del derecho de estos últimos a oponerse a ello y a retirar su presentación, cuando así lo contemple la ley aplicable. 3. El síndico de un procedimiento principal o secundario estará habilitado para participar en otro procedimiento en las mismas condiciones que cualquier acreedor, en particular formando parte de una junta de acreedores.

⁵⁷ Restitución e imputación. 1. El acreedor que, tras la apertura de un procedimiento del apartado 1 del artículo 3, obtenga por cualquier medio, en particular por vía ejecutiva, un pago total o parcial de su crédito sobre los bienes del deudor situados en el territorio de otro Estado miembro, deberá restituir lo que haya obtenido al síndico, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 y 7. 2. Para garantizar la igualdad de trato de los acreedores, el acreedor que haya obtenido en un procedimiento de insolvencia un dividendo sobre su crédito, sólo participará en el reparto abierto en otro procedimiento cuando los acreedores del mismo rango o de la misma categoría hayan obtenido, en ese otro procedimiento, un dividendo equivalente.

- (i) Por un lado, el rol protagónico de la iniciativa privada, que comprende los siguientes principios:
 - a) libertad de empresa y
 - b) libertad de contratación.
- (ii) Por el otro, el reconocimiento del rol del Estado, que debe procurar el desarrollo material del país, mejorar las condiciones de vida de sus ciudadanos y promover su desarrollo integral mediante:
 - a) La protección de las distintas formas de propiedad (art. 17 Const. Nacional).
 - b) La promoción de la inversión extranjera (art. 20 Const. Nacional).
 - c) La conservación, desarrollo y explotación racional de los recursos naturales y el medio ambiente (art. 41 Const. Nacional).
 - d) La promoción, facilitación y regulación de la prestación de los servicios públicos básicos a los ciudadanos, sin que ello signifique la exclusión de la iniciativa privada, y la protección de los derechos de los consumidores (art. 42 Const. Nacional).

2. PRINCIPIO DE CERTEZA JURÍDICA

a) *Introducción*

La actualización de la legislación comercial debe procurar agregar, modificar o eliminar los elementos que debido a excesos, defectos, omisiones o contradicciones normativas, hayan derivado en interpretaciones o aplicaciones arbitrarias, para reducir elementos que generan incertidumbre jurídica.

Según este principio, no solo el legislador sino también el juez e, inclusive, la administración pública deben «hablar claro», permitiendo a los operadores jurídicos saber qué camino están recorriendo y no encontrarse con trampas indeseables que comprometan fuertemente derechos tales como el derecho de propiedad y el derecho de defensa en juicio, según los distintos casos que puedan presentarse.

Desde el Renacimiento en adelante, la seguridad jurídica reside fundamentalmente en el conocimiento, medio por el cual se accede a la predictibilidad⁵⁸; constituyéndose en un principio clave que tanto el Poder Judicial cuanto el

⁵⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio E., «La seguridad como función jurídica», en *Funciones y fines del Derecho. Estudios en honor del profesor Mariano Hurtado Bautista*, Murcia, ed. de la Universidad de Murcia, 1992, pág. 274, y plenario de la SCJMZA, en autos núm. 70.087, caratulados «Berrondo, Edmundo» del 11/03/2002 en J. A. 2002-II-135.

Poder Legislativo y, hasta la propia Administración Pública, tienen el deber constitucional de proteger.

El término seguridad jurídica suele ser utilizado como equivalente de «certeza jurídica», y su utilización implica la existencia de «reglas claras». En el ámbito económico y mercantil, la seguridad jurídica fortalece la confianza de los particulares en las instituciones, facilita la inversión y la actividad económica. Adicionalmente, implica la existencia de normas jurídicas coherentes, claras, que reflejan la realidad cultural y social; promoviendo el ejercicio y la protección de los derechos.

La seguridad jurídica también presupone la existencia de mecanismos efectivos para resolver conflictos y el estímulo de los negocios y la actividad empresarial.

En suma, por seguridad jurídica se entiende la estabilidad de las instituciones y la vigencia auténtica de la ley, con el respeto de los derechos proclamados y su amparo eficaz, ante desconocimientos o transgresiones, por la acción restablecedora de la justicia en los supuestos negativos dentro de un cuadro que tiene por engarce el *Estado de Derecho*.

Finalmente, cabe destacar, que el principio de certeza jurídica guarda también vinculación con el principio de supremacía constitucional —ya analizado— que se traduce en el respeto de la legalidad y la sujeción de los Poderes Públicos a lo establecido en la Constitución y a la Ley.

Esto implica, en definitiva, en que la actuación de los Poderes Públicos y también de los particulares debe realizarse con subordinación al ordenamiento jurídico.

b) *Aplicación práctica de este principio*

Como pocas, la Ley 26.684 de reforma a la Ley de concursos 24.522 ha sido pasible de tantas críticas por la Doctrina especializada atento a los excesos, errores, omisiones y hasta contradicciones normativas existentes en su articulado. Es más, tan defectuosa ha sido esta ley, que ha generando premoniciones de la «incertidumbre jurídica» que se instalará —a causa de ella— en la realidad del escenario concursal.

Evidentemente, la Ley 26.684 no ha respetado el *principio de certeza jurídica* provocando enormes dudas, fundamentalmente, en torno a la problemática de la participación de la cooperativa de trabajo —y sus prerrogativas— en el proceso concursal.

Uno de los juristas más incisivos de la doctrina nacional —Daniel TRUFAT⁵⁹— ha dicho en tono crítico contundente que:

⁵⁹ «La Ley 26.684: ¿Argentina 1Q84?», E.D. 243-1233.

- La Ley trae tres modificaciones revulsivas, impactantes y basilares: el artículo 48 bis⁶⁰, el artículo 203 bis⁶¹ y el artículo 205⁶².

⁶⁰ Que reza: *En caso que, conforme el inciso 1 del artículo anterior, se inscriba la cooperativa de trabajo —incluida la cooperativa en formación—, el juez ordenará al síndico que practique liquidación de todos los créditos que corresponderían a los trabajadores inscriptos por las indemnizaciones previstas en los artículos 232, 233 y 245 del Régimen de Contrato de Trabajo aprobado por Ley 20.744, los estatutos especiales, convenios colectivos o la que hayan acordado las partes. Los créditos así calculados podrán hacerse valer para intervenir en el procedimiento previsto en el artículo anterior. Homologado el acuerdo correspondiente, se producirá la disolución del contrato de trabajo de los trabajadores inscriptos y los créditos laborales se transferirán a favor de la cooperativa de trabajo convirtiéndose en cuotas de capital social de la misma. El juez fijará el plazo para la inscripción definitiva de la cooperativa bajo apercibimiento de no proceder a la homologación. La cooperativa asumirá todas las obligaciones que surjan de las conformidades presentadas. El Banco de la Nación Argentina y la Administración Federal de Ingresos Públicos, cuando fueren acreedores de la concursada, deberán otorgar las respectivas conformidades a las cooperativas, y las facilidades de refinanciación de deudas en las condiciones más favorables vigentes en sus respectivas carteras. Queda exceptuada la cooperativa de trabajadores de efectuar el depósito del veinticinco por ciento (25 por 100) del valor de la oferta prevista en el punto i), inciso 7 del artículo 48 y, por el plazo que determine la autoridad de aplicación de la ley 20.337, del depósito del cinco por ciento (5 por 100) del capital suscrito previsto en el artículo 90 de la ley 20.337. En el trámite de constitución de la cooperativa la autoridad de aplicación encargada de su inscripción acordará primera prioridad al trámite de la misma debiéndose concluir dentro de los diez (10) días hábiles.*

⁶¹ Que dice: *Los trabajadores reunidos en cooperativa de trabajo están habilitados para solicitar la adquisición de conformidad con el artículo 205, incisos 1) y 2) y podrán hacer valer en ese procedimiento la compensación con los créditos que le asisten a los trabajadores de la fallida, de conformidad a los artículos 241, inciso 2) y 246, inciso 1) de la Ley Concursal, no siendo aplicable en este caso la prohibición del artículo 211. El monto de las indemnizaciones será calculado, a los fines de la compensación, de conformidad con el artículo 245 de la Ley 20.744 (t.o. 1976), los estatutos especiales, convenios colectivos o contratos individuales, según el que resultare más favorable a los trabajadores. A tal efecto, podrán utilizarse total o parcialmente los créditos laborales de los que resulten titulares trabajadores que voluntariamente los cedan a la cooperativa. La cesión se materializará en audiencia a celebrarse ante el juez de la quiebra con intervención de la asociación sindical legitimada. El plazo del pago del precio podrá estipularse al momento de efectuarse la venta.*

⁶² Que expresa: *La venta de la empresa o de uno o más establecimientos, se efectúa según el siguiente procedimiento: 1) El designado para la enajenación, tasa aquello que se proyecta vender en función de su valor probable de realización en el mercado; de esa tasación se corre vista a la cooperativa de trabajadores en caso de que ésta se hubiera formado y al síndico quien, además, informará el valor a que hace referencia el artículo 206; 2) En todos los casos comprendidos en el presente artículo la cooperativa de trabajo podrá realizar oferta y requerir la adjudicación de la empresa al valor de tasación de acuerdo al inciso anterior; 3) La venta debe ser ordenada por el juez y puede ser efectuada en subasta pública. En ese caso deben cumplirse las formalidades del artículo 206 y las establecidas en los incisos 4), 5) y 6) del presente artículo, en lo pertinente; 4) Si el juez ordena la venta, sin recurrir a subasta pública, corresponde al síndico, con asistencia de quien haya sido designado para la enajenación, proyectar un pliego de condiciones en el que debe expresar la base del precio, que será la de la tasación efectuada o la que surja del artículo 206, la que sea mayor; descripción sucinta de los bienes, circunstancias referidas a la locación en el caso en que el fallido fuere locatario, y las demás que considere de interés. La base propuesta no puede*

- Todas ellas merecen algún reproche, salvo el artículo 48 bis que los merece *todos*:
- el artículo 203 bis podría ser habido por inconstitucional si se lo leyera como habilitando a compensar con los numerales fríos que caben a cada trabajador. Es evidente que la aptitud compensatoria debe limitarse al «dividendo de liquidación» que cabe a cada crédito. Tema que se ve con toda claridad si existiera —por ejemplo— un tercio de acreedores

ser inferior a la tasación prevista en el inciso 1). Pueden incluirse los créditos pendientes de realización, vinculados con la empresa o establecimiento a venderse, en cuyo caso debe incrementarse prudencialmente la base. La condición de venta debe ser al contado, y el precio deberá ser íntegramente pagado con anterioridad a la toma de posesión, la que no podrá exceder de veinte (20) días desde la notificación de la resolución que apruebe la adjudicación. El juez debe decidir el contenido definitivo del pliego, mediante resolución fundada. A tal efecto puede requerir el asesoramiento de especialistas, bancos de inversión, firmas consultoras, u otras entidades calificadas en aspectos técnicos, económicos, financieros y del mercado. Esta resolución debe ser dictada dentro de los veinte (20) días posteriores a la presentación del proyecto del síndico; 5) Una vez redactado el pliego, se deben publicar edictos por dos (2) días, en el diario de publicaciones legales y en otro de gran circulación en jurisdicción del tribunal y, además, en su caso, en el que tenga iguales características en los lugares donde se encuentren ubicados los establecimientos. Los edictos deben indicar sucintamente la ubicación y destino del establecimiento, base de venta y demás condiciones de la operación; debe expresarse el plazo dentro del cual pueden formularse ofertas dirigidas en sobre cerrado al tribunal y el día y hora en que se procederá a su apertura. El juez puede disponer una mayor publicidad, en el país o en el extranjero, si lo estima conveniente; 6) Las ofertas deben presentarse en sobre cerrado, y contener el nombre, domicilio real y especial constituido dentro de la jurisdicción del tribunal, profesión, edad y estado civil. Deben expresar el precio ofrecido. Tratándose de sociedades, debe acompañarse copia auténtica de su contrato social y de los documentos que acrediten la personería del firmante. El oferente debe acompañar garantía de mantenimiento de oferta equivalente al diez por ciento (10 por 100) del precio ofrecido, en efectivo, en títulos públicos, o fianza bancaria exigible a primera demanda; 7) Los sobres conteniendo las ofertas deben ser abiertos por el juez, en la oportunidad fijada, en presencia del síndico, oferentes y acreedores que concurran. Cada oferta debe ser firmada por el secretario para su individualización, labrándose acta. En caso de empate el juez puede llamar a mejorar ofertas. Las diligencias indicadas en los incisos 1) a 7) de este artículo deben ser cumplidas dentro de los cuatro (4) meses de la fecha de la quiebra, o desde que ella quede firme, si se interpuso recurso de reposición o desde que haya finalizado la continuación según corresponda para cada caso. El juez puede, por resolución fundada, ampliar el plazo en noventa (90) días; 8) A los fines de la adjudicación el juez ponderará especialmente el aseguramiento de la continuidad de la explotación empresarial, mediante el plan de empresa pertinente y la magnitud de la planta de personal que se mantiene en actividad como tutela efectiva de la fuente de trabajo. El plazo para el pago del precio podrá estipularse en el pliego de licitación; 9) Dentro del plazo de veinte (20) días, desde la notificación de la resolución definitiva que apruebe la adjudicación, el oferente debe pagar el precio, depositando el importe. Cumplida esta exigencia, el juez debe ordenar que se practiquen las inscripciones pertinentes, y que se otorgue la posesión de lo vendido. Si vencido el plazo el adjudicatario no deposita el precio, pierde su derecho y la garantía de mantenimiento de oferta. En ese caso el juez adjudica a la segunda mejor oferta que supere la base; 10) Fracasada la primera licitación, en el mismo acto el juez, convocará a una segunda licitación, la que se llamará sin base.

laborales (tan acreedores como los integrantes de la cooperativa) que no se hubieran sumado a ésta.

- El artículo 205 puede ser defendido y valorado mientras no se quiera considerar el inciso 2 (requerir la adjudicación de la empresa al valor de tasación) como un derecho de «apropiación» que soslaya la puja. El inciso es ambiguo y podría interpretarse así. En tal caso sería inconstitucional. Una lectura contextual de todo el artículo 205 debería llevar a una interpretación diversa, convirtiendo al artículo 205, inciso 2, en una norma obvia (y demagógica) que diría algo tan evidente como que si no hay otros anotados en la competencia, quien ofreció la «base» tiene derecho a la adjudicación del bien. Véase que si el final del inciso 2 parece llevar sin escalas a la primera interpretación, su complementación inmediata con el inciso 3 sostiene la hipótesis opuesta.
- Podrá seguir siendo un dispositivo aceptable, mientras no se lea su manda de preferir la oferta que preserve la fuente de trabajo como una imposición automática que pudiera hacer cerrar los ojos a la existencia de una oferta infinitamente superior (que atendiera, además, adecuadamente los derechos de los trabajadores) y se la hiciera claudicar ante otra oferta muy inferior pero con la viveza de preservar, tal vez parcial e, incluso, cosméticamente, algunos puestos de trabajo. Con todo, la previsión legal del inciso 8.º del artículo 205 establece algo así como un «piso» (emergente de la oferta de la cooperativa) para los niveles de contratación propuestos por cada competidor.
- Un tema muy delicado es determinar cómo habría de competir un tercero con la cooperativa (que tiene a su favor el latiguillo del inciso 2 del artículo 205, y la eventual interpretación consecuente sobre adjudicación directa, mas la presunción obvia de atender —la cooperativa— el estándar del inciso 8º del mismo artículo). Y sobre el punto —en pos de encontrar una diagonal en la aplicación de artículos que crujen cuando se trata de encontrar un ámbito para la vigencia de todos los dispositivos implicados— se entiende posible que el susodicho tercero hipotético encare la puja, asumiendo que la *magnitud de la planta de personal que se mantiene en actividad como tutela efectiva de la fuente de trabajo* conforme su oferta, que no podrá ser nunca inferior a la ofrecida por la cooperativa.
- El artículo 48 bis probablemente nunca se emplee. Es una norma incómoda e incomodante. Prevé una compensación imposible entre un crédito «condicional» (las indemnizaciones futuras) cuya aplicación imposibilitará el acaecimiento del hecho futuro e incierto que lo crearía (la quiebra); compensación que, además, pretendería hacerse valer respecto de sujetos —los titulares de las acciones o cuotas sociales— con quienes no existen créditos cruzados. Rectius: prevé una «compensación imposible» en tanto

y en cuanto se considere que el muy desafortunado texto (*los créditos así calculados podrán hacerse valer para intervenir en el procedimiento previsto en el artículo anterior*) significa algo atinente a la «compensación» porque, *stricto sensu*, no se sabe qué significa en verdad «hacer valer». Prevé, asimismo, una cesión definitiva que nada favorece a los acreedores laborales y una asunción de deuda por la cooperativa que no se entiende y que viene a trasmano de aquello que es el salvataje.

Transcriptas las implacables críticas que TRUFFAT propina a la Ley 26.684, caemos en la cuenta de la importancia del principio de certeza jurídica como idea rectora que necesariamente debe informar la tarea legislativa actualizadora del Derecho Mercantil.

Efectivamente, el legislador no puede desentenderse de la necesaria coherencia y claridad que debe primar en las normas jurídicas para asegurar, de esa manera, una adecuada protección de los derechos subjetivos en juego en cada caso.

3. PRINCIPIO DE PRIORIDAD

a) *Introducción*

La actualización legislativa se debe concentrar, fundamentalmente, en aquellos asuntos cuya reforma o regulación es impostergable porque se trata de situaciones de la realidad carentes de regulación o que necesitan de una «adecuada» regulación, o bien, se trata de subsanar normas que generan obstáculos o efectos negativos o distorsivos en el tráfico negocial.

b) *Aplicación práctica de este principio*

También en el ámbito del Derecho concursal se ha suscitado una controversia en los últimos años en torno al tratamiento que la Jurisprudencia⁶³ ha dado a los llamados «acreedores involuntarios».

⁶³ Causa 95754, Reg. 288 —«Gonzalez Feliciano c/ Microomnibus Gral. San Martín s/ incte. Verificación tardía»— CÁMARA PRIMERA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE SAN ISIDRO (Buenos Aires) —SALA I— 18/05/2004. L.L. To. 2004-D pág. 739, con nota aprobatoria de Jorge MOSSET ITURRASPE, «Otra muestra del “Derecho Privado Constitucional”: la constitución avanza sobre los privilegios concursales». Ver también, *J.Nac.Com.*, núm. 20, mayo 24-2007, «Institutos Médicos Antártida S. A. s/quiebra s/incidente de verificación por: R. A. F. y de L. R. H. de F.» L.L. To. 2007-E, pág. 552, con

Se trata, en general, de aquellos acreedores que se han visto afectados por infortunios personales u otros daños cuyo autor ha sido el deudor concursado y que —pese a la urgencia en obtener las prestaciones correspondientes por razones de salud, alimentarias u otras que no admiten demoras— deben enfrentar las quitas, esperas y los «tiempos muertos» del proceso concursal.

Dicha terminología ha sido pasible de crítica. Por ello se ha preferido hablar de acreedores «extracontractuales» para englobar lisa y llanamente a todos aquellos que no están vinculados con el deudor por vínculos negociales o contractuales y que se encuentren en situación de urgencia (por ejemplo, acreedor de avanzada edad cuya pretensión encuentra causa en los daños y perjuicios que ha sufrido en un accidente de tránsito mientras viajaba a bordo de un transporte de pasajeros perteneciente a la concursada).

La piedra de la discordia ha sido que la jurisprudencia les ha otorgado a estos acreedores —*sin norma concursal expresa en que sustentarse*— un tratamiento «privilegiado» (pese a no hallarse en el elenco de privilegios de la Ley 24.522), concediéndoles el derecho de pronto pago a créditos que no se encontraban investidos legalmente de esa prerrogativa para su percepción anticipada; soslayando, de esa manera, la *pars conditio creditorum* y los términos de la propuesta de acuerdo preventiva dirigida a los quirografarios.

Ha sido patrón común en los diferentes casos de «acreedores involuntarios» resueltos por la jurisprudencia que, el beneficiario del tratamiento privilegiado ha visto vulnerado derechos amparados por la Constitución Nacional y, especialmente, por los Tratados de Derechos Humanos previstos en el artículo 75, inciso 22 de la Carta Magna (particularmente derecho a la vida y a la salud, arts. 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Se ha razonado, en este sentido, que es evidente que una norma particular (la que emerge del acuerdo concordatario) no tiene aptitud para vulnerarlos.

Como podemos apreciar, e independientemente del juicio de valor que hagamos de la «legalidad» de este Derecho Judicial, lo cierto es que una vez más el fenómeno de la Constitucionalización del Derecho Privado está latente en cada uno de estos precedentes. En efecto, en ellos se relativiza el principio de paridad de los acreedores concurrentes en función de derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la salud y a la integridad física; aún cuando el crédito «beneficiado» con el tratamiento distinto no está amparado por prerrogativa o privilegio alguno emanado de la legislación de fondo.

En esta línea argumental, la Ley 26.684 agregó al artículo 16 de la ley concursal —que regula, entre otros, el pronto pago de créditos laborales en el concurso preventivo— el siguiente párrafo: «Excepcionalmente, el juez podrá autorizar, dentro del régimen de pronto pago, el pago de aquellos créditos ampa-

nota aprobatoria de FRANCISCO JUNYENT BAS, «Se abrió el cielo. A propósito de los daños a la salud y la inconstitucionalidad del régimen de los privilegios concursales».

rados por el beneficio y que, por su naturaleza o circunstancias particulares de sus titulares, deban ser afectados a cubrir contingencias de salud, alimentarias u otras que no admitan demoras»⁶⁴.

Podríamos sostener *prima facie* que el legislador concursal, con esta reforma, se hizo cargo del fenómeno de la «Constitucionalización del Derecho Privado» y concedió expresamente el beneficio del pronto pago a los «acreedores involuntarios».

Sin perjuicio de ello, la propia norma transcrita suscitó dudas interpretativas motivando opiniones encontradas:

- (i) por un lado, se sostuvo que *«una inteligencia restrictiva permitiría aducir que la conjunción copulativa “y” que se agrega entre el régimen de pronto pago y las circunstancias particulares de los titulares afectados por las contingencias de salud o alimentarias se refiere solamente a los trabajadores»⁶⁵.*
- (ii) Sin embargo, por otro lado, se entendió que *«este tipo de interpretación no parece receptar el verdadero espíritu del legislador; pues resulta evidente que los trabajadores ya tienen el beneficio del pronto pago, por lo que una lectura de este tipo implicaría una mera reiteración del beneficio»⁶⁶.*

Las dudas hermenéuticas expuestas ponen en evidencia que la apertura de la norma la torna ambigua y requiere de un gran esfuerzo de los jueces para utilizarla estrictamente en casos fundados y cuando la equidad del caso lo requiera.

⁶⁴ La situación de estos acreedores en otros países ha tenido consagración expresa. Por ejemplo, hallamos el artículo 91 (inc. 5.º) de la Ley Concursal española 22/2003, reformada por la Ley 38/2011, que regula un privilegio aplicable a estos créditos. Los acreedores involuntarios son ubicados en el quinto orden de los privilegios generales. Pero además de la consagración del privilegio general en el quinto orden, los acreedores involuntarios son considerados acreedores de la masa cuando: (i) el crédito hubiere nacido con posterioridad a la declaración del concurso y en ocasión de la continuación de la actividad, ya fuere profesional o empresarial del concursado; o (ii) cuando deriven de la responsabilidad extracontractual del concursado (arts. 84.2.5.º y 10.º, respectivamente). Lo propio ocurre con la ley de bancarrotas de Estados Unidos, que prevé la prioridad en el pago a los créditos alimentarios debidos a hijos o excónyuges, o los que deriven de daños generados en el funcionamiento del vehículo motor o marítimo, en caso de que la operación de ese vehículo fuese declarada ilegal por encontrarse el deudor intoxicado por ingesta de alcohol, drogas u otras sustancias (Sección 507). También prevé prioridades en el pago en el subcapítulo IV, que trata la reestructuración de pasivos de los ferrocarriles (Sección 1071) respecto de un individuo persona física o su heredero si esta hubiese fallecido con un crédito por daños personales o fallecimiento del mismo, ello a pesar de que resultan quirografarios. Pareciera que esta legislación hace énfasis en el mayor factor de atribución de responsabilidad del deudor o en la consideración especial de cierta actividad del deudor como en el caso de los ferrocarriles.

⁶⁵ JUNYENT BAS, FRANCISCO, *La reforma del ordenamiento concursal introducida por la Ley 26.684*, ED 243-991.

⁶⁶ JUNYENT BAS, FRANCISCO, *La reforma del ordenamiento concursal introducida por la Ley 26.684*, ED 243-991.

Por ello, creemos que una futura actualización de la legislación falimentaria y en función del principio de prioridad, el legislador debiera regular expresa y claramente quiénes son los acreedores involuntarios o extracontractuales beneficiarios del régimen del pronto pago para casos de urgencia (especificando en qué supuestos) y, a la vez, introducir una modificación en el articulado referido al elenco de acreedores privilegiados mencionados en la Ley 24.522.

Ello evitará que se susciten controversias en torno a la supuesta falta de asidero legal de los pronto pagos concedidos por la jurisprudencia hasta ahora; poniendo a tono, a su vez, el estatuto concursal con el Bloque de Constitucionalidad.

4. PRINCIPIO DE OPTIMIZACIÓN

a) *Concepto*

Sólo se debe actualizar la normativa que implique una mejora sustancial a la situación actual del desarrollo de la actividad empresarial.

Además, las propuestas deberán ser realistas y viables en el contexto nacional.

b) *Aplicación práctica de este principio*

Una actualización de la legislación mercantil en materia de contratos, por ejemplo, debiera tener en cuenta ciertos institutos que faciliten y mejoren la utilización de esta herramienta negocial por parte de los operadores del mercado.

En nuestra opinión, por ejemplo, debiera preverse la figura de la «*suspensión del cumplimiento*» contractual.

En tal sentido, debiera regularse la siguiente situación: una parte del contrato debe poder suspender su propio cumplimiento —por un tiempo razonable de acuerdo a los usos y costumbres— si la otra parte:

- tiene imposibilidad temporaria de cumplir, aunque sea por causas ajenas a ella y a su responsabilidad;
- si es previsible que ésta no cumpla, por haber sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia; o
- si ella misma tiene un impedimento temporario para su propio cumplimiento, sobrevenido por causas ajenas a ella y a su responsabilidad.

La suspensión, cuando es previsible que la otra parte no cumpla por haber sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solven-

cia, se adecua al sistema de los actuales artículos 572, 753 y 1419 del Código Civil y a otros antecedentes que no son ajenos a la Argentina y que pondrían la legislación de nuestro país a tono con importante normativa internacional; permitiendo que nuestra República sea considerada «terreno conocido» para el empresario foráneo. Nos referimos a la Convención de Viena sobre Compra-venta Internacional de Mercaderías de 1980, ratificada por Ley 22.765 (conf. arts. 71 y 73.2)⁶⁷.

En cuanto al caso del impedimento temporario para su propio cumplimiento, sobrevenido por causas ajenas al contratante y a su responsabilidad, está previsto en el *Restatement of Contracts 2nd.* (§ 269).

Asimismo, se debe reconocer a la parte no incumplidora el derecho a resolver el contrato si, siendo previsible que la otra parte no cumpla por haber sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia, le ha exigido que dé seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado dentro de un plazo razonable, y no las da.

Un antecedente de tal solución resulta del actual artículo 1413 de nuestro Código Civil en materia de compraventa; por lo que debería generalizarse e informar las otras especies negociales. Se trata de la denominada *anticipatory breach*.

La extinción del contrato resulta posible toda vez que, antes de llegar el momento de la ejecución, alguna de las partes adopta una actitud incompatible con su cumplimiento, siendo que cada una de ellas tiene derecho a que la otra no haga nada que perjudique su expectativa a recibir la prestación antes de que llegue el momento de cumplirla (*Restatement of Contracts 2nd.*, nota introductoria al § 250).

En suma, y a guisa de ejemplo, todos estos aspectos mencionados debieran ser considerados por el legislador de la futura actualización del Derecho Mercantil para *optimizar* la legislación en materia contractual⁶⁸.

⁶⁷ Existen también otros antecedentes que receptan esta solución tales como el Código Civil brasileño (art. 1092), el Código Civil alemán (§ 321), el Código suizo de las obligaciones (art. 83), el Código Civil de Louisiana de 1984 (art. 2023), el Código Civil holandés de 1992 (art. 6.263), el *Restatement of contracts 2nd.* (§ 251), el *Uniform Commercial Code* (secs. 2-609 y 2-610), los Principios de UNIDROIT (arts. 7.3.3 y 7.3.4) y el *Contract Code* (arts. 303 y 304).

⁶⁸ El Anteproyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio de 2011/2012 (Decreto 191/2011) en su artículo 1032 prevé expresamente este instituto al expresar (tutela preventiva): «Una parte puede suspender su propio cumplimiento si sus derechos sufriesen una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia. La suspensión queda sin efecto cuando la otra parte cumple o da seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado».

5. PRINCIPIO DE PRAGMATISMO

a) *Concepto*

Se debe tomar en cuenta la realidad práctica de la actividad o sector destinatario de la regulación analizada, atendiendo a los propósitos de la norma, la idiosincrasia argentina, objetivos y praxis de los agentes económicos, y demás actores de la regulación que se analicen.

Por tanto, se debe procurar que los señalamientos y sugerencias sean consistentes con la realidad.

b) *Aplicación práctica de este principio*

Veamos a continuación dos ejemplos en materia societaria.

(i) La tipicidad societaria y la autonomía de la voluntad

En materia de sociedades comerciales bien sabemos que la Ley 19.550 es el instrumento legal básico de nuestro orden societario. No obstante, al parecer, su estructura va siendo superada por realidades asociativas nuevas (piénsese, por ejemplo, en las ONG como nuevas realidades empresarias al tráfico negocial).

Pese a las dudas sobre la conveniencia de reglar jurídicamente toda la realidad existente de manera integrada en una parte general, lo cierto es que hoy, la tipicidad restringida establecida por el régimen de la Ley 19.550, no resulta abarcadora de las distintas expresiones de la actividad empresarial; pese a que la base de la sociedad anónima sigue siendo el modelo de estructura empresarial⁶⁹.

¿En qué contexto decimos esto?

La autonomía de la voluntad en materia contractual presenta connotaciones muy particulares en el ámbito del derecho societario. Recuérdese que, dicho principio, implica en el ámbito contractual —como regla general— tanto la posibilidad de determinar el contenido del contrato típico como la de crear figuras contractuales atípicas.

Sin embargo, el reconocimiento de la libertad contractual se muestra complejo cuando el sistema jurídico prevé, junto a la definición general y abstracta de una determinada figura, una serie de hipótesis taxativas dentro de las cuales el legislador considera y disciplina dicha figura. En el derecho societario, junto a la definición de la sociedad como contrato, aparece la previsión que —de acuerdo

⁶⁹ ETCHEVERRY, Raúl A., *Una visión para identificar y construir el Derecho Comercial y el asociativo del siglo XXI*, L.L. 2002-B, pág. 905.

a un sistema de tipicidad taxativa— circunscribe las formas que las sociedades tienen que asumir obligatoriamente (art. 1 de la Ley 19.550).

De allí, entonces, que es preciso poner de relieve en primer lugar que la autonomía negocial en materia societaria se manifiesta plenamente en la fase estipulativa, resultando fuertemente limitada en cuanto a la modalidad organizativa, ya que la orienta a la elección de uno entre los esquemas disciplinarios adoptados.

Ahora bien, la imposibilidad de crear una estructura societaria «atípica», lleva a la doctrina a plantearse la posibilidad de ejercer la autonomía de la voluntad en cuanto a la determinación del contenido del contrato de sociedad; insertando —en un esquema societario típico— cláusulas atípicas.

Concretamente, se trata de saber si en un contrato de sociedad conformado a uno de los tipos legales, les es permitido a los contratantes —y en qué medida— formular reglamentos societarios atípicos.

Al respecto se ha sostenido que, junto al principio de la taxatividad de los tipos societarios, rige el de la «elasticidad de los tipos» y que, si el régimen societario impide la adopción de estructuras distintas a las tipificadas, la ley no consagra la «rigidez» de los diversos tipos societarios; los que, por el contrario, pueden ser modificados a través de la inserción de cláusulas atípicas.

A partir de allí, el problema que se formula la doctrina es el de la determinación del límite de admisibilidad de las cláusulas atípicas, esto es, cuándo estas cláusulas alteran de tal modo el reglamento legal que ya son incompatibles con el tipo societario y corresponde sancionarlas con la nulidad.

En respuesta, se ha sostenido que la adopción por las partes de cláusulas derogatorias de la disciplina legal es lícita hasta tanto no derogue normas identificatorias del tipo que son aquellas que asumen el carácter de imperativas o inderogables.

Como enseña FARGOSI: «(...) *tradicionalmente el régimen societario fue estructurado en forma omnicomprendensiva. Hoy en día nos encontramos con un escenario completamente distinto de regímenes societarios particulares donde el objeto pasó a convertirse en el elemento tipificante del tipo societario utilizable (...)»*⁷⁰.

Por todo lo expuesto, debiera otorgarse más flexibilidad al régimen legal referido a los negocios asociativos, el cual, sin abandonar el esquema tipológico; permitiría el desarrollo de nuevos emprendimientos que generen trabajo y riqueza⁷¹.

⁷⁰ *Orientaciones en el Derecho Comercial*, Instituto Argentino de Derecho Comercial, ed. Ad-Hoc, Bs. As., 2001, pág. 28.

⁷¹ ETCHVERRY, Raúl A., *Una visión para identificar y construir el Derecho Comercial y el asociativo del siglo XXI*, L.L. 2002-B, pág. 909.

Para fundar desde la realidad lo que decimos, véase lo que ha ocurrido con figuras como CAMMESA (en el sector eléctrico tras la privatización de los servicios públicos, conf. Ley 24.065) la que, sin caer en la nulidad prevista en el artículo 17 de la Ley 19.550, sin embargo, es «portadora» de una nueva tipología. En efecto, se trata de una sociedad anónima sin fines de lucro que administra y regula el mercado eléctrico nacional y cuyos socios son cuatro asociaciones y el Estado Nacional; quien, a través de la Secretaría de energía, preside el ente, conservando un poder de veto indirecto⁷².

Finalmente, podemos acotar que sin este *pragmatismo* que invocamos, una actualización de la legislación mercantil carente de este «valor», impide que los operadores jurídicos se valgan útilmente de las herramientas que le proporciona el ordenamiento legal para el mejor desarrollo de sus negocios empresariales.

(ii) La sociedad unipersonal

Otro tanto cabe decir del tema relativo a la sociedad de un solo socio, que se vincula con la cuestión referida a los límites de la responsabilidad del comerciante o empresario individual por los riesgos de los emprendimientos mercantiles.

Con solo mirar la realidad de la práctica mercantil, gran parte de las sociedades anónimas son constituidas o integradas por dos personas y, solo una de ellas, concentra el 99 por 100 de las acciones.

Son las llamadas sociedades de cómodo, que han generado una acalorada discusión en el Derecho argentino⁷³.

Recuérdese, en este sentido, que en la Capital Federal la Inspección General de Justicia dictó una serie de resoluciones que tendían a evitar este fenómeno⁷⁴. Ese organismo ha entendido que, cuando la Ley 19.550 requiere la existencia de dos o más personas para constituir una sociedad, en realidad, está requiriendo una pluralidad sustancial y no formal.

⁷² ETCHEVERRY, Raúl A., *Una visión para identificar y construir el Derecho Comercial y el asociativo del siglo XXI*, L.L. 2002-B, pág. 906.

⁷³ Ver por todos ALEGRÍA, Héctor, «La sociedad unipersonal», en *RDCO*, año 27, 1994; ANAYA, Jaime L., *Sociedades inicialmente unipersonales*, E.D. 124-724; AGUIRRE, Hugo, «La pluralidad de socios en las sociedades comerciales», en *Sociedades Comerciales*, director: Julio C. RIVERA, suplemento especial a la revista *La Ley*, diciembre de 2004, pág. 3.

⁷⁴ Efectivamente, basándose en una particular interpretación de lo dispuesto por el artículo 1º de la Ley 19.550, la Inspección General de Justicia bajo la dirección de Ricardo NISSEN desarrolló una nueva jurisprudencia administrativa —muy criticada por cierto— sobre el requisito de la pluralidad de socios expuesto en precedentes tales como «Coca Cola Femsa de Buenos Aires», «Vitamina Group», «Bosques Verdes, S. A.» y «Jasel, S. A.». Para una crítica de esta «jurisprudencia administrativa», ver suplemento especial de la revista jurídica argentina *La Ley* de diciembre de 2004, bajo la dirección de Julio César RIVERA.

Podrá compartirse (o no) el fundamento dado por estas tendencias en cuanto a que la responsabilidad patrimonial no se robustece por la pluralidad de socios sino que ello es función de su capital social.

Sin embargo, el gran inconveniente lo constituye —como suele ocurrir en la práctica— el utilizar una técnica prevista para una pluralidad que no resulta adaptable al ejercicio individual del comercio; eliminándose también el concepto de *affectio societatis* y del interés social.

Dos han sido las corrientes que han receptado la hipótesis de limitar el riesgo empresario individual:

- (i) Las que han legislado sobre la empresa individual de responsabilidad limitada⁷⁵.
- (ii) Las que han incluido esta alternativa dentro de la normativa societaria, incluyendo la sociedad de un solo socio:
 - a) En nuestro país, a guisa de ejemplo, el Anteproyecto de Reformas a la Ley de Sociedades elaborado por la Comisión Ministerial creada por Resolución 112/02 integrada por los profesores Jaime L. Anaya, Raúl A. Etcheverry y Salvador D. Bergel receptaba la sociedad unipersonal. Esta misma tendencia parece haber seguido el Anteproyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio de 2011/2012 (Decreto 191/2011)⁷⁶.

Brevemente, podemos acotar que la empresa unipersonal de responsabilidad limitada es una empresa de responsabilidad limitada que actúa como sujeto de derecho con patrimonio propio, distinto al de su titular, lo que permite limitar su responsabilidad. Además, se somete a las normas del Código de Comercio y no a la Ley de Sociedades Comerciales; a diferencia de la sociedad unipersonal.

⁷⁵ Ver, a guisa de ejemplo, el trabajo de Marcelo Urbano SALERNO, *Innovación legislativa en Brasil: la empresa individual de responsabilidad limitada*, E.D. 243-1231. Explica este autor que la XVII Conferencia Interamericana de Abogados celebrada en el año 1972 en la ciudad de Quito, formuló una recomendación especial a favor de incorporar la empresa unipersonal de responsabilidad limitada; recomendación implementada en algunas naciones iberoamericanas (v.gr.: Costa Rica, El Salvador, Panamá, Paraguay y Perú). En Europa se fue adoptando la figura en varios miembros de la comunidad, destacándose Portugal, España y Francia. Para este último país se puede consultar también de Marcelo U. SALERNO, *Un acontecimiento jurídico: la nueva ley francesa de empresa unipersonal de responsabilidad limitada*, E.D. 116-782.

⁷⁶ El artículo 1 de la Ley 19550 «modificado» dice: «Artículo 1°. Habrá sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas. La sociedad unipersonal sólo se podrá constituir como sociedad anónima. La sociedad unipersonal no puede constituirse por una sociedad unipersonal».

Los argumentos a favor y en contra de estas opciones son diversos. A favor de la empresa unipersonal de responsabilidad limitada, se dice que hablar de sociedades de un solo socio resulta un verdadero contrasentido y que instaurar un sistema de empresas unipersonales atiende a dos realidades:

- La del comerciante individual, que tiene que fingir una sociedad para limitar su responsabilidad, y
- la de los grupos económicos, que pretenden constituir subsidiarias con el ciento por ciento de su capital.

En contra de la empresa individual, por su parte, se ha sostenido que no tiene ninguna ventaja crear esta figura por sobre la sociedad unipersonal que como tal tiene un régimen ampliamente conocido, practicado y establecido, que no provoca novedad alguna al mundo jurídico.

Por lo expuesto, la legislación actualizadora debería definir esta situación para *agccionarse* a la realidad empresarial consagrando una u otra alternativa:

- se regula la «empresa unipersonal de responsabilidad limitada (EURL)», o bien,
- se recepta la «sociedad de un solo socio» (SU).

Así las cosas, independientemente de la posición que adoptemos, el *principio de pragmatismo* impone tomar el toro por las astas y atender las necesidades del empresariado argentino; regulando la cuestión, para evitar que se sigan utilizando las «sociedades de cómodo» y se generen los inconvenientes suscitados hasta ahora.

6. PRINCIPIO DE SIMPLICIDAD

a) *Concepto*

Se debe procurar de manera muy especial que todas las normas, procesos o trámites sean facilitados para los destinatarios. Por ello, la redacción de las normas debe ser lo más clara posible, a fin de facilitar su entendimiento por parte de los profesionales y de las personas que no lo son.

En cuanto al uso de las definiciones, solo deben emplearse en tanto y cuanto simplifiquen la aplicación e interpretación de las normas jurídicas.

Por otro lado, los numerosos cambios sociales, científicos, culturales y económicos de los últimos tiempos demandan el uso de palabras ajenas al lenguaje jurídico; por estas razones, y sólo excepcionalmente, se deben recurrir a nuevas expresiones que puedan reflejar esos nuevos fenómenos⁷⁷.

⁷⁷ Piénsese en materia de Derecho de Familia lo que ocurre cuando hablamos de «familia monoparental», «fertilización heteróloga», etc.

En suma, en función de este principio de simplicidad, se debe ser muy escrupuloso con la precisión del lenguaje que es el modo de expresión propio de las leyes.

b) *Aplicación práctica de este principio*

A guisa de ejemplo podemos citar, dada su elocuencia, los dolores de cabeza que trajo en nuestro Derecho la falta de claridad conceptual en materia de dolo.

En efecto, el dolo está definido implícitamente en el artículo 1072 del Código Civil (acto obrado a sabiendas y con intención de dañar), pero es también mencionado, sin definirlo, por el artículo 506 del mismo cuerpo normativo.

Esta omisión dividió a la doctrina entre quienes creían que se trataba de una única figura, quienes consideraban suficiente la intención deliberada de no cumplir y quienes lo asimilaban a la malicia.

Como puede apreciarse, una definición apropiada clarifica la ley, evita los disensos inútiles y brinda certeza; afirmando de tal modo la seguridad jurídica.

Así las cosas, el Anteproyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio de 2011/2012 (Decreto 191/2011) correctamente en su artículo 1724 (factores subjetivos) intenta solucionar los problemas suscitados por el Código Civil vigente y ensaya una definición del dolo y de la culpa; evitando discusiones interpretativas.

En tal sentido expresa: «*Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos*».

7. PRINCIPIO DE MODERNIDAD

a) *Concepto*

El legislador, a los efectos de regular una porción de la realidad, debe tomar en cuenta los fenómenos propios de la globalización, regionalización, cambios tecnológicos, innovaciones en telecomunicaciones, para que las observaciones y propuestas consideren la realidad del mundo actual.

Sólo así la norma sancionada tendrá eficacia en la práctica.

b) *Aplicación práctica de este principio*

(i) El comercio electrónico

Un fenómeno creciente en la actualidad que no puede soslayar una futura actualización de la legislación mercantil, es el *comercio electrónico* y, en particular, el realizado por la *intervención de agentes electrónicos inteligentes*, que constituye una realidad que requiere adecuada regulación; no siempre contenida en normas existentes.

Para que la regulación que se establezca no resulte anacrónica ni insuficiente debe contener, entre sus bases mínimas, las pautas que dominen las transformaciones que la digitalización y las nuevas tecnologías de la información producen, entre otras, en las relaciones jurídicas obligacionales.

No debemos considerar como firmes y definitivas las reformas del Derecho Mercantil de las últimas décadas, porque las técnicas van evolucionando y no es seguro que las reglas clásicas serán las adecuadas para regular y controlar los mercados globales en el futuro.

La problemática de la contratación que hoy se expande, la digital y globalizada, es profunda y presenta muchas facetas. En efecto, las redes electrónicas están hechas para intercambiar informaciones. La oferta y la aceptación son informaciones. Son informaciones «desmaterializadas», esto es, incorpóreas, no requieren la presencia física de las partes. No sólo eso: oferta o aceptación pueden ser «decididas» en forma automática por el sistema informático y, esta circunstancia, la toma autónoma de decisiones por agentes electrónicos no humanos, está poniendo en discusión hasta la existencia misma del requisito del consentimiento personal, actual o anterior, en la formación de los contratos electrónicos⁷⁸.

La teoría clásica de los contratos está una vez más en cuestión. Se advierte una marginación del consentimiento como eje de la contratación electrónica que cede ante una acentuación del formalismo en este escenario contractual: *"Las normas en materia de declaraciones de voluntad no son aplicables a los negocios jurídicos electrónicos en los cuales no hay una declaración o un comportamiento humano, sino que la regulación de intereses es decidida y concluida por un elaborador. Las regulaciones de intereses creadas por medio de procedimientos electrónicos constituyen un nuevo modo de desenvolvimiento de la autonomía privada y consisten, no ya en un comportamiento sino en un procedimiento electrónico"*⁷⁹.

⁷⁸ ORZÁBAL, Josefina Clorinda, *Pautas para la regulación de contratos y relaciones de obligación generados por agentes electrónicos inteligentes*, ponencia presentada en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (COMISIÓN núm. 11, Derecho Comparado: bases mínimas para un Código de Contratos Latinoamericano) celebradas en Tucumán en septiembre de 2011.

⁷⁹ ORZÁBAL, Josefina C. (1999), «Conclusión de un contrato electrónico (a la luz de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico y de la Propuesta de Directiva 98/586,

Los agentes electrónicos son sistemas sofisticados, capaces de realizar acciones complejas, entre ellas, tareas tales como iniciar y ajustar la formación de contratos. Los participantes del tráfico pueden usar agentes de software para buscar nuevos socios en Internet, chequear a esos posibles socios, negociar contratos y celebrarlos en línea. Para alcanzar las altas expectativas de sus usuarios los agentes electrónicos poseen características humanas, tales como inteligencia, creatividad y proactividad. Lo que distingue a los agentes inteligentes actuales de otros agentes electrónicos aplicados en el pasado es que tienen autonomía, lo que significa que, además de tener conocimiento incorporado van obteniendo su propia experiencia y evolucionando en base a ella, lo cual conduce a que puedan funcionar sin la intervención directa de seres humanos ni de otros agentes y tengan cierto grado de control sobre sus acciones y estado interno⁸⁰.

Actualmente se usan en el comercio electrónico con distintas funciones: como representante virtual, como asistente personal, como negociador en mercados electrónicos, como agente de búsqueda de información o rastreador y hasta como agente espía.

En el plano jurídico, ¿qué rol habrá que asignarles?

La circunstancia de que no hay control directo de usuarios humanos sobre el actuar independiente de los agentes electrónicos plantea cuestiones legales de validez de los contratos celebrados con la intervención de estos medios.

La pregunta que surge naturalmente es si un contrato que ha sido generado y conducido por un agente —sin ninguna intervención humana directa— es legalmente obligatorio y respecto a quién; si tal acuerdo sería exigible a la persona que utilizó el agente y le dio autonomía para la toma de decisiones y con qué fundamento⁸¹.

En esta línea argumental cabe citar, por ejemplo, los «Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales», cuyo «Capítulo 2:

relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior)», en: *CD. UIA 43rd Congress (Congress Papers, Web Site, UIA Journal. Indian Chapter)* New Delhi, India, y ORZÁBAL, Josefina C. (2000), «Observaciones y Ponencia Relativas a la Formación (Definición) del Contrato en el Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio», en *Jornadas Nacionales sobre la Unificación y Reforma del Código Civil y Comercial* convocadas por la Comisión de Legislación General de las HH. Cámaras de Senadores y Diputados de la Nación celebradas en Rosario en agosto de 2000.

⁸⁰ ORZÁBAL, Josefina Clorinda, *Pautas para la regulación de contratos y relaciones de obligación generados por agentes electrónicos inteligentes*, ponencia presentada en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (COMISIÓN núm. 11 Derecho Comparado: bases mínimas para un Código de Contratos Latinoamericano) celebradas en Tucumán en septiembre de 2011.

⁸¹ ORZÁBAL, Josefina Clorinda, *Pautas para la regulación de contratos y relaciones de obligación generados por agentes electrónicos inteligentes*, ponencia presentada en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (COMISIÓN núm. 11 Derecho Comparado: bases mínimas para un Código de Contratos Latinoamericano) celebradas en Tucumán en septiembre de 2011.

Formación y apoderamiento de representantes. Sección 1: Formación. Artículo 2.1.1 (Modo de perfección) expresa: «*El contrato se perfecciona mediante la aceptación de una oferta o por la conducta de las partes que sea suficiente para manifestar un acuerdo*». A su vez, haciendo referencia a la contratación automatizada, se expresa que: «*El texto de este artículo es lo suficientemente amplio como para incluir también los casos de la llamada contratación automatizada, es decir, cuando las partes acuerdan utilizar un sistema que les permita celebrar operaciones electrónicas automatizadas conforme a las cuales no se requiere la intervención de una persona física para perfeccionar un contrato*».

Conforme a lo expuesto, necesariamente debemos concluir, que en la actualidad en materia de contratación nacional e internacional tanto el comercio electrónico en general, cuanto la intervención de los agentes electrónicos inteligentes en particular, no pueden pasar desapercibidos para una legislación argentina que desee estar a la altura y guardar coherencia con las legislaciones más avanzadas a nivel mundial⁸².

(ii) Los contratos de distribución

Igualmente, y por aplicación de este principio de modernidad, es imperioso regular en materia contractual los llamados en general «contratos de distribución»⁸³, comprensivos de las siguientes especies negociales:

- la agencia,
- la concesión,
- la franquicia.

En la Argentina, el *contrato de agencia* ha recibido un amplio tratamiento doctrinario, reflejo de una gran utilización práctica.

La regulación futura de este contrato debería tener en cuenta la profusa jurisprudencia nacional⁸⁴ existente sobre la materia y, muy especialmente, los

⁸² El Anteproyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio de 2011/2012 (Decreto 191/2011) aunque parece no contemplar este fenómeno expresamente, contiene el artículo 971 (formación del consentimiento) que es una copia textual de los «Principios de UNIDROIT» que bien podría abarcarlo: «Los contratos se concluyen con la recepción de la aceptación de una oferta o por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo».

⁸³ El Anteproyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio de 2011/2012 (Decreto 191/2011) se ocupa minuciosamente de estos contratos (arts. 1479-1501, referidos a la agencia; arts. 1502-1511, que regulan la concesión, y arts. 1512-1524 relativos a la franquicia).

⁸⁴ CNCom., sala A, 9-6-2010, «Nores Novillo Corvalan & Asoc. S.R.L. c. Zurich International Life Limited (suc. Arg.)», en *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, La Ley*, año 1, núm. 1, septiembre de 2010, pág. 229; CNCom., sala D, «Nortex-

interesantes desarrollos del Derecho Comparado, en el que se destaca la Directiva 86/653/CEE, de 18 de diciembre de 1988⁸⁵, del Consejo de las Comunidades Europeas, que ha sido incorporada a través de legislación interna por los países de la hoy Unión Europea⁸⁶.

A modo de ejemplo, debería preverse en una futura actualización de la legislación comercial que regule este contrato, entre otros, los siguientes aspectos:

- a) La consideración como natural del derecho del agente a la exclusividad, sin perjuicio de su aptitud para desempeñarse como tal en otros ramos de negocios.
- b) Detallada enunciación de las obligaciones de las partes y, en especial, la determinación de la remuneración del agente y las situaciones que otorgan derecho a percibirla.
- c) La resolución del contrato, especialmente los de duración indeterminada que exigen un preaviso variable de acuerdo con el tiempo que ha durado la relación.
- d) La compensación por clientela:
 - a') Estos dos últimos aspectos, especialmente, forman un cuerpo de normas equilibradas que contemplan los intereses de ambas partes.

Otro tanto cabe decir del *contrato de concesión*.

También es profusa la legislación comparada y la doctrina elaborada a su respecto, pudiendo mencionarse a título ejemplificativo, entre las primeras, los Reglamentos europeos (núms. 67/67, 91/72, 1983/83 y 1984/84) así como legislaciones de ese ámbito posteriores y aún anteriores a estos reglamentos (por ejemplo, la ley belga de 27 de julio de 1961⁸⁷; el Código de Comercio alemán; la ley francesa 89-1008, de 31 de diciembre de 1989, y el decreto de aplica-

press, S. A. c. Banco Bansud», 13-8-2008, RCyS 2009-V, 70, AR/JUR/8709/2008; CNCom., sala A, «Sobrero, Héctor c. Cerro Nevado, S. A., y otros», 2007/08/23, AR/JUR/6837/2007; CNCom., sala C, «Barberis, Delta H. c. Aliafor, S. A.», 19/07/2002, Colección de Análisis Jurisprudencial Contratos Civiles y Comerciales, director Ricardo Lorenzetti, ed. La Ley, 2005, 278.

⁸⁵ Relativa a los agentes comerciales independientes que, desde luego, forman parte del engranaje de la distribución comercial aunque solo en una de sus facetas: cuando la función de intermediario se circunscribe a aproximar a las partes, pudiendo incluso llegar a contratar en nombre de aquella de la que es mandatario, pero sin actuar en su propio nombre y derecho.

⁸⁶ En España, por ejemplo, lo fue a través de la Ley 12/1992, de 27 de mayo.

⁸⁷ Modificada por Ley de 13 de abril 1971. Esta ley regula fundamentalmente el problema del preaviso y de la indemnización al concesionario en el caso de resolución unilateral de las concesiones de venta.

ción de 4 de abril de 1991⁸⁸), así como la ley de Estados Unidos de América de 1956⁸⁹ y sus posteriores desarrollos; y la extensa y detallada ley brasileña, número 6.729, de 28 de noviembre de 1979.

Así las cosas, teniendo en cuenta la jurisprudencia argentina⁹⁰ y los antecedentes legislativos de marras, se debería prever la figura del concesionario como un empresario independiente; procurando un equilibrio de derechos y obligaciones de las partes.

A mero título de ejemplo, se pueden mencionar los siguientes aspectos:

- a) Establecer que el concesionario actúa en nombre y por cuenta propia frente a terceros.
- b) En la resolución del contrato por plazo indeterminado se deberían seguir los lineamientos de la jurisprudencia dominante respecto de la obligación de preaviso el que, al igual que en el contrato de agencia, tiene relación creciente con la duración anterior del contrato.
- c) Se debe establecer específicamente la obligación del concedente de readquirir los productos o repuestos nuevos en existencia al final del periodo de preaviso.

Finalmente, como en los casos de los contratos anteriores, el *contrato de franquicia*, a pesar de no habérselo tipificado legislativamente, tuvo una amplia difusión en la práctica y debe regularse en la futura actualización legislativa mercantil.

El Derecho Comparado, especialmente las leyes estaduales⁹¹ en Estados Unidos de América⁹² 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.

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

⁸⁸ Hace referencia a la imposición al proveedor de un deber de informar al concesionario y al franquiciado sobre la empresa de cuya red comercial van a formar parte.

⁸⁹ Establece el derecho resarcitorio de un concesionario contra un fabricante cuando éste no ha actuado de buena fe en la terminación o en la renovación de la concesión.

⁹⁰ Entre otros, el *leading case* CSJN, «Automotores Saavedra», L.L. 1989-B-4.

⁹¹ Es el caso, por ejemplo, de la legislación de los Estados de Kentucky, Nebraska, Michigan, Utah y Texas.

⁹² 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).

de 2005 y publicada en el Boletín número 2006 del Ministerio de Justicia en febrero de 2006.

En la regulación particular del contrato se debe hacer especial referencia a 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 argentina⁹³, parte de la doctrina nacional y el derecho foráneo, se debería establecer —entre otras cosas— 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.

- (iii) Las garantías a primer requerimiento y su «actualización» en función de la normativa internacional

Manifestamos precedentemente que en la Argentina han adquirido carta de ciudadanía en el tráfico negocial las garantías a primera demanda o a primer requerimiento.

Hemos visto también que el Anteproyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio de 2011/2012 (Decreto 191/2011) las regula expresamente, lo que constituye un gran avance pues su regulación brinda seguridad a quienes se valen de ellas en el mundo de los negocios al poder conocer con certeza los efectos jurídicos previstos legalmente y, por lo tanto, las «reglas» que informan estas garantías autónomas.

Sin embargo, y pese a la importancia de darles tipicidad a estas garantías, el Anteproyecto de reformas omite regular un aspecto relevante de las mismas: *el de los términos en que debe formularse el requerimiento de pago*.

En efecto, para tratar de disminuir el abuso en la utilización de estas garantías «abstractas», debería contemplarse una norma que regulara las «condiciones» en que el acreedor beneficiario puede reclamar la ejecución de la garantía, previendo que debe notificar de manera fehaciente al garante el «requerimiento de pago», conteniendo este último los términos en que se ha configurado el «incumplimiento» de la obligación garantizada (requisito requerido por las «Reglas Uniformes relativas a las Garantías a Primer Requerimiento» según la publicación 458 de la Cámara de Comercio Internacional»; ratificado por las

⁹³ Conf. CSJN, 15/04/93, «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., 25/06/96, «Sandoval c/Compañía Embotelladora Argentina», J.A. 1995-IV-97.

más recientes *Uniforme Rules for Demand Guarantees* según la publicación 758 del año 2010⁹⁴).

⁹⁴ Las nuevas URDG 758 son las sucesoras de las URDG 458. A lo largo de 17 años de utilización (1992-2009) las URDG 458 han demostrado ser a la vez exitosas y fiables. Han sido utilizadas por bancos y empresas de todos los sectores y países. Las URDG 458 fueron refrendadas por organizaciones internacionales, instituciones financieras multilaterales, reguladores bancarios, legisladores y federaciones profesionales. A diferencia de las fallidas *Reglas uniformes relativas a garantías contractuales* (URCG 325), las URDG 458 reflejaban la realidad del mercado de garantías a primer requerimiento y acertaban en un razonable equilibrio entre los intereses de todas las partes implicadas. Al instruir a un garante para que emitiera una garantía a primer requerimiento sujeta a las URDG, el ordenante renunciaba a su capacidad de oponerse al pago por razones derivadas de sus relaciones con el beneficiario. A su vez, se requería al beneficiario a que manifestara en términos generales (pero no que justificara o probara) las causas de incumplimiento del ordenante en la ejecución de la relación subyacente. Finalmente, y dado que una garantía a primer requerimiento es un compromiso independiente, los garantes podían sentirse seguros de que su compromiso quedaba sujeto a las condiciones por ellos establecidas. Quedaban protegidos de cualquier eventualidad en la ejecución de la relación subyacente. El progresivo aumento en su uso, con el soporte de la Cámara de Comercio Internacional, permitió a las URDG 458 realizar una contribución fundamental hacia una mejor definición de las reglas de juego entre emisores y usuarios de garantías a primer requerimiento, con independencia del sistema legal, económico y social en el que operaran. Las nuevas URDG 758 no se limitan a actualizar las URDG 458, sino que son el resultado de un ambicioso proceso que pretende aportar un nuevo conjunto de normas para las garantías a primer requerimiento en el siglo XXI, normas que sean más claras, más precisas y más completas. Así, las nuevas URDG pretenden aportar claridad. Adoptan el estilo, aceptado universalmente, de las Reglas y usos relativos a los créditos documentarios (UCP 600) de la Cámara de Comercio Internacional al presentar las definiciones en un artículo único. También aportan una muy necesaria aclaración sobre el procedimiento por el que una presentación será revisada para verificar su conformidad. Por otro lado, algunos de los estándares contenidos en las URDG 458 dejaban un margen de interpretación que podía variar según las particularidades de cada caso. Esto era particularmente cierto para expresiones tales como «tiempo razonable» y «cuidado razonable». Las nuevas URDG excluyen cualquier estándar impreciso con objeto de fomentar certeza y predictibilidad. Ejemplos de ello son los plazos para la revisión de un requerimiento, la prórroga de una garantía en caso de fuerza mayor, y la suspensión de una garantía en caso de solicitud de prórroga o pago. Algunas prácticas importantes quedaron fuera de las URDG 458. En particular, éste era el caso del aviso de una garantía, de las modificaciones, de los estándares para la revisión de las presentaciones, de los requerimientos parciales, múltiples o incompletos, de la relación entre documentos, y de la transferencia de garantías. Además las contragarantías recibían un tratamiento fragmentado. Lo que resultaba comprensible en un primer intento de codificar la práctica de las garantías a primer requerimiento ya no es aceptable 17 años más tarde. Las nuevas URDG 758 cubren ahora todas estas prácticas y dejan claro que las disposiciones aplicables a las garantías son igualmente aplicables a las contragarantías. Las nuevas URDG 758 hacen suya y se edifican sobre la aproximación equilibrada que caracterizó las URDG 458. Por ejemplo: 1) El beneficiario tiene derecho al pago contra presentación de un requerimiento conforme sin que sea necesario para el garante obtener la aprobación del ordenante. Las nuevas URDG también corrigen una situación injusta que podía dejar al beneficiario sin poder hacer uso de la garantía en caso de fuerza mayor si su vencimiento coincidía con la interrupción del negocio del garante. 2) La independencia del garante se expresa en términos más claros y contundentes y, lo que es más importante, ahora se expresa en términos exclusivamente documentarios. Las nuevas URDG cuentan con que el garante actúe de forma diligente. Por ejemplo, se espera

Por lo tanto, a los efectos de activar la ejecución de la garantía a primera demanda, la presentación del reclamo de pago debe especificar cómo se ha configurado el incumplimiento de la obligación garantizada.

Según las «Reglas Uniformes relativas a las Garantías a Primer Requerimiento» conforme a la publicación 458 de la Cámara de Comercio Internacional: *«Estas garantías deben detallar con precisión (art. 3.º): 1) el ordenante, 2) el beneficiario, 3) el garante, 4) la transacción de origen, 5) causa de la emisión de la garantía, 6) la cantidad máxima a pagar y la moneda de pago, 7) la fecha de expiración y/o el hecho que entrañe la expiración de la garantía, 8) los términos del requerimiento de pago, y 9) cualquier disposición para reducir el monto de la garantía (...)»*.

A tal efecto, y consecuentemente con lo expuesto, debiera consagrarse en virtud del *principio de modernidad* que estamos analizando una norma que previera que: *«En el instrumento de la garantía debe constar que, en caso de incumplimiento que habilite la ejecución de la garantía, el acreedor beneficiario deberá comunicar al garante por escrito y en forma detallada los términos en que se ha configurado la inexecución de la obligación garantizada»*.

8. PRINCIPIO DE EQUILIBRIO

a) *Concepto*

La actualización legislativa debe ponderar los distintos intereses en juego, procurando una adecuada protección de los bienes jurídicos objeto de regulación. De esta forma, a modo de ejemplo, se debe tender hacia un *equilibrio* entre:

- Normas de Derecho Público frente a normas de Derecho Privado.
- Normas de orden público frente a normas de orden privado.

que un garante rechace un requerimiento no conforme en un máximo de cinco días hábiles enviando un aviso de rechazo que detalle todas las discrepancias; de lo contrario, el garante perderá el derecho a declarar que el requerimiento no es conforme y quedará obligado al pago. Aceptada desde hace tiempo en la práctica de créditos documentarios, la sanción de pérdida de derecho es necesaria para disciplinar prácticas injustificables que actúan en perjuicio del beneficiario. 3). Las nuevas reglas reconocen el derecho del ordenante a ser informado de los hechos relevantes en la vida de una garantía. Sin embargo, esta información no deberá ser un prerequisite para el pago cuando se haya presentado un requerimiento conforme. Las nuevas URDG 758 incorporan un conjunto de innovaciones dictadas por la evolución de las prácticas y por la necesidad de evitar disputas. Un ejemplo es la nueva norma que propone la sustitución de divisas cuando resulta imposible el pago en la divisa especificada en la garantía. Otro ejemplo es el nuevo mecanismo de terminación de garantías que no incluyan ni una fecha ni un hecho de vencimiento. Con esta solución se espera reducir la cantidad de garantías de vencimiento abierto que penalizan de forma severa a los ordenantes y son incompatibles con los requisitos normativos de capital para los bancos.

- El rol del Estado y el de los particulares.
- Intereses de oferentes frente al de los demandantes.
- Intereses de empresarios y el de los consumidores.
- Los intereses de las grandes, medianas, pequeñas y micro empresas.

Trataremos de explicar, en los párrafos siguientes, qué queremos significar con este «equilibrio» por el que debe velar la legislación mercantil actualizadora.

En el orden económico, recuérdese, la libertad encuentra diversas manifestaciones concretas y específicas de rango constitucional. Por un lado, se reconoce al sujeto particular como agente primordial de su ejercicio (iniciativa privada). Esto implica en cierta medida que, el Estado, a pesar de tener reconocida la posibilidad de ejercer actividades económicas mediante el derecho de propiedad y la gestión estatal o mixta, debe fomentar y garantizar que las actividades económicas sean «primordialmente» desarrolladas por los particulares.

Es decir, estamos claramente ante la presencia de un principio de subsidariedad en el orden económico, cuya consecuencia es que la participación directa del Estado en las actividades económicas estará justificada cuando sea necesario, fundamentalmente, ligada a la prestación de servicios públicos básicos como educación, salud y seguridad social (arg. art. 75, inc. 19 de la Constitución Nacional).

Aunque la libertad económica no es absoluta, ya que se encuentra limitada por «motivos sociales e interés general», es importante destacar que estos deben ser impuestos por la ley, de donde puede afirmarse que, en el sistema constitucional argentino, la ley se torna en una garantía de la libertad de empresa.

Finalmente, cabe señalar que la libertad económica como derecho y garantía constitucional, también presupone libertad de mercado, libertad de empresa, libre concurrencia económica y libertad de contratación (arts. 14 y 17 Constitución Nacional).

A su vez, existe el llamado principio de libre intercambio que presupone que —en el ejercicio de sus actividades económicas— las personas buscan conmutatividad, y que, precisamente, el intercambio de bienes y servicios representan la base del sistema económico. El fundamento del orden económico es pues el intercambio. El enriquecimiento en el ejercicio de una actividad económica es un elemento legítimo; sin embargo, el negocio en cuestión debe ser lícito, por lo que no todo desplazamiento patrimonial puede considerarse como válido y eficaz. En tal sentido, debe tomarse en cuenta el principio de justo equilibrio entre las prestaciones y evitar el enriquecimiento injusto o sin causa (conductas consideradas ilícitas por los ordenamientos jurídicos).

Otro aspecto importante de este principio de equilibrio es la moralización de las relaciones económicas.

En tal sentido, el artículo 42 de la Constitución Argentina hace referencia a la obligación estatal de garantizar el control de calidad de bienes y servicios

y evitar la especulación y el acaparamiento de los bienes básicos de consumo. Esta disposición, además de ofrecer elementos que son propios de los derechos del consumidor, también implica una referencia a la noción de libre competencia en el mercado y su regulación.

Adicionalmente, implica la presencia de equilibrios que permiten formular la exigencia de que los particulares tengan un comportamiento moral y ético en los negocios, y en congruencia con ello, la correcta actuación de los particulares en el ámbito de la actividad empresarial y los negocios. Este principio se encuentra en distintas normas, a partir del principio general de buena fe recogido en el Código Civil.

b) *Aplicación práctica de este principio*

Veamos, a continuación, cómo opera en la práctica este *equilibrio* de los diversos intereses que pueden estar implicados en la práctica del mercado y del tráfico negocial; lo que no puede ser soslayado ante una eventual actualización de la normativa comercial.

A título de ejemplo, analicemos la recíproca y necesaria relación existente entre el derecho de los consumidores y el de la libre competencia⁹⁵; de la que no puede desentenderse el Derecho Mercantil.

Desde lo normativo, la simbiosis entre ambos «sectores» del ordenamiento jurídico —aparentemente «desconectados»— resultaría de las siguientes disposiciones normativas:

1. Artículo 42 de la Constitución Nacional, que ya hemos transcripto.
2. Artículo 3.º de la Ley 24.240: «*Relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario. Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo*, en particular la Ley número 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley número 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen. *En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor. Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica*».

⁹⁵ Ver, por todos, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Derecho de los Consumidores y Derecho de la Libre Competencia*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, abril de 2001, ed. La Ley, Bs. As.

3. Artículo 37 de la Ley 24.240: *«Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas: a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; c) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor. La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa. En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario»;*
- Artículo 24 de la Ley 25.156: *«Son funciones y facultades del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia (...) p) Suscribir convenios con asociaciones de usuarios y consumidores para la promoción de la participación de las asociaciones de la comunidad en la defensa de la competencia y la transparencia de los mercados».*
- Artículo 26 de la Ley 25.156: *«El procedimiento —ante el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia— se iniciará de oficio o por denuncia realizada por cualquier persona física o jurídica, pública o privada»;* quedando comprendidas, claro está, las asociaciones de consumidores.
- Artículo 42 de la Ley 25.156: *«El Tribunal podrá dar intervención como parte coadyuvante en los procedimientos que se substancien ante el mismo, a los afectados de los hechos investigados, a las asociaciones de consumidores y asociaciones empresarias reconocidas legalmente, a las provincias y a toda otra persona que pueda tener un interés legítimo en los hechos investigados».*

Conforme al artículo 42 de la Ley 25.156 precitado, el Tribunal de Defensa de la Competencia puede —con un amplio criterio— autorizar (o no) la intervención como parte coadyuvante en los procedimientos que se substancien ante el mismo:

- (i) *a los afectados de los hechos investigados,*
- (ii) *a las asociaciones de consumidores y asociaciones empresarias reconocidas legalmente,*
- (iii) *a las provincias y*

- (iv) *a toda otra persona que pueda tener un interés legítimo en los hechos investigados.*

Esta disposición legal es relevante por cuanto reconoce legitimación no solo al «afectado» por la conducta *antitrust*, sino también a las asociaciones de consumidores e, inclusive, a toda «otra persona que tenga un interés legítimo en los hechos investigados» (v.gr., un competidor); para acceder a la justicia invocando la violación de una norma «anticompetitiva».

Así las cosas, en principio, cualquiera de ellos podrían oponerse a una fusión autorizada por la autoridad administrativa si acredita que esa concentración producirá un abuso de posición dominante en el mercado.

El objetivo de la batería de normas precitadas parece ser claro: *lograr una competencia transparente que asegure la participación de los diversos actores del mercado, en la que todos ellos pueden ser «oídos»; sin perder de vista que el beneficiario final es el consumidor.*

Podemos advertir, de acuerdo a lo expuesto, que aunque el bien jurídico protegido por la Ley 25.156 es la competencia, es decir, el libre juego de la oferta y la demanda; el último favorecido de esta legislación sigue siendo el *público consumidor*. En definitiva, se persigue favorecer la posibilidad que el consumidor se aprovisione de mayor cantidad de bienes al menor precio⁹⁶; *logrando un equilibrio de los diversos intereses en juegos.*

Con motivo de lo expuesto, veremos a continuación un interesante caso en el cual —*ante un supuesto vacío legal en la Ley de defensa de la competencia*— una resolución de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (luego confirmado la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal⁹⁷) impide la participación como tercero coadyuvante de un «competidor» en el procedimiento de control de fusiones y concentraciones empresarias; generando una particular discusión sobre el grado de intervención que puede tener el «competidor» ante la autoridad administrativa en los términos del artículo 42 de la Ley 25.156.

A modo de reflexión vale destacar, que según la óptica con la miremos la solución del caso, podremos concluir si se está protegiendo o no al consumidor, quien —como hemos dicho— resulta ser el beneficiario indirecto e, incluso directo, del sistema de la libre competencia.

Previo a todo debemos preguntarnos:

⁹⁶ OTAMENDI, Jorge, *Criterios de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia*, L.L. 1982-D-759 y *Presupuestos básicos para la aplicación de la ley de defensa de la competencia*, L.L. 1981-B-905; D'ALBORA (H.), Francisco y LOZADA, Juan Cruz, *La defensa de la competencia ante la justicia*, L.L. 1993-D-999.

⁹⁷ Para ejemplificar la aplicación práctica de este *principio de equilibrio* seguimos el excelente comentario a fallo de Gabriel MARTÍNEZ MEDRANO de la sentencia de la CNFed. Civ. y Com., sala III, 29/10/2002, «Casa Isenbeck» (*La intervención de competidores en el procedimiento de control de fusiones y concentraciones empresarias*) publicado en L.L. 2003-E-321.

- (i) Denegar —interpretación mediante del art. 42 de la Ley 25.1256— la participación de un «competidor» en los *trámites de autorización de concentraciones económicas* llevados a cabo ante la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (aun cuando sí se lo legitime para intervenir en el *procedimiento de investigación de conductas*) implica diezmar las posibilidades de lograr una «competencia transparente» que termina por perjudicar al consumidor?
- (ii) ¿Es ésta una interpretación coherente con el artículo 42 de la Constitución Nacional?
- (iii) Para evitar dudas interpretativas y lograr un adecuado «equilibrio» de los diversos intereses implicados (*competidores, transparencia de mercado y consumidores*), debiera el legislador regular claramente esta cuestión a los efectos de determinar si un «competidor» puede participar en los trámites de autorización de concentraciones económicas llevados a cabo ante la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia?

El caso que genera los interrogantes sobre los aspectos que podrían actualizarse en la normativa de defensa de la competencia y que traemos para su análisis es el siguiente: «*Cervecería Argentina, S. A. ISENBECK s. apelación resolución Comisión Nacional de Defensa de la Competencia*».

En este precedente se resolvió una medida cautelar de no innovar respecto del expediente administrativo «*CCBA SA Y CERVECERÍA Y MALTERÍA QUILMES, S. A. (C0376) S/ NOTIFICACIÓN ARTÍCULO 8 DE LA LEY 25.156*» en el cual se denegó la participación de la firma CASA ISENBECK, S. A., como parte coadyuvante en el expediente administrativo citado.

Sintéticamente, los hechos del caso fueron los siguientes:

- (i) El día 2 de mayo de 2002 se celebró un contrato de compraventa de acciones entre las empresas AMBEV y QUINSA. La primera era la titular de la empresa brasileña conocida como «Brahma», la segunda era la titular de la empresa argentina «Cervecería Quilmes».
- (ii) Como consecuencia de la operación, Brahma adquirió el 37,5 por 100 del capital social de Quilmes. El Directorio de Quilmes sería integrado por igual miembros designados por la empresa argentina y por la empresa brasileña Brahma, con lo cual Quilmes pasaría a ser controlada en forma conjunta.
- (iii) Debido a que, mediante la operación concertada, se procedía a un cambio de control de exclusivo a conjunto, la operación cayó bajo la norma del artículo 8.º de la Ley 25.156 y, por ello, fue notificada para su aprobación a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (en adelante CNDC).
- (iv) El 17 de mayo de 2002 las empresas involucradas en la operación notificaron la misma a la CNDC, en los términos del artículo 8.º de la Ley.

- (v) El día 24 de mayo de 2002 se presentó en el expediente administrativo de la concentración, la empresa CASA ISENBECK y solicitó ser tenida como parte coadyuvante en los términos del artículo 42 de la Ley 25.156.
- (vi) El 27 de mayo de 2002 la CNDC hizo saber a ISENBECK que sería citada a una audiencia testimonial en la cual podría aportar datos a la causa.
- (vii) El día 21 de junio de 2002, ISENBECK reiteró a la CNDC su petición de ser tenida como parte coadyuvante.
- (viii) El 27 de junio de 2002 ISENBECK aportó información para profundizar el estudio del expediente administrativo.
- (ix) El día 8 de agosto de 2002 la CNDC dictó una resolución por la cual denegó a ISENBECK su carácter de parte coadyuvante.
- (x) El 16 de agosto de 2002 el apoderado de ISENBECK interpuso recurso contra la Resolución del 8 de agosto.
- (xi) El día 4 de septiembre se comunicó a la CNDC la resolución de la Sala III de la CNFED. CIV. y COM. ordenando la suspensión del expediente hasta tanto se resuelva el recurso de apelación interpuesto por ISENBECK. Siendo el trámite de control de fusiones de carácter sumario (45 días) y existiendo la figura de la aprobación tácita en caso de falta de objeción concreta por la CNDC (art. 14 Ley 25156), la Cámara entendió que debía suspenderse el trámite del expediente de autorización de la operación de concentración, hasta tanto se hubiera resuelto en forma expresa el recurso de apelación y se determinara si ISENBECK podía o no ser parte coadyuvante en el citado expediente.
- (xii) El día 5 de septiembre de 2002, la CNDC concedió el recurso de apelación en relación y con efecto suspensivo, remitiendo las actuaciones a la Cámara Federal.
- (xiii) El día 29 de octubre de 2002 la Cámara Federal dictó la Resolución que resolvió el recurso de apelación interpuesto por ISENBECK y le denegó la posibilidad de ser tenida como parte coadyuvante en los términos del artículo 42 de la Ley 25.156. *La Cámara entendió que el mencionado artículo es de aplicación únicamente en los procedimientos de investigación de conductas anticompetitivas y no en los procedimientos de control de concentraciones económicas.*
- (xiv) Finalmente la CNDC resolvió el expediente autorizando la concentración.

Para comprender el caso de referencia, previamente, debemos precisar ciertos conceptos.

A saber, el rol fundamental del coadyuvante es de colaboración y de acercamiento de información y/o su eventual contradicción con la que alcanzan a la investigación los presentantes de la operación.

La ley establece la figura de la «parte coadyuvante» en el artículo 42, en el cual establece que la CNDC «podrá» dar intervención a las personas con interés legítimo en el procedimiento.

Sin embargo, dicho artículo 42 no distingue si abarca tanto los *procedimientos de autorización de concentraciones económicas* cuanto los *procedimientos de investigación de conductas* llevados a cabo ante la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC).

El doctor Montamat entiende, en su voto minoritario, que es facultad discrecional de la CNDC permitir la participación de las partes coadyuvantes o, en su caso, hacer cesar dicha autorización cuando su participación importara dispendio jurisdiccional.

La cuestión que dio lugar al conflicto judicial que estamos comentando es si ISENBECK podía ser parte coadyuvante en el expediente de concentración económica.

Al respecto, encontramos dos posturas:

- (i) por un lado la del vocal Montamat antes mencionada que entendió que el artículo 42 de la Ley podía ser aplicado al procedimiento de concentraciones económicas, y
- (ii) por el otro lado, el criterio de la mayoría de la CNDC respaldado por la Cámara Federal que sostiene que el artículo 42 sólo es aplicable en los supuestos de investigación de conductas y no al control de fusiones y concentraciones.

Recordemos que la ley de defensa de la competencia establece dos tipos de controles: estructurales y de conductas.

El control de conductas se establece en los capítulos I y II de la Ley 25.156. En ella se examinan los actos o conductas que tengan por objeto u efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que puedan perjudicar el interés económico general. Para determinar la existencia de conductas que infringen la ley se establece en la misma un procedimiento en los artículos 26 a 45.

El control estructural, por el contrario, es introducido por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, en el capítulo III de la Ley 25.156 (De las concentraciones y fusiones).

La doctrina argentina entiende que el artículo 7.º de la ley previene conductas a través del control de una situación estructural como es la concentración económica⁹⁸.

⁹⁸ TAJÁN, G., «El abuso de posición dominante y el control de las concentraciones económicas en la nueva Ley argentina de Defensa de la Competencia», en *Boletín Latinoamericano de Competencia*, núm. 10, pág. 45. Similar postura sostiene GUADAGNI DE QUEVEDO, M.,

El procedimiento para controlar una situación estructural del mercado es, entonces, diferente del procedimiento para investigar una conducta anticompetitiva o un abuso de posición dominante. Este procedimiento se encuentra regulado en diversos instrumentos: artículos 6 a 16 de la Ley 25.156, artículos 8 a 16 del Reglamento de la Ley, Decreto 89/2001, Resolución 40/2001 de la Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor (Guía para la Notificación de Operaciones de Concentración Económica) y Resolución 164/2001 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor («Lineamientos para el control de las concentraciones económicas»).

El procedimiento de investigación se inicia por denuncia o de oficio y tiene como finalidad determinar la existencia de hechos o conductas contrarias a la competencia. Se compone de una primera etapa sumarial y un plenario con posibilidad de ofrecimiento y producción de prueba.

El procedimiento de control de concentraciones económicas se inicia por la notificación que realizan las empresas involucradas en los actos jurídicos que dan lugar a la concentración. Se establecen tres etapas de requerimientos de información por parte de la autoridad de aplicación y el procedimiento concluye con la autorización expresa o tácita de la operación, la denegación o el condicionamiento de la misma al cumplimiento de determinadas pautas.

Tenemos entonces que son procedimientos diferentes, con diferente finalidad y trámites distintos.

De lo que se trata, entonces, es de determinar si el artículo 42 de la Ley, que se encuentra ubicado en el procedimiento de investigación y permite la intervención de partes coadyuvantes, puede ser aplicable al procedimiento de análisis de operaciones de concentración económica.

El vocal de la CNDC Eduardo Montamat emitió un voto en la Resolución de la Comisión de fecha 8 de agosto de 2002 por el cual dispuso hacer lugar al pedido de intervención como parte coadyuvante de la firma ISENBECK. Menciona que el artículo 42 no distingue entre los procedimientos a los cuales sería aplicable. Dice asimismo que la finalidad de la ley es la averiguación de la verdad real, con lo cual los criterios formalistas que limiten la investigación real de las conductas deben ceder ante el objetivo de alcanzar la verdad real, esto es, saber qué está sucediendo en tal o cual mercado. Por último, menciona, que la empresa parte de la operación que es notificada puede requerir que se decrete la confidencialidad sobre determinada documentación, con lo cual se impide el acceso de los terceros a esos datos.

En cambio, el voto mayoritario de la Cámara Federal considera que el artículo 42 de la Ley 25.156 es aplicable a los procedimientos en los que se investiguen hechos y no a todos los procedimientos legislados en la norma.

«Reformas a la legislación de defensa de la competencia argentina, Ley 25.156», en *Boletín Latinoamericano de Competencia*, núm. 9, pág. 12.

Para llegar a esa conclusión interpreta la letra de la ley y señala que: «(...) *se debe concluir en que la intervención como parte coadyuvante prevista en el artículo 42 de la Ley 25.156 está limitada a los supuestos de control de comportamientos, es decir a aquellos procedimientos en los que, por denuncia o de oficio, se investigan hechos que pudieran tipificar las conductas prohibidas por ley (...) la intervención como parte coadyuvante que solicita ISENBECK en este ámbito —se refiere en el marco de un expediente de control de concentraciones— no está normativamente prevista, a la vez que no resulta compatible con la estructura del trámite del artículo 8, en el que no se ha contemplado el debate de intereses o derechos contradictorios —como sí sucede en los supuestos de investigaciones iniciadas de oficio o por denuncia— ni con la celeridad que lo condiciona, en virtud de la brevedad del plazo fijado en el artículo 13 y de la autorización tácita en el supuesto de que venza ese plazo sin resolución (art. 14) (...)».*

Señala la Cámara que el concepto de parte se vincula con el de proceso y que el sistema de autorización de concentraciones no es un proceso como tal.

Por lo tanto, la Cámara entiende que:

- (i) No existiendo un «proceso», no puede haber partes y no se advierte vulneración de la garantía del debido «proceso».
- (ii) Los terceros podrían hacer valer sus derechos impugnando judicialmente el acto de aprobación de la concentración, una vez que este se produjera.
- (iii) Hasta tanto se dicte una resolución por la CNDC, el gravamen es conjetural y que recién se concreta con el dictado de la autorización de la operación. Por lo tanto, reprocha a ISENBECK querer ser parte para poder recurrir una decisión que aún no ha sido dictada; y ello, sin norma que lo autorice y sin que exista una afectación concreta de intereses o derechos, lo cual perturbaría la celeridad del trámite de control establecido por la ley.

Hasta aquí la Cámara plantea dos cuestiones:

1. No existe proceso y, por lo tanto, no puede hablarse de partes, menos de parte coadyuvante.
2. No puede ISENBECK pretender impugnar una resolución que no fue dictada.

Sin embargo, el Tribunal añade que el derecho de defensa de ISENBECK no se vulnera porque esta empresa puede someter a revisión judicial la resolución que, en definitiva, dicte la CNDC. Es decir, ISENBECK podría apelar la decisión de aprobar la concentración. En tal sentido, señala que: «(...) *el artículo 15 de la Ley 25156 establece que las concentraciones que hayan sido autorizadas*

por la CNDC no podrán ser impugnadas en sede administrativa en base a la información y documentación verificadas, lo que por cierto no obsta a que en sede judicial, se deduzcan los recursos y acciones pertinentes por parte de quienes consideren afectados sus intereses o derechos (...)».

El procedimiento de autorización de concentraciones está previsto como un trámite con dos partes: el Estado representado por la CNDC y la o las empresas que son parte de la operación. No se prevé la intervención de terceros. Las intervenciones se realizan a meros efectos informativos, aportando información, testimonios, estudios sectoriales, investigaciones de mercado, etc.

El artículo 52, inciso c), establece que es apelable la resolución de la CNDC que se opone o condiciona un acto de concentración.

Se entiende que el apelante es el interesado en que se apruebe la operación, que recurrirá la oposición de la Comisión o de las condiciones que se le hayan impuesto para aprobar la operación.

El recurso se interpone fundado dentro del plazo de quince días de la notificación de la Resolución (art. 53) y se concede con efecto devolutivo.

La Cámara Federal, en el caso comentado, entiende que el artículo 52 no es *númerus clausus* y, por lo tanto, puede apelarse judicialmente cualquier resolución que cause gravamen a quien tenga interés legítimo. Por lo tanto, se podría apelar también la resolución que aprueba, sin condicionamientos, una operación de concentración. Este recurso obviamente será interpuesto por un tercero que está interesado en frustrar la operación, como era el caso de ISENBECK en la fusión llevada a cabo entre Brahma y Quilmes.

Ahora bien, si es que la resolución sólo es notificada a las partes, es decir, las empresas notificantes, ¿puede recurrir la misma un tercero que no fue parte en el proceso?

La Cámara da a entender que sí. Para ello debería el tercero interesado apersonarse en el expediente y pedir le sea notificado el dictamen de la concentración. Sin embargo, hay que recordar que este tercero que no pudo tener acceso al expediente —no era parte— ni a las pruebas obrantes en el mismo tiene un plazo de quince días para preparar y fundar su recurso.

Por otra parte, si el dictamen y la resolución consecuente no le son notificados a los terceros, nunca comenzaría a correrles el plazo para apelar a estos terceros. Nada hay previsto en la ley respecto del recurso de terceros interesados.

Así las cosas, *entendemos que todo este vacío legal debería llenarse por la futura actualización de la legislación mercantil*, en salvaguarda de un equilibrio de los intereses en pugna (empresas que pretenden concentrarse, sus competidores y los consumidores), estableciendo pautas que permitan difundir *erga omnes* la resolución —publicación en el B.O., por ejemplo— y la suspensión del plazo para recurrir hasta tanto se conceda vista de las actuaciones al recurrente que

lo peticionara (solución adoptada para el procedimiento administrativo nacional que no es aplicable en la CNDC)⁹⁹.

Otra opción sería la de impugnar la concentración mediante una acción judicial dirigida contra la empresa notificante. En ese caso habría que determinar cuál sería el juez competente:

- ¿Es el juez federal del domicilio de la empresa demandada?
- ¿Es el juez con competencia en lo Comercial?

Parte de la Doctrina se inclina a pensar que sería el juez federal para preservar la unidad del fuero con la Cámara que interviene en materia recursiva. Sin embargo no existe previsión en la ley¹⁰⁰, *la que también debería ser atendida por la futura actualización legislativa*.

Finalmente, tal como hemos señalado con anterioridad, nada impide que de una fusión o concentración autorizada se deriven actos o conductas contrarias al artículo 1.º de la ley (conductas anticompetitivas o abusivas de la posición dominante adquirida como consecuencia de la fusión o concentración). En este caso cualquier persona puede denunciar las conductas anticompetitivas por ante la CNDC.

El Organismo de aplicación, en caso de denuncia, no debe ya juzgar la estructura del mercado existente luego de la fusión —sobre lo cual hay cosa juzgada— sino la conducta de la empresa en cuestión que se apoya en la estructura supuestamente oligopólica.

Esta última solución, es decir, batallar nuevamente en la Comisión aunque esta vez en un procedimiento de investigación de conductas; entendemos que es la opción que mejor garantiza al tercero competidor la protección de sus derechos.

Aquí ya habrá un proceso en el cual se puede llegar, como consecuencia de detectar conductas ilícitas, al desmembramiento de la empresa fusionada.

Las conclusiones que deja el caso analizado, según MARTÍNEZ MEDRANO —a quien venimos siguiendo en el presente desarrollo— son las siguientes:

1. La Cámara Federal es competente para dictar una medida cautelar que incida sobre un expediente de la CNDC.
2. La CNDC debe conceder con efecto suspensivo los recursos cuando el dictado de la resolución se torne abstracta.
3. El artículo 52 que delimita las resoluciones apelables no es taxativo. Toda resolución que cause gravamen a una parte con interés legítimo es revisable por la justicia.

⁹⁹ Cfr. MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel, *La intervención de competidores en el procedimiento de control de fusiones y concentraciones empresarias*, L.L. 2003-E-321.

¹⁰⁰ Cfr. MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel, *La intervención de competidores en el procedimiento de control de fusiones y concentraciones empresarias*, L.L. 2003-E-321.

4. El artículo 42 de la ley es únicamente aplicable a los procedimientos de investigación de conductas y no a los trámites de autorización de concentraciones económicas.
5. El acto que aprueba una concentración puede ser impugnado por los terceros perjudicados en sede judicial.

Como se puede observar, la resolución de la Cámara preserva la celeridad que tienen los procedimientos para autorizar fusiones, y al mismo tiempo resguarda los derechos de los terceros para impugnar esos actos con posterioridad a la aprobación de la fusión.

Sin embargo, como hemos visto, la Ley 25.156 parece contener diversos «vacíos» que deberían subsanarse:

- (i) El artículo 42 no distingue si abarca tanto los procedimientos de autorización de concentraciones económicas cuanto los procedimientos de investigación de conductas llevados a cabo ante la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia:
 - En el precedente comentado, la falta de previsión legal en este sentido, dio lugar a un interesante debate que bien *podría ser analizado por el legislador de una futura actualización para determinar si amerita algún tipo de regulación específica que disipe dudas*.
- (ii) En el precedente comentado, la Cámara Federal entiende que el artículo 52 no es *númerus clausus* y —por lo tanto— puede apelarse judicialmente cualquier resolución que cause gravamen a quien tenga interés legítimo, razón por la cual, se podría apelar también la resolución que aprueba —sin condicionamientos— una operación de concentración por un tercero interesado; sin embargo, nada hay previsto en la ley respecto del recurso de este último:
 - Entendemos también que *este vacío legal debería llenarse por la futura actualización de la legislación mercantil*, estableciendo además pautas que permitan difundir *erga omnes* la resolución (para conocimiento de estos terceros), así como también, consagrando la suspensión del plazo para recurrir hasta tanto se conceda vista de las actuaciones al recurrente que lo peticionara.

En suma, el legislador de la futura actualización debiera tener en cuenta estas «lagunas» para despejarlas y establecer procedimientos claros para que los terceros hagan valer sus derechos; eliminando, así, las «dudas procesales y sustanciales» que MARTÍNEZ MEDRANO plantea de manera certera al comentar este precedente «ISENBECK» de la Cámara Federal Civil y Comercial.

Entendemos que, solo así, se lograría un *equilibrio* entre los diversos intereses en juego que asegure un mercado transparente, una competencia leal y una adecuada protección del consumidor; quien, reiteramos, es el beneficiario final de aquella transparencia y lealtad en el tráfico mercantil.

V. CONCLUSIÓN

En nuestra modesta opinión, si se quiere actualizar la legislación del Derecho Mercantil en la Argentina, es menester seguir los postulados de cada uno de los principios o ideas rectoras que hemos desarrollado a lo largo de las líneas precedentes.

No se trata de modernizar la legislación a cualquier precio.

Por el contrario, debe perseguirse como objetivo que la actualización de la normativa comercial tenga eficacia y se ajuste a las «reglas» que imperan en la realidad negocial.

Para ello, el autor de la ley debe actuar con un lenguaje simple, atendiendo de manera prioritaria a aquellos sectores del tráfico jurídico que claman por reglas nuevas y más claras que los rijan, sin olvidar que toda esa normativa debe respetar las directivas que emanan de la Constitución Nacional, que impone los pilares en torno a los cuales debe configurarse el nuevo y más moderno orden social económico argentino.

Así las cosas, esperamos con nuestro trabajo haber contribuido —humildemente— a establecer las *bases o premisas* necesarias que sirvan de guía para *aggiornare* el Derecho Comercial argentino.

RESUMEN

CONSTITUCIÓN NACIONAL.
CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL
DERECHO PRIVADO
CERTEZA JURÍDICA.
DESCODIFICACIÓN.
OPTIMIZACIÓN. PRIORIDAD

Si se quiere actualizar la legislación del Derecho Mercantil en la Argentina, es menester seguir los postulados de ciertos principios o ideas rectoras. No se trata de modernizar la legislación a cualquier precio. Por el contrario, debe perseguirse como objetivo que la actualización de la normativa comercial tenga eficacia y se

ABSTRACT

NATIONAL CONSTITUTION.
CONSTITUTIONALIZATION
OF PRIVATE LAW
LEGAL CERTAINTY.
DECODIFICATION.
OPTIMIZATION. PRIORITY

If Argentina's business legislation is to be updated, it is going to be necessary to follow the postulates of certain guiding ideas or principles. It should not be a matter of modernizing legislation at any price. No, one of the objectives ought to be for business legislation to be updated so that it is effective and observes the

ajuste a las «reglas» que imperan en la realidad negocial. Para ello, el autor de la ley debe actuar con un lenguaje simple, atendiendo de manera prioritaria a aquellos sectores del tráfico jurídico que claman por reglas nuevas y más claras que los rijan, sin olvidar que toda esa normativa debe respetar las directivas que emanan de la Constitución Nacional, que impone los pilares en torno a los cuales debe configurarse el nuevo y más moderno orden social económico argentino. En suma, deben tenerse en cuenta estas bases o premisas necesarias que aseguren la vigencia y efectividad del Derecho Comercial argentino actualizado.

«rules» real business uses. To do so, lawmakers should use simple language, and they should attend first of all to those sectors of trade that are clamouring for new laws and clearer ones. Yet lawmakers must never forget that all new legislation must respect the directives of the National Constitution, which erects the pillars on which the new, more modern Argentinean economic and social order must be built. In short, account must be taken of these necessary bases or premises that will ensure the legal force and effectiveness of the updated Argentinean business law.

(Trabajo recibido el 30-7-2013 y aceptado para su publicación el 31-7-2013)

Los secretos industriales en Derecho estadounidense

por

HÉCTOR DANIEL MARÍN NARROS

Doctor en Derecho

LLM en la University of California Berkeley

Abogado colegiado en Nueva York

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. REGULACIÓN DE LOS *TRADE SECRETS* EN ESTADOS UNIDOS.
- III. CONCEPTO DE SECRETO INDUSTRIAL Y SUS ELEMENTOS EN DERECHO ESTADOUNIDENSE:
 1. EL TIPO DE INFORMACIÓN PROTEGIDA.
 2. EL VALOR DE LA INFORMACIÓN.
 3. EL SECRETO O CONFIDENCIALIDAD.
 4. PRECAUCIONES RAZONABLES DE CONFIDENCIALIDAD.
- IV. NATURALEZA DE LOS SECRETOS INDUSTRIALES Y JUSTIFICACIÓN DE SU PROTECCIÓN.
- V. REFLEXIÓN SOBRE LOS INCUMPLIMIENTOS EN ESTA MATERIA Y SU RESOLUCIÓN.
- VI. POSIBLES LÍNEAS DE DEFENSA.
- VII. CONSECUENCIAS JURÍDICAS.
- VIII. ILUSTRATIVOS PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES:
 1. DU PONT DE NEMOURS POWDER & Co. v. MASLAND.
 2. E.I. DUPONT DE NEMOURS & Co. v. CHRISTOPHER.
 3. KEWANEE OIL Co. v. BICRON CORP.
 4. BONITO BOATS, INC. v. THUNDER CRAFT BOATS, INC.
 5. CHICAGO LOCK Co. v. FANBERG.
 6. MORTGAGE SPECIALISTS, INC. v. DAVEY.

IX. CONCLUSIONES SOBRE SECRETOS INDUSTRIALES.

X. BIBLIOGRAFÍA.

XI. JURISPRUDENCIA COMENTADA.

I. INTRODUCCIÓN

Los secretos industriales, conocidos como *trade secrets* en Estados Unidos, tienen una amplia aplicación práctica a pesar del gran desconocimiento que hay sobre los mismos¹. De hecho, se puede observar cómo en la mayoría de manuales o libros generales de propiedad intelectual e industrial, los diversos autores, ya sea de nuestro ordenamiento², de otros ordenamientos *Civil Law*³ o incluso de *Common Law*⁴, no hacen alusión a los *trade secrets*. Lo cual es especialmente sorprendente si se piensa que seguramente el ejemplo más famoso de un secreto industrial sea la fórmula exacta de la Coca Cola⁵, con el evidente impacto económico que ha tenido durante más de cien años y sigue teniendo en la actualidad. Así esta relativa falta de interés, y a veces incluso de regulación no empece a que prácticamente cualquier negocio sea susceptible de tener un secreto industrial que pueda tener la correspondiente protección jurídica⁶.

¹ Cfr. POSNER, Richard A. y LANDES, William A., *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts-Londres, 2003, pág. 354. En algunos manuales estadounidenses en la materia no se analizan de manera individualizada, sino solamente de forma tangencial. Vid. MILLER, A. R. y DAVIS, M. H., *Intellectual Property. Patents, Trademarks and Copyright*, Thomson, USA, 2007.

² Vid. BAYLOS MORALES, María y otros, *Tratado de Propiedad Industrial. Propiedad Industrial. Propiedad Intelectual. Derecho de la Competencia Económica. Disciplina de la Competencia Desleal*, 3.ª ed., Civitas, Madrid, 2009, pág. 437; RUIPÉREZ AZCÁRATE, Clara y otros, *Cuestiones actuales de la Propiedad Intelectual*, Reus, Madrid, 2010; JIMÉNEZ SAVURIDO, Cristina y otros, *Propiedad Industrial y Competencia Desleal*, Comares, Granada, 2001; LEMA DEVEESA, Carlos y otros, *Propiedad Industrial y Competencia Desleal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

³ En Derecho francés, vid. SCHMIDT-SZALEWSKI, Joana y PIERRE, Jean-Luc, *Droit de la propriété industrielle*, 4.ª ed., Litec, París, 2007. Aunque algún autor trata el concepto de *know-how* (*savoir-faire*). Vid. BINCTIN, Nicolas, *Droit de la Propriété Intellectuelle*, LGDJ, París, 2010, págs. 345 a 356.

⁴ Respecto al Derecho inglés, vid. COLSTON, Catherine y MIDDLETON, Kirsty, *Modern Intellectual Property Law*, 2.ª ed., Cavendish Publishing, Londres, 2005. Otros tratan exclusivamente su vertiente del incumplimiento del deber de confianza. Vid. BAINBRIDGE, David, *Intellectual Property*, 4.ª ed., Financial Times Pitman Publishing, Londres, 1999, págs. 285 y sigs.; SHERMAN, Brad y BENTLY, Lionel, *Intellectual Property Law*, 3.ª ed., Oxford University Press, Nueva York, 2009, págs. 1003 y sigs.

⁵ Vid. BLAIR, Roger D. y COTTER, Thomas, F., *Intellectual Property. Economic and Legal Dimensions of Rights and Remedies*, Cambridge University Press, Nueva York, 2005, pág. 25; HUNTER, D., *Intellectual Property*, Oxford University Press, Nueva York, 2012, pág. 184.

⁶ Cfr. HUNTER, D., *op. cit.*, págs. 190 y sigs.

Esta figura está escasamente regulada tanto a nivel internacional⁷ como en nuestro ordenamiento. Así, en nuestro Derecho podríamos destacar el artículo 13 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal o el precepto 199 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Sin embargo, se puede constatar cómo en los dos artículos citados se establecen una serie de consecuencias jurídicas aplicables a un concepto que no está definido: el secreto industrial. Por ello, el objeto de este artículo es esclarecer la noción del mismo que se suele utilizar en Estados Unidos, así como realizar un análisis de la protección que a esta institución se dispensa. Aspectos que pueden ser especialmente interesantes y relevantes, por cuanto gran parte de los temas tratados en este estudio parece que podrían ser incorporados y aplicados al Derecho español.

II. REGULACIÓN DE LOS *TRADE SECRETS* EN ESTADOS UNIDOS

En primer lugar habría que decir que la competencia sobre los secretos industriales es estatal, lo cual ha originado la concurrencia de 47 regulaciones diferentes que se basan generalmente en la *Uniform Trade Secrets Act*⁸ (en lo sucesivo, «UTSA»)⁹. No obstante, tales normas estatales también se basan en otras dos fuentes principales¹⁰: el *Restatement (third) of unfair competition*¹¹ (en lo sucesivo, «RUC»), y el *Restatement of Torts*¹² (en adelante, «RT»).

Las fuentes citadas se las conoce como fuentes secundarias y son emitidas por la *National Conference of Commissioners on Uniform State Law*¹³ con la finalidad de servir de potencial modelo unificador para los legisladores estatales¹⁴.

⁷ Cfr. BLAIR, Roger D. y COTTER, Thomas, F., *op. cit.*, pág. 23, comentando que tanto el tratado NAFTA (el de libre comercio de América del Norte) como los TRIPs (tratados relativos a la propiedad intelectual), contienen un artículo sobre los secretos industriales. En este sentido, puede observarse como el § 34 GATT TRIPS contiene una definición de *trade secret* similar a la expuesta en este análisis. Vid. *infra* apartado III.

⁸ Que se podría traducir como la Ley Uniforme de Secretos Industriales. Esta norma se acordó en 1979, aunque fue modificada en 1985. Esta última versión es la que se tiene en cuenta a efectos de este artículo.

⁹ Cfr. BLAIR, Roger D. y COTTER, Thomas, F., *op. cit.*, pág. 23; HUNTER, D., *op. cit.*, págs. 184 y 189, entre otras.

¹⁰ Cfr. POOLEY, James, *Trade Secrets Coursebook*, núm. 520, Spring 2009, USA, págs. 8 y 9; HUNTER, D., *op. cit.*, págs. 189 y 190.

¹¹ Que podría traducirse de manera no literal como la norma de Derecho de la competencia desleal, emitida en 1995.

¹² Cuya traducción no literal sería norma de responsabilidad extracontractual, aprobada en 1939.

¹³ Que podría traducirse como Conferencia Nacional de Comisionados en Derecho estatal uniforme.

¹⁴ Cfr. FLETCHER P., George y SHEPPARD, Steve, *American Law in global context. The Basics*, Oxford University Press, Nueva York, 2005, pág. 421; POOLEY, James, *op. cit.*, pág. 9.

A estos efectos es interesante señalar que parte de la doctrina entiende que las reclamaciones sobre los secretos industriales suelen producirse cuando no es aplicable otra normativa contra el tercero presunto infractor, que no está vinculado por un contrato con el titular, ni le vincula un deber de lealtad según la noción del mismo en *Common Law*¹⁵.

De la misma manera habría que recalcar que la vulneración de un secreto industrial puede motivar la infracción de otras normas¹⁶. Asimismo es importante tener en cuenta que la protección de los *trade secrets* puede coincidir en determinadas ocasiones con el ámbito de aplicación de la normativa de patentes¹⁷, derechos de autor¹⁸ o incluso el Derecho del trabajo¹⁹. En esos supuestos de conflicto con la regulación de derechos de autor y patentes, no podemos olvidar que en virtud de los pronunciamientos previos del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, la regulación de patentes no prevalece sobre la regulación estatal de los secretos industriales, puesto que esta última protección es distinta y más débil que la primera²⁰.

A su vez, en el caso de conflicto con la normativa laboral²¹, no se puede olvidar el derecho de los empleados a trabajar en el sector o profesión que han

¹⁵ Que en concreto se llama *fiduciary duty*, aunque por el contenido jurídico parece que una traducción acertada podría ser deber lealtad.

¹⁶ Sin perjuicio de que la apropiación de un secreto industrial pueda suponer la vulneración de alguna normativa federal, como los *Federal Wire and Mail Fraud statutes* (18 USCA §§ 1341, 1343) o el *National Stolen Property Act* (18 USCA § 2314). Esta regulación no contiene definiciones de los secretos industriales y sus incumplimientos son tangenciales e independientes con la vulneración de la normativa estatal analizada en este estudio. Razón por la cual no serán tratados en este artículo.

¹⁷ Vid. *Patent Act* de 1952, 35 USC, con sus posteriores modificaciones. Cfr. *Kewanee Oil Co. v. Bicron Corp.*; MILLER, A. R. y DAVIS, M. H., *op. cit.*, págs. 153 y 154; POOLEY, James, *op. cit.*, págs. 90 y sigs.

¹⁸ Vid. *Copyright Act* de 1976, 17 USC, con sus posteriores modificaciones.

¹⁹ Cfr. HUNTER, D., *op. cit.*, pág. 197; POOLEY, James, *op. cit.*, págs. 157 y sigs.

²⁰ Cfr. MILLER, A. R. y DAVIS, M. H., *op. cit.*, págs. 153 y 154; BLAIR, Roger D. y COTTER, Thomas, F., *op. cit.*, pág. 7; POSNER, Richard A. y LANDES, William A., *op. cit.*, págs. 360. Aunque la normativa estatal no puede prohibir la producción, puesto que dicho objeto entra dentro del ámbito de aplicación de la regulación de patentes. Además de los autores citados, cfr. *Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc.* Aunque este pronunciamiento parece que ha sido revocado por la *Vessel Hull Design Protection Act*, lo cual motivaría que el razonamiento aplicado en la sentencia comentada no fuera aplicable. No obstante, la doctrina no alcanza conclusiones definitivas al respecto, ya que de momento no ha habido pronunciamiento alguno sobre la constitucionalidad de dicha ley. Cfr. MILLER, A. R. y DAVIS, M. H., *op. cit.*, pág. 154. No obstante, no puede olvidarse que la regla general es que la normativa federal prevalece sobre la estatal (FLETCHER P., GEORGE Y SHEPPARD, Steve, *op. cit.*, pág. 150; MILLER, A. R. y DAVIS, M. H., *op. cit.*, pág. 427; *McCulloch v. The State of Maryland et al.*).

²¹ Vid. *Rohm and Hass Co. v. Adco. Chemical Co., Ingersoll-Rand Co. v. Ciavatta, Gerald Banks v. Unisys Corporation*, POOLEY, James, *op. cit.*, págs. 159 y sigs.

escogido²². En esos supuestos suele prevalecer dicho derecho²³, sin perjuicio de que se concedan formas de protección no absolutas, que permiten al trabajador desarrollar sus habilidades en otra empresa²⁴.

III. CONCEPTO DE SECRETO INDUSTRIAL Y SUS ELEMENTOS EN DERECHO ESTADOUNIDENSE

La principal definición es la contenida en el § 1(4) UTSA, según la cual *trade secret* es²⁵:

«Información, incluyendo una fórmula, patrón, compilación, programa, método, técnica o proceso que:

- (i) Tiene un valor económico independiente, actual o potencial, y que no es generalmente conocido, o no es fácilmente accesible de forma lícita, por otras personas que pueden obtener un valor económico de su comunicación o uso, y*
- (ii) Ha sido objeto de esfuerzos razonables atendiendo a las circunstancias para preservar su confidencialidad».*

De manera similar, en el § 39 RUC al respecto se dispone²⁶:

«Un secreto industrial es cualquier información que puede ser usada en la operación de un negocio o empresa y que es suficientemente valioso y secreto para implicar una actual o potencial ventaja económica sobre otros».

En el mismo sentido se pronuncian otras fuentes o normas como el § 757 del RT²⁷ o el § 3426.1(d) del Código Civil de California²⁸.

De las definiciones reproducidas, siguiendo a LANDES y POSNER²⁹, podemos concluir que un secreto industrial es una información que tiene valor comercial y que su poseedor ha tomado medidas para conservar la confidencialidad sobre

²² Cfr. HUNTER, D., *op. cit.*, págs. 190, 191 y 197. En normativa californiana, cfr. § 16600 *California Business and Professional Code*.

²³ Cfr. HUNTER, D., *op. cit.*, pág. 191.

²⁴ Vid. *General Electric Co. v. Sung, Pepsico, Inc. v. Redmond*.

²⁵ Traducción del autor.

²⁶ Traducción del autor.

²⁷ Vid. el comentario del § 757 del RT.

²⁸ Cuyo título se cita como *Uniform Trade Secrets Act* (§ 3426) y fue incorporado al Código Civil Californiano en 1984.

²⁹ Cfr. POSNER, Richard A. y LANDES, William A., *op. cit.*, pág. 354.

tal información. A continuación se abordan de manera más detallada cada uno de los elementos integrantes de los *trade secrets*.

1. EL TIPO DE INFORMACIÓN PROTEGIDA

Como previamente se ha expuesto, conforme al UTSA puede ser un secreto industrial una fórmula, un patrón, una compilación, un programa, un artefacto, un método, una técnica o un proceso³⁰. A este respecto ha indicado la doctrina que aunque la lista no es exhaustiva, ésta abarca todo el tipo de ideas o información que puede haber³¹. Se suelen poner como ejemplos de secretos industriales los distintos tipos de recipientes de comida o bebida, dibujos de diseños, planes de negocio, listas de clientes y proveedores³². En este sentido, se entiende que cualquier clase de información puede ser considerada como un *trade secret*, siempre y cuando se cumplan los requisitos de confidencialidad y de valor económico. Así, la verdadera limitación que señala la doctrina³³ y la jurisprudencia³⁴ al respecto son las habilidades profesionales generales de los empleados, las cuales no pueden ser calificadas como secretos industriales.

A este respecto, también hay que resaltar que la misma información puede ser objeto de patente o de secreto industrial³⁵. De hecho algunos autores entienden que existen al menos tres escenarios distintos donde puede resultar más interesante la protección mediante los *trade secrets* en vez de a través de patentes³⁶:

1. Cuando la publicidad de la información que implica la patente hace perder todo el valor a la misma³⁷.
2. Cuando el creador del secreto industrial piensa que el legítimo acceso al mismo tendrá lugar un periodo mayor que el de la protección de las patentes (20 años).

³⁰ Cfr. UTSA § 1 (4), en el que literalmente se dice: «*a formula, pattern, compilation, program, device, method, technique, or process*».

³¹ Cfr. HUNTER, D., *op. cit.*, pág. 190.

³² Cfr. BLAIR, Roger D. y COTTER, Thomas, F., *op. cit.*, pág. 23; POSNER, Richard A. y LANDES, William A., *op. cit.*, pág. 354. Aunque al respecto no podemos olvidar que en Derecho español las listas de clientes no se consideran un secreto industrial. Cfr. SSTs de 29 de octubre de 1999 y de 24 de noviembre de 2006.

³³ Cfr. HUNTER, D., *op. cit.*, pág. 190.

³⁴ Cfr. *Van Products Co. v. General Welding & Fabricating Co., Rohm and Hass Co. v. Adco. Chemical Co.*

³⁵ Cfr. BLAIR, Roger D. y COTTER, Thomas, F., *op. cit.*, pág. 7.

³⁶ Cfr. POSNER, Richard A. y LANDES, William A., *op. cit.*, págs. 356 y sigs., para los que la protección de la normativa de secretos industriales no es menor, sino simplemente diferente, complementando la regulación de patentes. Cfr. BLAIR, Roger D. y COTTER, Thomas, F., *op. cit.*, pág. 145.

³⁷ Cfr. POSNER, Richard A. y LANDES, William A., *op. cit.*, pág. 356, utilizando un ejemplo ilustrativo, que no práctico, porque no se ajusta al concepto de patente: una lista de clientes.

3. Cuando el titular estima que no es patentable, pero piensa que los competidores tardarán tanto tiempo en descubrirlo que le resulta más provechoso mantenerlo en secreto. En este sentido se suele poner el ejemplo de la Coca Cola.

En estos casos, la doctrina entiende que la protección de los secretos industriales suplementa al de las patentes, promoviendo la interiorización de los beneficios de la innovación y promoviendo la producción de la misma³⁸. Aunque no podemos olvidar que como señalan LANDES y POSNER³⁹, ambas normas se complementan mutuamente. Por ello estos autores⁴⁰ resaltan que una regulación no es mejor que la otra, comentando los perjuicios que puede tener la protección mediante una patente, como el hecho de que la publicación de la misma informe a los competidores como poder (tecnológicamente) infringirla, el alto coste de los litigios de patentes, el elevado número de resoluciones que en casos de patentes entienden que las mismas son inválidas, el relativo alto coste fijo que supone la solicitud de una patente (que puede no compensar cuando el valor de la misma sea modesto⁴¹). De hecho, este sector doctrinal⁴² indica que los resultados de las encuestas señalan que la protección mediante los secretos industriales es preferida en relación con las patentes.

Sin embargo, ambos mecanismos de protección no pueden concurrir⁴³, ya que no se puede patentar un invento tras el periodo de gracia concedido por la norma. En consecuencia, transcurrido dicho plazo la opción por uno u otro medio es irreversible⁴⁴. Además, el objeto de las patentes puede hacerse público a los dieciocho meses de la solicitud de la misma, salvo que el solicitante certifique no ha instado la patente en un país que siga esa regla⁴⁵.

A este respecto también es interesante comentar que en Derecho estadounidense, a diferencia de otros ordenamientos, se permite a quien se ha apropiado

³⁸ Cfr. BLAIR, Roger D. y COTTER, Thomas, F., *op. cit.*, pág. 145.

³⁹ Cfr. *op. cit.*, pág. 371. Y es que la normativa de patentes no puede adaptarse a cada caso para proporcionar la protección económica y jurídica que tendría más sentido. Cfr. POSNER, Richard A. y LANDES, William A., *op. cit.*, pág. 359. En este sentido, estos autores indican que si bien los secretos industriales incentivan la duplicación, las patentes la desincentivan. Como consecuencia de lo anterior se postula que los *trade secrets* promueven el correcto resultado social, puesto que cuanto más vaya reduciéndose el valor del secreto industrial, mayor será la probabilidad de que se duplique. Cfr. *op. cit.*, pág. 361.

⁴⁰ Cfr. POSNER, Richard A. y LANDES, William A., *op. cit.*, pág. 357.

⁴¹ Al respecto estos autores señalan que en el caso de las patentes siempre hay que incurrir en el gasto fijo, mientras que con los secretos industriales únicamente se desembolsan los costes si el valor del mismo así lo aconseja porque incentiva su indebida apropiación. Cfr. POSNER, Richard A. y LANDES, William A., *op. cit.*, pág. 357.

⁴² Cfr. POSNER, Richard A. y LANDES, William A., *op. cit.*, pág. 359.

⁴³ Cfr. BLAIR, Roger D. y COTTER, Thomas, F., *op. cit.*, pág. 2.

⁴⁴ Cfr. POSNER, Richard A. y LANDES, William A., *op. cit.*, pág. 361.

⁴⁵ Cfr. 35 U.S.C. § 122(b), POSNER, Richard A. y LANDES, William A., *op. cit.*, pág. 362.

legítimamente de un secreto industrial de otro patentar el mismo, con la consecuencia de que se prohíbe al primer inventor su uso⁴⁶.

2. EL VALOR DE LA INFORMACIÓN

Sin perjuicio de lo previamente comentado, la información necesita tener un valor para ser considerada un secreto industrial⁴⁷. Sobre este elemento hay una cierta discrepancia entre lo dispuesto en el RT y el UTSA. En el primero se requiere que se obtenga una ventaja sobre los competidores⁴⁸, mientras que en el segundo se exige que tenga un valor económico independiente, ya sea actual o potencial. Al respecto parece acertado el comentario de la doctrina⁴⁹, de que la concepción seguida en el UTSA es más amplia que la contenida en el RT, puesto que puede contener algunos supuestos no incluidos en este último, como por ejemplo la información no relacionada con el negocio siempre que ésta tenga un valor económico independiente, un negativo *know-how* o información de un uso, como los términos contenidos en un acuerdo societario.

Desde un punto de vista económico, POSNER y LANDES⁵⁰ han postulado que cuanto más tiempo conlleva el duplicar un secreto industrial mayor es su valor social. Aspecto que, aunque difiere de la concepción de ventaja competitiva o de valor económico para el titular, parece que también se puede tener en cuenta para determinar la concurrencia de este elemento.

3. EL SECRETO O CONFIDENCIALIDAD

De manera general puede decirse que la existencia de un secreto industrial requiere que éste no sea conocido por el público en general. Aunque este elemento es diferente según se aplique el RT o el UTSA. Así, en el primer caso, el hecho de que el secreto industrial sea conocido por terceros invalida la existencia del mismo. Sin embargo, en el caso del UTSA se exige que la información sea fácilmente accesible a las personas que trabajan en ese negocio o dentro de ese

⁴⁶ Cfr. *W.L. Gore & Associates v. Garlock, Inc.*, POSNER, Richard A. y LANDES, William A., *op. cit.*, págs. 361 y 362. En los otros ordenamientos generalmente se crea un duopolio entre el primer inventor y quien obtiene la patente. Esta solución «extranjera» ha sido considerada por los mencionados autores como preferible a nivel económico, puesto que no desincentiva el utilizar la vía de los secretos industriales (al permitir su uso si lo patenta un tercero), compensa a ambos inventores (no como la solución americana que recompensa en exceso a quien patenta) y crea competencia mediante el duopolio, lo que debería abaratar los precios para los consumidores.

⁴⁷ Cfr. HUNTER, D., *op. cit.*, págs. 191 y 192.

⁴⁸ Cfr. BLAIR, Roger D. y COTTER, Thomas, F., *op. cit.*, pág. 23.

⁴⁹ Cfr. HUNTER, D., *op. cit.*, pág. 192.

⁵⁰ Cfr. *op. cit.*, pág. 359.

sector. Un ejemplo de ese fácil acceso lo encontramos en la Sentencia *Mason v. Jack Daniel Distillery*, respecto a la Limonada Lynchburg, sobre la que se concluyó que un coctelero experimentado podía conocer su composición con solo saborearlo una vez.

En cualquier caso, no es necesario que el secreto de la información sea absoluto. Aunque, como señala la doctrina⁵¹, hay unos ciertos límites prácticos, sino numéricos, respecto a la cantidad de personas que pueden tener conocimiento del mismo. En este sentido, es evidente que cuanto más extendido sea el secreto industrial, más difícil será sostener su existencia. A su vez es importante indicar que cuando un *trade secret* ha dejado de ser confidencial pasando a formar parte del dominio público, su protección jurídica decae con independencia del modo en que se ha hecho público⁵².

Por otro lado, es interesante indicar a estos efectos que el hecho de que algunos elementos del *trade secret* sean conocidos no impide que la combinación de los mismos constituya un secreto industrial, siempre que dicha combinación suponga una ventaja respecto del resto de los competidores⁵³.

Sin perjuicio de lo anterior, no hay que olvidar que este elemento de la confidencialidad hay que ponerlo en relación con la necesidad de adoptar unas precauciones razonables⁵⁴ para mantener el secreto. Aspecto que a continuación se trata.

4. PRECAUCIONES RAZONABLES DE CONFIDENCIALIDAD

Debido a que el secreto industrial no necesita ser absolutamente desconocido por terceros, se requiere que la comunicación y conservación del mismo se realice conforme a unas precauciones razonables como firmar acuerdos de confidencialidad con empleados, proveedores o potenciales socios, que la comunicación se haga cuando hay necesidad de ello⁵⁵, controlar el acceso a la información dentro de las instalaciones, limitar el número de empleados que tienen acceso a dicha información⁵⁶...

Por lo tanto, el ordenamiento exige al titular que haya empleado algún dinero en proteger su secreto industrial para que el mismo pueda ser amparado por la regulación⁵⁷. Es decir, que adopte algunas precauciones razonables sin que se

⁵¹ Cfr. HUNTER, D., *op. cit.*, pág. 191.

⁵² Cfr. *DVD Copy Control Ass'n v. Bunner*.

⁵³ Cfr. *Anaconda Co. v. Metric Tool & Die Co.*, *Rohm and Hass Co. v. Adco. Chemical Co.*

⁵⁴ En inglés *reasonable precautions*, llamándose a veces al proceso *fencing*. Cfr. HUNTER, D., *op. cit.*, pág. 193.

⁵⁵ Conocido habitualmente como *on need to know basis*.

⁵⁶ Cfr. HUNTER, D., *op. cit.*, pág. 193.

⁵⁷ Cfr. BLAIR, Roger D. y COTTER, Thomas, F., *op. cit.*, pág. 26; HUNTER, D., *op. cit.*, pág. 194.

requiera que incorpore todas las medidas posibles⁵⁸. Así, en este ordenamiento la exitosa apropiación indebida intencionada de un *trade secret* sobre el que no se había adoptado ninguna medida de protección no es sancionable⁵⁹. Y es que según algunos autores⁶⁰, los terceros no pueden saber si se encuentran ante un secreto industrial si no se implementan medidas de protección, y por ende, en caso de no implementarse dichas precauciones, los terceros no pueden saber si están incumpliendo la normativa.

La determinación de qué precauciones son razonables a estos efectos dependen en gran medida de los hechos concretos y del contexto particular⁶¹. En cualquier caso, siguiendo a parte de la doctrina⁶², parece acertado sostener que cuánto más valioso es el secreto industrial, mayores tendrían que ser las medidas de confidencialidad. Lo cual, también lleva aparejado conforme a algunos autores⁶³, que la protección de los *trade secrets* evite un gasto social inútil para la defensa de dichos derechos individuales⁶⁴. Asimismo, es interesante comentar que algún sector doctrinal⁶⁵ considera que los tribunales tienen en cuenta el incentivo económico, prohibiendo solo las apropiaciones sobre secretos industriales con costosas medidas de confidencialidad, que lógicamente serán aplicadas cuando el valor de la información así lo aconseje.

Desde una aproximación económica, POSNER y LANDES⁶⁶ entienden que es improbable que los gastos públicos y privados de protección de los secretos industriales sean complementarios. Así, las empresas tienen que adoptar unas mínimas precauciones con independencia de la protección legal. Aunque estos autores sí reconocen que una mayor disuasión de las apropiaciones indebidas debido a la protección legal reducen el coste de las empresas en ese sentido.

IV. NATURALEZA DE LOS SECRETOS INDUSTRIALES Y JUSTIFICACIÓN DE SU PROTECCIÓN

Como se ha explicado anteriormente⁶⁷, los secretos industriales son una información valiosa que es protegida por el ordenamiento cuando tiene un va-

⁵⁸ Cfr. POSNER, Richard A. y LANDES, William A., *op. cit.*, pág. 369, *E.I. Du Pont de Nemours Powder Co. v. Christopher*.

⁵⁹ Cfr. *Rockwell Graphic Systems, Inc. v. DEV Industries, Inc., Pioneer hi-Bred International v. Holden Foundation Seeds, Inc.*; POSNER, Richard A. y LANDES, William A., *op. cit.*, págs. 368 y 369.

⁶⁰ Cfr. POSNER, Richard A. y LANDES, William A., *op. cit.*, págs. 368 y 369.

⁶¹ Cfr. HUNTER, D., *op. cit.*, pág. 194.

⁶² Cfr. POSNER, Richard A. y LANDES, William A., *op. cit.*, pág. 357.

⁶³ Cfr. BLAIR, Roger D. y COTTER, Thomas, F., *op. cit.*, pág. 146.

⁶⁴ Cfr. BLAIR, Roger D. y COTTER, Thomas, F., *op. cit.*, pág. 26.

⁶⁵ Cfr. BLAIR, Roger D. y COTTER, Thomas, F., *op. cit.*, pág. 146.

⁶⁶ Cfr. POSNER, Richard A. y LANDES, William A., *op. cit.*, pág. 367.

⁶⁷ Vid. *supra* apartado III.

lor económico y el poseedor de la misma ha tomado medidas para proteger su secretismo⁶⁸.

Tal configuración implica que el *trade secret* tiene una naturaleza mixta de propiedad⁶⁹ y de responsabilidad extracontractual⁷⁰, que es tenida en cuenta por los tribunales a la hora de resolver controversias sobre los secretos industriales⁷¹. Especialmente en el sentido del importante papel que juegan la moralidad y los usos comerciales en este tipo de litigios⁷². Lo cual ha sido objeto de cierta crítica por parte de la doctrina, porque en muchos casos eso supone que el juez aplique su propia concepción moral con justificaciones posteriores basadas en el comportamiento de las partes⁷³.

A su vez, como consecuencia de la configuración que tienen los *trade secrets*, hay que tener en cuenta que tienen una potencial duración indefinida (puesto que cuando deje de ser secreto ya no tiene protección alguna)⁷⁴. Por ello, es habitual que en esta clase de procesos las vistas no sean públicas, ya que tiene que preservarse la confidencialidad para que el secreto industrial siga existiendo⁷⁵.

Asimismo es relevante señalar que varias partes pueden ser titulares de un mismo secreto industrial, aunque es lógico que cada una tenga su propia versión. En este sentido conviene recordar que el ordenamiento no dispensa una protección en forma de monopolio como sucede con las patentes⁷⁶. Al crearse, desarrollarse y explotarse los secretos industriales de manera confidencial, varias partes pueden haber creado y desarrollado un mismo o similar *trade*

⁶⁸ Cfr. POSNER, Richard A. y LANDES, William A., *op. cit.*, pág. 354; HUNTER, D., *op. cit.*, pág. 184.

⁶⁹ Cfr. *Carpenter v. United States*, y POSNER, Richard A. y LANDES, William A., *op. cit.*, págs. 354 y 355.

⁷⁰ Cfr. HUNTER, D., *op. cit.*, págs. 188 y 189.

⁷¹ Respecto a una concepción cercana a la propiedad, vid. *Ruckelhaus v. Monsanto Co.* En cuanto a una perspectiva más próxima a la responsabilidad extracontractual («tort»), vid. *E.I. Du Pont de Nemours Powder Co. v. Masland*.

⁷² Cfr. HUNTER, D., *op. cit.*, págs. 185, 186, 195, *E.I. Du Pont de Nemours Powder Co. v. Christopher*.

⁷³ Cfr. HUNTER, D., *op. cit.*, pág. 201. De hecho este autor se plantea la conveniencia de una reforma de la regulación y entiende que la misma no se ha producido por la falta de interés público sobre esta materia. Cfr. *op. cit.*, pág. 202.

⁷⁴ Cfr. BLAIR, Roger D. y COTTER, Thomas F., *op. cit.*, págs. 24 y 25; HUNTER, D., *op. cit.*, págs. 187 y 198, y POSNER, Richard A. y LANDES, William A., *op. cit.*, págs. 357 y 358, que comentan que tal duración indefinida no es determinante para optar por la protección como un secreto industrial, puesto que el inicio comercial (*headstart*), la curva de aprendizaje (*learning-curve*) y la marca, pueden proporcionar al primer inventor una duradera ventaja competitiva aunque no esté protegido frente a la duplicación. Un ejemplo que suele emplearse al respecto es el colutorio Listerine.

⁷⁵ Cfr. HUNTER, D., *op. cit.*, pág. 202.

⁷⁶ Cfr. POSNER, Richard A. y LANDES, William A., *op. cit.*, pág. 355.

*secret*⁷⁷. A este respecto es importante tener en cuenta que en el ordenamiento estadounidense se ha considerado como un derecho relevante el poder realizar ingeniería inversa para incentivar el progreso económico⁷⁸. Lo cual puede tener la consecuencia negativa que indica parte de la doctrina: los titulares cuyos secretos industriales se encuentran en los productos que venden al público están expuestos a un mayor riesgo de que se descubran, con la consecuente mayor probabilidad de perderlos⁷⁹.

De la naturaleza expuesta puede constatarse cómo hay una doble motivación para proteger los *trade secrets* por el ordenamiento: la utilitaria y la moral.

Así, conforme a la primera, se intenta incentivar la creación de secretos industriales mediante el estímulo económico que puede suponer los beneficios que la protección del mismo proporciona (en este sentido hay que recordar que la información protegida es valiosa económicamente, suponiendo en muchos casos una ventaja competitiva cuyo beneficio puede repercutir a la sociedad en general). Es decir, este criterio es el mismo que se emplea para justificar la protección de las patentes. Pero a diferencia de aquellas, en estos casos no se concede un monopolio, no hay formalidades ni intervención o control administrativo ni registros⁸⁰, la protección no está sujeta a un plazo y el objeto de la protección no termina siendo del dominio público, con el beneficio directo que para la sociedad en general supone. En contraprestación, la protección del secreto industrial se pierde cuando pasa al dominio público. Por eso este argumento tiene que complementarse con el moral⁸¹.

Por otro lado, desde un punto de vista moral, el ordenamiento busca reprimir la vulneración de la confianza o de los usos comerciales⁸². De la misma manera, desde una perspectiva económica es interesante destacar que la normativa de secretos industriales persigue establecer una solución equilibrada entre los intereses contrapuestos de los participantes del mercado. Aunque sobre tales intereses con carácter previo habría consenso: todos quieren poder acceder a la información de otros competidores y a la vez todos desean proteger la información propia de la que disponen. Por ello, esta regulación únicamente prohíbe las medidas más costosas de acceso, que se deben, en gran parte, a las precauciones razonables de confidencialidad⁸³.

⁷⁷ Cfr. HUNTER, D., *op. cit.*, pág. 198.

⁷⁸ Cfr. *Chicago Lock Co. v. Fanberg*, HUNTER, D., *op. cit.*, págs. 199 y 200.

⁷⁹ Cfr. HUNTER, D., *op. cit.*, pág. 201.

⁸⁰ Cfr. BLAIR, Roger D. y COTTER, Thomas, F., *op. cit.*, pág. 24.

⁸¹ Cfr. HUNTER, D., *op. cit.*, págs. 187 y 188.

⁸² Cfr. HUNTER, D., *op. cit.*, págs. 186, 189 y 195.

⁸³ Cfr. POSNER, Richard A. y LANDES, William A., *op. cit.*, pág. 364. Vid. *Kewanee Oil Co. v. Bicron Corp.*, *Painton & Co. v. Bourns, Inc.*

V. REFLEXIÓN SOBRE LOS INCUMPLIMIENTOS EN ESTA MATERIA Y SU RESOLUCIÓN

Como comenta parte de la doctrina⁸⁴, el incumplimiento de la normativa de secretos industriales consiste en una apropiación indebida de los mismos⁸⁵. Ésta puede producirse como consecuencia de una adquisición indebida o por la divulgación, transmisión o uso del secreto industrial⁸⁶. La infracción descrita suele producirse de dos maneras: el demandado tenía (o debía conocer la existencia de) una obligación de confidencialidad que supuestamente ha incumplido, o el demandado ha conseguido la información mediante un comportamiento contrario a la moralidad impuesta por el ordenamiento⁸⁷. En este sentido, LANDES y POSNER⁸⁸ comentan que la apropiación es indebida cuando esta acarrea la comisión de otro hecho ilícito en *Common Law*.

Por ello, las vulneraciones de esta regulación suelen producirse en escenarios de antiguos trabajadores, socios o cuando un competidor intenta acceder a esa información de forma «inadecuada»⁸⁹. Algunos ejemplos que señala la doctrina⁹⁰ son la apropiación a través de antiguos empleados de competidores de listas de clientes o de planes secretos, espionaje comercial mediante detectives, examinar los cubos de basura de un competidor o antiguos socios que cada uno reclama la titularidad del mismo secreto industrial. De estos ejemplos podemos observar como la responsabilidad en muchos casos se podría reclamar en virtud de incumplimientos contractuales o de responsabilidad extracontractual al amparo del RT⁹¹. Para evitar las referidas infracciones, la doctrina⁹² ha sugerido adoptar algunas de las siguientes medidas: utilizar los secretos industriales en jurisdic-

⁸⁴ Cfr. HUNTER, D., *op. cit.*, págs. 184 y 194.

⁸⁵ Se emplea el término apropiación indebida como traducción de las expresiones *misappropriation* o *improper acquisition*, que son los términos utilizados por la normativa, la doctrina y los tribunales estadounidenses. Cfr. HUNTER, D., *op. cit.*, pág. 194.

⁸⁶ Cfr. HUNTER, D., *op. cit.*, pág. 194 y § 40 y sigs. RUC.

⁸⁷ Cfr. BLAIR, Roger D. y COTTER, Thomas, F., *op. cit.*, págs. 23 y 106; HUNTER, D., *op. cit.*, pág. 194. En este sentido, hay que resaltar que los usos comerciales vienen principalmente recogidos en el RUC, que sería el equivalente a nuestra Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, en cuyo artículo 13 se protegen los secretos industriales. A su vez, es interesante comentar que según el citado autor, generalmente no se analiza la posibilidad de una responsabilidad conjunta de los sujetos que han podido intervenir en la conducta de la apropiación indebida, considerándose a estos efectos toda responsabilidad como esencial. Por lo tanto, cualquier participación de un tercero es simplemente una manera de justificar la responsabilidad del demandado. Cfr. *op. cit.*, pág. 196.

⁸⁸ Cfr., *op. cit.*, pág. 356.

⁸⁹ Cfr. HUNTER, D., *op. cit.*, págs. 195 a 197. Este autor crítica que estos elementos ocasionalmente conducen a razonamientos vagos y confusos que mezclan los conceptos de confidencialidad, valor económico y medidas de protección del secreto industrial.

⁹⁰ Cfr. HUNTER, D., *op. cit.*, pág. 186.

⁹¹ Cfr. POSNER, Richard A. y LANDES, William A., *op. cit.*, pág. 355.

⁹² Cfr. POSNER, Richard A. y LANDES, William A., *op. cit.*, págs. 364 y 365.

ciones que protegen los *trade secrets*, pagar salarios elevados a los empleados que tienen acceso a los mismos para desincentivar el abandono de la compañía y las posibles filtraciones de los secretos industriales, dividir las tareas y el conocimiento de la información entre varios empleados, que los trabajadores que tengan acceso al *trade secret* sean familiares para tener más garantías de confidencialidad, establecer cláusulas de no competencia con los trabajadores. Ante estas situaciones, los tribunales estadounidenses suelen aplicar el test de los seis elementos recogido en el RT, que consiste en las siguientes seis preguntas⁹³:

1. ¿Cuán ampliamente es conocida la información reclamada como secreto industrial fuera del negocio del demandante?
2. ¿Quién dentro del negocio del actor conoce esa información?
3. ¿Qué medidas ha tomado el demandante para asegurarse que esa información permaneciera secreta?
4. ¿Cuán difícil sería para otros adquirir o duplicar el secreto industrial sin incumplimiento alguno?
5. ¿Cuán valiosa es la información para el demandante y sus competidores?
6. ¿Cuánto dinero ha gastado el actor en desarrollar o adquirir la información?

En cualquier caso, no se debe olvidar que como señala parte de la doctrina, muchas infracciones de secretos industriales se cometen en ámbitos privados donde son difíciles de detectar. Especialmente si nos encontramos ante *trade secrets* que versan sobre un proceso en vez de un producto. En consonancia con lo anterior, y porque en algunas ocasiones el valor del secreto industrial puede tener un valor esencial para el negocio del infractor (ocasionando que el daño real derivado de una sola infracción sea elevado), parte de la doctrina sostiene que debería incentivarse más la detección y protección de las patentes y los secretos industriales que los derechos de propiedad intelectual⁹⁴.

A su vez, se tiene que comentar que algún sector doctrinal descarta la posibilidad en la práctica de que la infracción de secretos industriales origine una responsabilidad en sentido estricto, puesto que si bien en teoría es posible que haya un caso de responsabilidad por transmisión accidental de un *trade secret*, en realidad la vulneración siempre derivará de un acto intencionado o negligente. En este sentido, esta corriente doctrinal indica que no ha encontrado ningún pronunciamiento judicial en el que se condene por un incumplimiento accidental de un secreto industrial⁹⁵. De hecho, algunos autores se han pronunciado claramente en contra de que una apropiación accidental pueda ser sancionada⁹⁶.

⁹³ Cfr. HUNTER, D., *op. cit.*, págs. 192 y 193.

⁹⁴ Cfr. BLAIR, Roger D. y COTTER, Thomas, F., *op. cit.*, pág. 80.

⁹⁵ Cfr. BLAIR, Roger D. y COTTER, Thomas, F., *op. cit.*, pág. 106.

⁹⁶ Cfr. POSNER, Richard A. y LANDES, William A., *op. cit.*, págs. 368 y 369.

VI. POSIBLES LÍNEAS DE DEFENSA

La doctrina⁹⁷ comenta que en general no hay argumentaciones defensivas positivas, pero sí negativas⁹⁸, en el sentido de que niegan la protección que pretende obtener el titular del supuesto secreto industrial. A este respecto la doctrina⁹⁹ identifica las siguientes:

1. Descubrimiento mediante una investigación independiente. En estos supuestos, el problema suele ser de prueba, puesto que hay que demostrar los previos experimentos y esfuerzos del demandado que han originado el mismo o similar secreto industrial. Esta excepción ha sido defendida por la doctrina por su sentido económico, al no conceder al secreto industrial una protección frente a terceros, sino solo sobre infractores que lo han adquirido indebidamente¹⁰⁰.
2. Descubrimiento por ingeniería inversa. A este respecto se debe recordar que la ingeniería inversa está también protegida en este ordenamiento¹⁰¹. En este sentido de manera interesante, POSNER y LANDES¹⁰² sostienen que el derecho a la ingeniería inversa es una mezcla de intereses sociales y privados.

Así, cuanto más barata es la ingeniería inversa, menor es la protección dispensada a los secretos industriales por la normativa¹⁰³. Aunque algún autor¹⁰⁴ ha sugerido que la ingeniería inversa debería prohibirse cuando ésta sea muy económica, porque en esos casos la confidencialidad no

⁹⁷ Cfr. HUNTER, D., *op. cit.*, pág. 199.

⁹⁸ Llamadas en inglés *negative defenses*. Cfr. HUNTER, D., *op. cit.*, pág. 199.

⁹⁹ Cfr. BLAIR, Roger D. y COTTER, Thomas, F., *op. cit.*, págs. 24 y 26; HUNTER, D., *op. cit.*, págs. 199 y sigs. Cfr. BLAIR, Roger D. y COTTER, Thomas, F., *op. cit.*, pág. 107.

¹⁰⁰ Cfr. POSNER, Richard A. y LANDES, William A., *op. cit.*, págs. 355 y 356, entre otras.

¹⁰¹ Cfr. *Semiconductor Chip Protection Act* (1984), 17 USC § 901 y 906 (para otra materia en la que se distingue la ingeniería inversa de la piratería en que la primera supone una inversión e innovación sustancial), *Chicago Lock Co. v. Fanberg y Kadant, Inc. v. Seeley Mach., Inc.*, POSNER, Richard A. y LANDES, William A., *op. cit.*, pág. 370, que además resaltan que la ingeniería inversa hace posible que el producto mejore o se desarrolle.

¹⁰² Cfr. *op. cit.*, págs. 365 y sigs. Para ello utilizan un ejemplo con el cumplimiento de las obligaciones de no competencia de los trabajadores en los Estados de California (*Silicon Valley*) y Massachusetts (*route 128* a las afueras de Boston). En el primero los tribunales son reacios a imponer la obligación de no competencia mientras que en el segundo no. Sin embargo, según estos autores parece que las empresas californianas no han optado por adoptar unas medidas defensivas del secreto industrial más caras que sustituyan a las cláusulas de no competencia. Este hecho les sugiere que se está produciendo una transmisión informal de los secretos industriales respecto a la cual las empresas están aparentemente de acuerdo. Y tal acceso contribuye al avance tecnológico, sin incurrir en los costes transaccionales de acuerdos de licencia, por lo que económicamente les parece más eficiente el sistema californiano.

¹⁰³ Cfr. POSNER, Richard A. y LANDES, William A., *op. cit.*, pág. 365.

¹⁰⁴ Cfr. POSNER, Richard A. y LANDES, William A., *op. cit.*, págs. 356 y sigs., criticando este postulado.

sería suficiente protección. Y es que, se ha sostenido¹⁰⁵ que desde una perspectiva económica, habría poca diferencia entre una ingeniería inversa muy económica y la piratería.

3. Descubrimiento por observación pública. Aunque cuando tal exposición es limitada, como en el caso de una conferencia comercial, no es suficiente con demostrar que la referida conferencia tuvo lugar, sino que además hay que probar que se estuvo presente en ella para poder acreditar el conocimiento lícito que se tiene del secreto industrial¹⁰⁶.
4. Descubrimiento por la literatura publicada.

VII. CONSECUENCIAS JURÍDICAS

Las principales formas de protección de los secretos industriales se traducen en la compensación de daños, la devolución de los beneficios¹⁰⁷, las medidas cautelares consistentes fundamentalmente en la prohibición de usar o transmitir, así como la declaración de prohibición de uso o divulgación en la correspondiente sentencia¹⁰⁸. Estas se pueden encontrar dentro del ámbito regulatorio previamente descrito: UTSA, RUC y RT principalmente¹⁰⁹.

Los tribunales estadounidenses no han aplicado una solución única a la compensación de daños. Así, algunos tribunales han optado por directamente prohibir al infractor de forma permanente el uso del secreto industrial¹¹⁰ y otros han entendido que hay que permitirle utilizarlo, pero abonando los daños o los beneficios obtenidos por su uso¹¹¹. Aunque parte de la doctrina sostiene que pueden indemnizarse ambos, el enriquecimiento injusto y los daños¹¹². Entre ambas alternativas, se postula la teoría del inicio comercial¹¹³, en virtud de la cual se abonan daños o se prohíbe el uso desde la apropiación indebida hasta

¹⁰⁵ Cfr. POSNER, Richard A. y LANDES, William A., *op. cit.*, pág. 370, pero como habitualmente es cara, el incentivo de aprovecharse del esfuerzo ajeno (*free riding*) se reduce.

¹⁰⁶ Cfr. *K-2 Ski Co. v. Head Ski Co., Inc.*

¹⁰⁷ Traducción no literal de la expresión *disgorgement of profits*.

¹⁰⁸ Cfr. HUNTER, D., *op. cit.*, pág. 198.

¹⁰⁹ Cfr. Miller, A. R. y Davis, M. H., *op. cit.*, págs. 426 y 427, que además indican que en algunos casos podría no aplicarse la acción prevista en la norma estatal por la prevalencia de la norma federal. Aunque según lo previamente expuesto, parece que tal prevalencia es difícil que entre en juego en estos supuestos de infracción de secretos industriales.

¹¹⁰ Cfr. *Shellmar Prods. Co. v. Allen-Qualley Co.*

¹¹¹ Cfr. *Conmar Prods. Corp. v. Universal Slide Fastener Co.*; BLAIR, Roger D. y COTTER, Thomas, F., *op. cit.*, págs. 74 y sigs.

¹¹² Cfr. BLAIR, Roger D. y COTTER, Thomas, F., *op. cit.*, pág. 25, siguiendo lo estipulado en la § 3(a) UTSA.

¹¹³ Traducción no literal del término *headstart*. Esta teoría es la que actualmente parece tener un mayor seguimiento.

que el secreto industrial se ha vuelto o debería haber sido público¹¹⁴. La idea es evitar que el infractor se beneficie de la vulneración del secreto industrial, pero no penalizarlo para siempre¹¹⁵. Otra alternativa comentada por la doctrina es conceder un *royalty* al titular del *trade secret* por la transmisión o uso indebido del secreto industrial¹¹⁶.

Asimismo, hay que resaltar que cuando la indebida apropiación es dolosa, tanto algunos autores¹¹⁷ como el UTSA¹¹⁸, sostienen que podría concederse una indemnización consistente en los daños punitivos, cuya cantidad no debería exceder el doble del perjuicio real y las costas procesales.

Otra posible consecuencia jurídica sería la protección mediante medidas cautelares. A estos efectos es interesante comentar que para la concesión de las medidas cautelares conocidas como *injunctive relief* o *provisional remedies*¹¹⁹, los tribunales exigen que se pruebe indiciariamente una apropiación indebida o una real amenaza de la misma¹²⁰.

En cualquier caso, siguiendo los postulados de POSNER y LANDES¹²¹, se puede concluir que económicamente no parece recomendable otorgar una mayor protección de la descrita mediante la normativa de secretos industriales.

VIII. ILUSTRATIVOS PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES

En los sistemas *Common Law* en general y en Estados Unidos en particular¹²², tienen especial relevancia las resoluciones judiciales. Por ello, y para concretar el contenido del concepto y la aplicación de los secretos industriales, se van a analizar con detalle las sentencias más conocidas y estudiadas en Estados Unidos sobre los mismos.

¹¹⁴ Cfr. *Winston Research Corp. v. Minnesota Mining & Mfg. Co.*

¹¹⁵ Cfr. HUNTER, D., *op. cit.*, pág. 198.

¹¹⁶ Cfr. BLAIR, Roger D. y COTTER, Thomas, F., *op. cit.*, pág. 25, siguiendo lo dispuesto en UTSA § 3(a) y (b) y RUC § 45.

¹¹⁷ Cfr. BLAIR, Roger D. y COTTER, Thomas, F., *op. cit.*, pág. 26.

¹¹⁸ Cfr. § 3(b) y RUC § 45 comentario i.

¹¹⁹ Vid. POOLEY, James, *op. cit.*, págs. 206 y sigs., *General Electric Co. v. Sung*.

¹²⁰ Cfr. UTSA § 2(b), RUC § 44, BLAIR, Roger D. y COTTER, Thomas, F., *op. cit.*, pág. 25.

¹²¹ Cfr. POSNER, Richard A. y LANDES, William A., *op. cit.*, págs. 367 y sigs. Al respecto estos autores enfatizan la paradoja del doble interés social que puede haber en una apropiación indebida de un secreto industrial. Así, esta beneficia puesto que se acabaría con un monopolio, y en teoría bajarían los precios; pero a su vez perjudica, ya que se han gastado inútilmente medios para proteger la información. Todo ello sin perjuicio del daño social que puede suponer amparar un comportamiento que si bien económicamente puede llegar a tener algún sentido, moralmente puede resultar completamente reprochable.

¹²² Vid. FLETCHER, George P. y SHEPPARD S., *op. cit.*, págs. 15 a 28, 132 a 149; *Marbury v. Madison*.

1. E.I. DU PONT DE NEMOURS POWDER & CO. V. MASLAND

Esta controversia la resolvió el famoso juez Holmes actuando como magistrado ponente del Tribunal Supremo estadounidense. La disputa se origina entre la empresa demandante y un antiguo empleado. La empresa actora sostiene que el antiguo trabajador pretende utilizar un secreto industrial relacionado con el procesado de la piel. El antiguo empleado reconoce que pretende dedicarse a ese negocio, pero alega que no está usando ni va utilizar ningún secreto industrial de la demandante. Además puntualiza que gran parte de la información que se sostiene que está protegida en realidad es ampliamente conocida en el comercio¹²³.

En primera instancia se adoptó una medida cautelar prohibiendo la transmisión de la información por la demandante a expertos o testigos mientras tenía lugar el acto del juicio. La única excepción contemplada era la comunicación a los abogados. Se planteó levantar la medida cautelar, pero se denegó en primera instancia y posteriormente se desestimó la correspondiente apelación.

El Tribunal Supremo confirmó el pronunciamiento de segunda instancia, dejando a discreción del juez de primera instancia las medidas que se deban adoptar para proteger la información que se alegaba que era confidencial.

Para ello el Tribunal Supremo entendió que la obligación de confidencialidad existía por la relación de confianza que había por la antigua vinculación laboral. Y que como consecuencia de ello se tenía que padecer las posibles cargas de esa antigua relación (como la obligación de confidencialidad), al igual que se han disfrutado de los eventuales beneficios.

Resulta especialmente interesante que en este pronunciamiento ya el Tribunal Supremo tratara de alejar la disputa del derecho de propiedad o el derecho a un juicio justo¹²⁴. Y ello porque con independencia de tales aspectos, la relación de confianza por la relación laboral que hubo justifica la imposición de la obligación de confidencialidad que fue adoptada como medida cautelar en primera instancia.

Por lo tanto, esta sentencia refleja muchos aspectos analizados en este artículo, como la tendencia a adoptar medidas cautelares en estos procesos¹²⁵, la vinculación de los secretos industriales con la relación de confianza¹²⁶ y cómo precisamente esa confianza puede justificar la protección que se dispensa al secreto industrial.

¹²³ Aquí podemos observar como ya en 1917 se mantenían las mismas estrategias de defensa que las comentadas en este artículo. Vid. *supra* apartado VI.

¹²⁴ Traducción del término *due process*.

¹²⁵ Vid. *supra* apartado VII.

¹²⁶ Vid. *supra* apartado IV.

2. E.I. DUPONT DE NEMOURS & CO. v. CHRISTOPHER

Este caso fue resuelto por el Tribunal Federal de Apelación del quinto circuito¹²⁷ aplicando la Ley tejana en virtud de la doctrina Erie¹²⁸. La cual también va a ser aplicable a alguno de los casos resueltos por tribunales federales que son analizados en este artículo¹²⁹.

En este litigio los demandados eran los fotógrafos Rolfe y Gary Christopher. Estos hermanos fueron contratados por un tercer desconocido para tomar fotos aéreas de la nueva planta en construcción del demandante, E.I. duPont de Nemours Co. en Beaumont. El 19 de marzo de 1969, dieciséis fotografías fueron tomadas y más tarde entregadas al tercero que los había contratado.

La empresa demandante empezó sus investigaciones cuando sus empleados informaron de haber visto un avión sobrevolando en círculo la planta. Aunque tales investigaciones no alcanzaron mayores resultados que identificar a los fotógrafos. Por ello iniciaron el pleito por la ilegítima apropiación de un altamente secreto pero no patentado proceso para producir metanol. Según el demandante este proceso les permitía tener una importante ventaja competitiva y les había supuesto una larga y costosa investigación. Asimismo, la parte actora enfatizaba que había adoptado importantes medidas para proteger el secreto, pero como la planta estaba en construcción, había determinadas partes del proceso que podían verse por encima de la zona de construcción. La ilegítima apropiación se habría producido mediante la toma de las fotografías no autorizadas. La demandante alegó que las fotografías podrían permitir a terceros experimentados descubrir el secreto industrial y por ello reclamó daños que ha sufrido por la revelación del mismo. Asimismo solicitó medidas cautelares prohibiendo la circulación de dichas fotografías, así como la toma de otras nuevas. Igualmente se reclamaba que se declarara como obligación permanente las medidas cautelares que se habían instado.

En primera instancia se denegaron las excepciones alegadas por los demandados y se les condenó a identificar al tercero al que le habían entregado las fotografías. La sentencia comentada resuelve precisamente la apelación sobre esa resolución de primera instancia. Es decir, el objeto del pleito era determinar si

¹²⁷ Para un mayor estudio de la distribución de los tribunales federales de apelación y de la organización del sistema judicial norteamericano, vid. GILSANZ USUNAGA, Javier, *El proceso civil estadounidense: la tutela cautelar*, Aranzadi, Navarra, 2010, págs. 50 y sigs.

¹²⁸ Doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, en virtud de la cual los tribunales federales en casos en los que las partes son de diferentes estados (*diversity citizenship*) aplican la legislación del estado donde se encuentra situado el tribunal. Vid. FLETCHER P., George y SHEPPARD, Steve, *op. cit.*, págs. 302 y sigs.; GILSANZ USUNAGA, Javier, *op. cit.*, pág. 83.

¹²⁹ Vid. *Chicago Lock Co. v. Fanberg*.

los hermanos Christopher no estaban obligados a identificar quien les contrató porque no hay secreto industrial que proteger.

En este sentido, es importante destacar que el tribunal comienza afirmando que es un caso de espionaje industrial de primera impresión donde el avión es la capa y la cámara la daga. Es decir, toda una declaración de intenciones.

La sentencia rechaza el argumento de los demandados de que es necesaria una actividad ilícita para que la apropiación sea ilegítima. Y es que en el presente caso no se había producido ninguna vulneración de normativa aérea, allanamiento de morada o un incumplimiento de una obligación de confidencialidad.

Para alcanzar esa decisión se apoya en el hecho que conforme a la Ley tejana de responsabilidad extracontractual¹³⁰, la apropiación indebida se podía cometer por cualquier medio sin estar limitado a una lista de supuestos¹³¹.

El principal argumento es que los tribunales deben imponer unos cánones morales comerciales elevados aunque el descubrimiento de la información sea obvio y la simple experimentación con factores conocidos pueda originar el acceso a la información¹³². Pero el tribunal matiza ese argumento, sosteniendo que es legítima la apropiación mediante ingeniería inversa o a través de una investigación independiente, mas lo que no es legítimo es evitar el gasto de dinero y tiempo que ese proceso implica mediante una apropiación no autorizada cuando el titular de la información ha adoptado unas medidas razonables para proteger la confidencialidad de la información. En ese supuesto únicamente sería válida si el titular voluntariamente divulga la información o no adopta las medidas razonables para su protección. Así, la sentencia aclara que la tolerancia respecto al juego del espionaje debe cesar cuando el espíritu innovador es arruinado. Consecuentemente, se precisa que no toda información que se puede obtener a simple vista está protegida o que toda obtención de información mediante instrumentos ópticos está prohibida. Pero lo que no se puede requerir es que el titular deba protegerse contra sistemas de espionaje imprevisibles o indetectables. En este sentido, el tribunal considera desproporcionado el gasto que supondría imponer como medida de protección cubrir una planta en obras en relación con el valor de la información. Por ello, no debe obligarse a adoptar unas medidas de protección que no son razonables para evitar actuaciones que los terceros no deberían tener.

¹³⁰ La correspondiente versión estatal del *Restatement of Torts*.

¹³¹ A este respecto la sentencia hace referencia al § 757 del *Restatement of Torts*, en el que se proporcionan ejemplos de apropiación indebida, como escuchas telefónicas o falsas representaciones para inducir a la transmisión de la información, pero se aclara que no puede suministrarse una lista completa, por lo que en general serán legítimos los medios de apropiación que sean acordes con la cánones de moralidad comercial y conducta razonable.

¹³² Lo cual puede verse que entra en aparente contradicción con lo expuesto respecto al valor que debe de tener la información. Vid. *supra* apartado III.2.

El tribunal además considera que el tercero es consciente de cómo han obtenido las fotografías y está pensando en usar la información contenida en las mismas para producir metanol. Por eso se estima que la actora puede prohibir a los demandados a obtener ilegítimamente su secreto industrial y puede prohibir al tercer desconocido a usar esa información.

En consonancia con lo expuesto, se confirmó la resolución de primera instancia y los demandados tuvieron que identificar al tercero que los contrató para que se pudiera prohibir la divulgación y el uso del secreto industrial.

Esta resolución es interesante a efectos de este artículo, puesto que además de ser especialmente ilustrativa de un caso de apropiación indebida, establece varias de las reglas que se han comentado a lo largo de este estudio, como la validez de la ingeniería inversa para adquirir secretos industriales¹³³, la proporción entre las medidas para proteger la confidencialidad¹³⁴ y el valor de la información¹³⁵ o la perspectiva moral que tiene la resolución de estos casos¹³⁶.

3. KEWANEE OIL CO. v. BICRON CORP

Esta sentencia fue dictada por el Tribunal Supremo estadounidense. En esta ocasión se aplicaba la Ley del Estado de Ohio. En este caso la principal cuestión era si los Estados tienen competencia para regular los secretos industriales, puesto que se alegaba que la misma entraba en conflicto con la normativa federal de patentes. Para resolverla declarando que los Estados son competentes, tal y como ya se ha anticipado¹³⁷, el Alto Tribunal hace un estudio riguroso de los secretos industriales.

Dentro de ese análisis pueden destacarse múltiples razonamientos particularmente esclarecedores. Así, el Tribunal Supremo sostiene que el objeto de los secretos industriales no puede pertenecer al dominio público o al conocimiento general de ese negocio. Tiene que ser secreto¹³⁸. Pero este elemento no se pierde si el titular lo transmite a un tercero en una relación de confianza o bajo una obligación implícita de no divulgarlo. En este sentido, dentro de la sentencia se alude de manera ilustrativa a trabajadores y licenciarios.

En este pronunciamiento también se precisa que la protección de los *trade secrets* consiste en la prohibición de divulgar o utilizar sin autorización el secreto industrial cuando existe una obligación expresa o implícita en ese sentido. Pero esa protección también se extiende a los accesos a los *trade secrets* mediante

¹³³ Vid. *supra* apartado VI.

¹³⁴ Vid. *supra* apartado III.4.

¹³⁵ Vid. *supra* apartado III.2.

¹³⁶ Vid. *supra* apartado IV.

¹³⁷ Vid. *supra* apartado II.

¹³⁸ Vid. *supra* apartado III.3.

medios ilegítimos¹³⁹. En esa misma línea, se matiza que dicha protección no restringe la apropiación de los secretos industriales a través de ingeniería inversa, invención propia o comunicación accidental¹⁴⁰. A su vez se comenta que este aspecto es precisamente una diferencia con la protección proporcionada por las patentes.

También en la sentencia se precisa que el requisito de la novedad de las patentes no es aplicable para obtener la protección de los secretos industriales. Aunque se precisa que un mínimo de novedad será generalmente requerida porque si no es novedoso habitualmente será público¹⁴¹.

Se puntualiza como criterio para delimitar la competencia para regular los secretos industriales que los Estados no pueden detraer del dominio público información que ya obra en el mismo. Criterio que es coherente con otro pronunciamiento que es estudiado en este artículo¹⁴².

Se reconoce que los intereses jurídicos protegidos mediante los secretos industriales son el mantenimiento de una ética comercial y el promover la invención¹⁴³.

Igualmente se menciona que con los secretos industriales se promueve la competencia entre los participantes de los mercados y no se priva al público del uso de esa información valiosa (porque se supone que se comercializa y los consumidores se benefician de ello).

Esta resolución destaca que la perjudicial distribución de recursos y la pérdida económica que supondría no conceder protección a los secretos industriales no puede ampararse en ninguna norma federal de protección de los trabajadores, licenciatarios o patentes. En ese sentido, se resalta que no hay nada en la normativa de patentes que restrinja la competencia de los Estados para evitar el espionaje industrial. Así se indica que un derecho fundamental como es la privacidad se ve amenazado cuando el espionaje industrial no es condenado o resulta beneficioso. Estos postulados son coherentes con la naturaleza de los *trade secrets* expuesta en este estudio¹⁴⁴.

A estos efectos, la sentencia también señala como criterio para conceder la protección de los secretos industriales que el paso del tiempo inevitablemente conllevará que otros descubran el *trade secret* y que por tanto, el valor de esa

¹³⁹ Vid. *supra* apartado V.

¹⁴⁰ Vid. *supra* apartado VI.

¹⁴¹ Aunque en determinados contextos no tiene porqué haber una novedad en sentido estricto, como la fórmula de la Coca Cola.

¹⁴² Cfr. *Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc.*

¹⁴³ Vid. *supra* apartado IV. De hecho en la sentencia se llega a comentar que la protección de los secretos industriales ayuda a la eficiencia económica de las grandes empresas a través de la dispersión de responsabilidades para la desarrollo de la creatividad.

¹⁴⁴ Vid. *supra* apartado IV.

información siga redundando en beneficio de la sociedad (para el caso de que no se estuviera comercializando).

Consecuentemente, de lo previamente comentado puede observarse cómo en esta sentencia el Tribunal Supremo de los Estados Unidos alude a la mayoría de los aspectos inherentes al concepto y a la protección de los secretos industriales que han sido objeto de reflexión en este artículo.

4. BONITO BOATS, INC. v. THUNDER CRAFT BOATS, INC.

Esta controversia fue resuelta por el Tribunal Supremo. El objeto de la disputa era determinar cuáles son los límites que puede imponer la normativa de patentes en la protección que pueden conceder los Estados para los diseños utilitarios que no son patentables.

Este caso provenía de los pronunciamientos contradictorios de los Tribunales Supremos de California y de Florida sobre la inconstitucionalidad de las respectivas normas estatales prohibiendo duplicar artículos directamente mediante moldes¹⁴⁵. Para el Tribunal Supremo californiano no era inconstitucional al no haber conflicto con la normativa federal de patentes y para el Tribunal Supremo de Florida sí lo era. El Tribunal Supremo confirmó el pronunciamiento del Tribunal Supremo de Florida.

En este caso, Bonito Boats había desarrollado en 1976 un diseño del casco de una embarcación de recreo hecho de fiberglass. Dicho diseño supuso un notable esfuerzo, con la preparación de un amplio juego de dibujos y diseños de ingeniería. Tras la elaboración de modelos, se creó un molde. No constaba prueba de que se hubiera solicitado patente alguna al respecto.

En mayo de 1983, tras la comercialización pública de ese diseño durante años, se aprobó una norma estatal en Florida que prohibía el duplicado directo mediante moldes. Se especificaba dentro de los supuestos protegidos los diseños de cascos de embarcaciones.

En diciembre de 1984 se inició el proceso por Bonito Boats alegando que Thunder Craft Boats había utilizado el método de duplicar directamente a través de moldes el diseño de Bonito Boats, procediendo a su venta en contra de la normativa de Florida previamente expuesta.

¹⁴⁵ Como puede observarse, esta cuestión recuerda al interés casacional del ordenamiento español. Cfr. artículo 477.2.3 de la LEC y Acuerdo de la Sala de lo Civil del Excmo. Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2011. El proceso se llama *certiorari* y también se ha utilizado en otras de las sentencias del Tribunal Supremo estadounidense que son estudiadas en este análisis. A estos efectos es interesante recordar que el sistema de control de la constitucionalidad en Estados Unidos es difuso, en contraposición al sistema centralizado de muchos ordenamientos como el español o el francés. En estos casos de *certiorari*, el Tribunal Supremo ejerce unas funciones de revisión judicial discrecional. Para una mayor profundización, vid. GILSANZ USUNAGA, Javier, *op. cit.*, pág. 54.

En primera instancia se alegó la excepción de inconstitucionalidad. Ésta se estimó tanto en primera instancia como en segunda. No obstante, los tres votos particulares contrarios a la resolución de segunda instancia consideraban que no era inconstitucional porque lo ilegal era el método de copia, no la información que se seguía manteniendo en el dominio público.

El Tribunal Supremo comienza su resolución recordando que la habilitación competencial de la constitución respecto de las patentes a favor de la federación ya refleja el equilibrio que debe haber entre fomentar la innovación y evitar los monopolios.

En su fundamentación también se indica que una vez que el inventor ha decidido renunciar al secreto sobre su creación, únicamente puede optar por la protección de las patentes o por el uso de su idea por el público en general.

En esa misma línea se señala que la protección de las patentes requiere novedad y utilidad, remarcando que se exige que la innovación del objeto de la patente no fuera prevista anteriormente por el estado de la ciencia.

Siguiendo lo argumentado en otras sentencias analizadas en este artículo, el tribunal también considera que la protección de la información no patentable también requiere algún grado de novedad, puesto que no puede ser directamente deducible del material público disponible por una persona con habilidades normales dentro del negocio¹⁴⁶. Este requisito es llamado de no obviedad¹⁴⁷. Asimismo, se sostiene que la finalidad perseguida por el Congreso¹⁴⁸ mediante la Ley de patentes se sirve de mejor manera a través de la libre competencia y explotación lo que ya está disponible en el dominio público.

Se aclara que las leyes estatales que protegen técnicas y diseños que ya han sido divulgados por la recompensa que ofrece el mercado pueden entrar en conflicto con el objetivo de la Ley de patentes, al reducir la cantidad de información disponible en el dominio público.

En ese sentido también se precisa que la normativa federal de patentes determina lo que es protegible, y con ello, lo que puede usarse libremente. Por ello, lo que es claro conforme a la normativa federal que está protegido (y a la inversa, lo que no está protegido), no permite una segunda interpretación por los estados.

Para el Tribunal Supremo estadounidense las ideas y diseños que son conocidos públicamente ocupan la misma posición que una patente que ha expirado.

Siguiendo el pronunciamiento previo de *Kewanee*, en esta sentencia se recuerda que a nivel general la normativa estatal de secretos industriales no entra en conflicto con la Ley federal de patentes. Esta conclusión se basa principalmente en cuatro aspectos:

¹⁴⁶ En consonancia con lo expuesto en este análisis. Vid. *supra* apartado III.3.

¹⁴⁷ Traducción literal de *nonobviousness*.

¹⁴⁸ Las referencias al Congreso que hace el Tribunal Supremo han de entenderse como alusiones al poder legislativo y a su intención con la aprobación de la correspondiente Ley.

- i) El principio de que lo perteneciente al dominio público no puede extraerse del mismo no es incompatible con la protección de los secretos industriales.
- ii) La protección dispensada a los secretos industriales es menor que la proporcionada por las patentes.
- iii) El público en general es libre de poder descubrir y explotar los secretos industriales mediante ingeniería inversa o invención independiente.
- iv) Algunos aspectos de los secretos industriales operan para proteger intereses no económicos que están fuera del interés del Congreso en las patentes.

En consonancia con lo anterior, se sostiene que los Estados no pueden ofrecer una protección similar a las patentes a información que no es patentable. La innovación y no obviedad son los criterios en los cuales el sistema de patentes delimita la libre competencia.

Siguiendo los anteriores razonamientos, el Tribunal Supremo declara que la norma del Estado de Florida impide de manera sustancial el uso público de una información y diseños no protegidos que se contienen en cabinas de barco no patentables. A este respecto se precisa que la norma objeto de análisis en la sentencia no opera prohibiendo la competencia desleal. De la misma manera se afirma que mediante la regulación del Estado de Florida no se protege al consumidor evitando una confusión sobre el origen empresarial como ocurriría en el caso de las marcas. Precisamente la confusión del consumidor, que protege al consumidor y no al empresario, es el único contexto donde la normativa de competencia desleal puede proteger un diseño no patentable.

Dentro de los motivos para entender que la normativa del Estado de Florida es contraria a la Ley de patentes, el Tribunal Supremo indica:

- i) Según la Exposición de Motivos de la normativa estatal su objetivo era promover la mejora de los diseños de cabina de los barcos. Pero ello se intenta conseguir otorgando una protección similar a la de las patentes, prohibiendo su venta y su producción, aunque estas sean más eficientes.
- ii) Se concede una protección ilimitada a nivel temporal a las cabinas y sus componentes, con independencia de sus méritos ornamentales o tecnológicos. Es decir, no tiene en cuenta los altos requisitos que establece la Ley de patentes para conceder dicha protección.
- iii) La protección se proporciona a información que se ha revelado libremente a los consumidores por sus inventores, a información no patentable o cuya protección mediante patentes ha expirado.
- iv) La ley del Estado de Florida impide la realización de ingeniería inversa sobre información que se encuentra en el dominio público. Puede

suponer una hipotética amenaza para el sistema federal de patentes el que los Estados repliquen la misma protección a información no patentable. Lo cual puede conllevar además unos grandes problemas entre administraciones.

- v) Se reduce el incentivo a la invención, puesto que el riesgo de la ingeniería inversa puede promover la creación de una información patentable. Al proporcionar la misma protección sin que se reúnan los requisitos de patentabilidad se desincentiva el satisfacer tales requisitos.
- vi) Se menoscaba la clara delimitación entre dominio público y propiedad privada que establece el sistema de patentes federal. Por ello la regulación analizada también resulta perjudicial para las políticas que promueven la competencia.
- vii) Se ofrece protección más allá del ámbito de la normativa de competencia desleal y de los secretos industriales, que respetan el equilibrio antes mencionado respecto al beneficio al inventor y al dominio público.
- viii) El Congreso ha rechazado el extender la protección a diseños industriales mediante normativa de propiedad intelectual o relajando las restricciones para patentar.

Sin perjuicio de lo anterior, se precisa que el sistema federal de patentes o de propiedad intelectual no implica que los Estados no tengan facultades para adoptar normas que promuevan la creación intelectual en su jurisdicción, ni necesariamente priva a los Estados de conceder limitada protección a lo que no interfiere irremediabilmente con la Ley federal de patentes.

Por tanto, esta sentencia es especialmente ilustrativa respecto a los límites que puede tener la protección de los secretos industriales y los motivos legislativos que conducen a la citada protección.

5. CHICAGO LOCK CO. v. FANBERG

Esta disputa fue resuelta por el Tribunal Federal de Apelación del noveno distrito aplicando la Ley del Estado de California. La compañía demandante era una productora de cerraduras y candados tubulares. Esta compañía llevaba desde 1933 fabricando y vendiendo unos candados tubulares bajo la marca «as»¹⁴⁹, que proporcionaban una mayor seguridad que otros candados.

Al tiempo de que se iniciara la controversia, se habían vendido millones de cerraduras y candados «as». Estos habían sido utilizados frecuentemente en

¹⁴⁹ Traducción literal de la palabra *ace*.

máquinas de cambio o de *vending* y en otros usos de máxima seguridad. El signo distintivo de estas cerraduras y candados es el secreto y la dificultad de replicar sus llaves.

A estos efectos, es interesante destacar que se declaró como hecho probado la política estricta que tenía la mercantil demandante respecto a expedir duplicados, puesto que únicamente se los vendía al titular que figurara registrado y tras la suscripción de unas manifestaciones por parte del mismo que reflejaran su buena fe en la solicitud del duplicado. En esa misma línea, se consideró acreditado que la actora mantenía en secreto la correlación de los códigos y que en las llaves vendidas figuraba la leyenda de no duplicar. Es decir, se probaron unas precauciones razonables para mantener el secretismo por parte del titular del secreto industrial.

Los demandados, Morris y Victor Fanberg, eran unos cerrajeros y editores de libros especializados. Se solicitaba que se les prohibiera la transmisión no autorizada de los códigos de la línea «as» de llaves tubulares.

En primera instancia se archivó el caso respecto a las infracciones alegadas de competencia desleal y la vulneración de derechos de marca¹⁵⁰. Sin embargo, estimó que se había producido una apropiación indebida de los secretos industriales consistentes en los códigos de las llaves y prohibió la distribución de dichos códigos a través de las publicaciones de los demandados. La segunda instancia se pronuncia precisamente sobre la pertinencia de la adopción de la medida cautelar. Y para ello tenía que determinar si en este caso había un verdadero secreto industrial susceptible de protección.

A estos efectos, es interesante señalar que las publicaciones de los demandados tienen su origen en el trabajo de los cerrajeros. Así, los clientes únicamente tenían dos alternativas: acudir a la compañía para que les expidiese un duplicado o solicitar los servicios de un cerrajero que necesitaba descifrar el código. Por tanto, de manera no comercial y *ad hoc*, los cerrajeros fueron recopilando los códigos para realizar su trabajo.

De esa manera, en 1975 los Fanberg pusieron un anuncio en una publicación especializada del sector, Locksmith Ledger, solicitando a los cerrajeros que les transmitieran los códigos de los que tuvieran conocimiento a cambio de recibir una compilación completa cuando esta fuera terminada. Como resultado del anuncio, los Fanberg publicaron y vendieron un manual de dos ejemplares «A-Advanced Locksmith's Tubular Lock Codes» en 1976. Esta compilación se

¹⁵⁰ En un trámite procesal conocido como *summary judgment* en el que el juez se pronuncia sobre la admisibilidad de la acción ejercitada en función de la prueba presentada y los requisitos legales que tiene el ejercicio de la acción. Nótese la relevancia que tiene, porque supone que el jurado no se pronuncia sobre la misma. Este trámite únicamente procede cuando la disputa puede resolverse atendiendo exclusivamente a los hechos no controvertidos. Vid. FLETCHER P., George y SHEPPARD, Steve, *op. cit.*, págs. 511 y 513.

anunciaba en el Locksmith Ledger, señalando que nuevas compilaciones con más códigos se irían publicando.

En el momento que comenzó el juicio, ya se habían vendido unos 350 manuales, siendo imposible saber quien los había comprado, porque no solo estaban disponibles para los cerrajeros.

A su vez, había otros hechos declarados probados que son de particular interés. Así, el uso del manual facilitaba y abarataba considerablemente la posibilidad de hacer duplicados de las llaves tubulares. Por otro lado, los Fanberg no habían solicitado, ni la actora había concedido, permiso para compilar los códigos de las llaves.

El tribunal estimó que la compilación de los códigos sí constituía un secreto industrial. Aunque recordó que la protección de los *trade secrets* es semejante a la proporcionada respecto a la propiedad privada, aplicando el *Restatement of Torts*. Por consiguiente, la protección solamente se dispensa cuando la información se ha adquirido o transmitido de una forma ilegítima. En ese sentido, se considera que los secretos industriales pierden su protección como propiedad privada cuando el titular los divulga o son descubiertos por los terceros por medios legítimos, como la invención propia, el descubrimiento accidental o la ingeniería inversa. Consecuentemente, es la apropiación indebida del secreto industrial, más que su uso o copia, lo que genera una posible responsabilidad¹⁵¹.

En este caso el tribunal siguiendo el *Restatement of Torts* y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entendió que la apropiación indebida tiene la connotación de la concurrencia de una obligación con el titular del secreto industrial de no comunicarlo.

En ese sentido, el tribunal de apelación estimó que era insostenible la obligación de no comunicación de los Fanberg que se había declarado en primera instancia. Tal obligación se sustentaba en una obligación implícita dentro de una cadena de obligaciones. En primer lugar, los cerrajeros tenían una obligación¹⁵² de no transmitir los códigos de las llaves de los clientes sin su permiso. En segundo lugar, los clientes tenían una obligación implícita de mantener secretos los códigos de sus llaves.

A estos efectos se consideró razonable la existencia de la primera obligación. Es decir, la de los cerrajeros. Pero tal incumplimiento de la misma, únicamente podría implicar el ejercicio de las correspondientes acciones por los propietarios de las llaves, pero no por la empresa que las fabrica.

¹⁵¹ Literalmente, *liability*, entendida como posible obligación de indemnizar por responsabilidad extracontractual (*tort*), sin perjuicio de otras posibles consecuencias jurídicas que puedan derivarse de otras normas y de las posibles medidas cautelares que puedan adoptarse para proteger el secreto industrial.

¹⁵² Entendida dentro del concepto de *common law de fiduciary duty*. Vid. FLETCHER P., George y SHEPPARD, Steve, *op. cit.*, págs. 380 y sigs., 517 y 605.

En consonancia con lo anterior, la conclusión que se rechazaba del juzgador de primera instancia era que los cerrajeros tuvieran una obligación de confidencialidad con la actora. Y no podemos olvidar que en este pleito, lo que se dirimía era precisamente si podía haber alguna responsabilidad de los primeros respecto a Chicago Lock Company.

En refuerzo de su razonamiento, el tribunal precisa que la existencia de esa pretendida obligación de los cerrajeros supondría una protección similar a una patente a nivel federal, lo cual está absolutamente vedado según los pronunciamientos del Tribunal Supremo anteriormente comentados y otros¹⁵³.

Como consecuencia de lo previamente expuesto, el tribunal revocó el pronunciamiento de primera instancia, puesto que estimó que Chicago Lock Company no había probado la existencia de un deber de confidencialidad de los cerrajeros o de los titulares de las llaves, ni tampoco demostró una apropiación indebida del secreto industrial por parte de los demandados o los cerrajeros.

Según se ha podido apreciar, esta sentencia es particularmente ilustrativa a efectos de este análisis, puesto que muestra la configuración de los secretos industriales, de la apropiación indebida de los mismos y la imposibilidad de protegerlos como si fueran unas patentes.

6. MORTGAGE SPECIALISTS, INC. v. DAVEY

Esta controversia fue resuelta por el tribunal de apelación del Estado de New Hampshire, aplicando la ley del mencionado Estado. Es decir, la ley de New Hampshire sobre secretos industriales basada en la UTSA¹⁵⁴ (en lo sucesivo, denominada como «NHUTSA»).

La compañía demandante era una empresa dedicada a conceder financiación. Especialmente préstamos hipotecarios. Esta mercantil tenía oficinas en los Estados de Massachusetts y New Hampshire.

Los demandados, Davey y Carbone, habían trabajado como comerciales de la actora. En el año 2002 se fueron a trabajar a una empresa competidora, Mortgage Partners. Después crearon cada uno su propia empresa que se dedicaba al mismo negocio. Cuando estos antiguos empleados dejaron su trabajo con la demandante, se llevaron copias de información de los clientes. La información más relevante era el interés actual que tenía en el préstamo hipotecario el cliente, para poder así saber si una refinanciación le podía resultar beneficiosa.

¹⁵³ Así la sentencia cita otros pronunciamientos como *Compco Corp. v. Day-Brite Lighting Inc.* y *Sears, Roebuck & Co. v. Stiffel Co.*

¹⁵⁴ Es interesante señalar que la UTSA contempla expresamente como criterio de interpretación el conseguir la uniformidad entre los Estados que la apliquen. Como consecuencia de dicho criterio, el tribunal de apelación utilizó jurisprudencia de otros Estados para sostener alguno de sus razonamientos.

Tanto Davey como Carbone han concluido operaciones con clientes con los que tuvieron conocimiento trabajando en Mortgage Specialists. En primera instancia, la actora ejercitó varias acciones, entre ellas una indemnización por daños, y solicitó una medida cautelar consistente en prohibir a los demandados usar la información de sus clientes, que era considerada un secreto industrial.

El juzgador desestimó todas las acciones ejercitadas excepto la referente a la apropiación indebida de un *trade secret*. Asimismo concedió la medida cautelar de la prohibición del uso y comunicación del secreto industrial, vedando a los demandados que contactaran con los clientes actuales o previos de Mortgage Specialists.

Dentro de los hechos declarados probados, se encuentra el reconocimiento por los demandados de que contactaban con los clientes de Mortgage Specialists utilizando la información objeto del litigio y además les comentaban que Mortgage Specialists no tenía la adecuada licencia para operar en el Estado de New Hampshire. A su vez, los demandados también contactaron con empleados de Mortgage Specialists para ofrecerles trabajo cuando estaban en Mortgage Partners.

La cuestión controvertida en la segunda instancia era si la normativa de competencia desleal tenía prevalencia sobre los secretos industriales. En ese sentido, la actora alegaba que ninguna acción debía ser inadmitida por la prevalencia aludida hasta que se determinara si existía un secreto industrial.

En la sentencia se resalta que la UTSA se aprobó para evitar la incertidumbre sobre los parámetros de protección de los secretos industriales y las apropiadas vías legales para protegerlos.

El tribunal rechazó el planteamiento de que la normativa estatal de la UTSA, en este caso, la NHUTSA¹⁵⁵, no debe prevalecer cuando la información que es objeto del litigio no reúne los requisitos para ser considerada como secreto industrial¹⁵⁶. Este aspecto es sustancial porque determina el régimen de derecho sustantivo que es aplicable y los correspondientes mecanismos de protección que están disponibles. Así, la decisión de que esta normativa prevalezca implica que no se aplique otra.

No obstante lo anterior, la sentencia señala dos aspectos que flexibilizan la doctrina anterior. Por un lado, siempre cabrían las acciones basadas en el incumplimiento contractual que pueda haber en relación con la información.

¹⁵⁵ Siglas que responden a New Hampshire Uniform Trade Secrets Act.

¹⁵⁶ En este sentido, la sentencia considera que no es necesario un pronunciamiento previo sobre la existencia de un secreto industrial para aplicar la norma estatal de secretos industriales en vez de otras, puesto que en ese caso se perjudicaría la uniformidad y claridad que se persigue con la UTSA. Es decir, si la normativa uniformadora sólo se aplicara en los casos que finalmente declaran que concurre un *trade secret*, la uniformidad se perdería por las sentencias que no la aplican por entender que no hay secreto industrial al resolver definitivamente la disputa.

Por otro lado, la prevalencia únicamente procede cuando las otras pretensiones se fundamentan en alegaciones o hechos consistentes en el uso no autorizado de secretos industriales o la apropiación indebida de los mismos. Por lo tanto, la prevalencia no opera cuando la acción requiere algún elemento distinto o adicional a los contemplados en la UTSA (materializada en la correspondiente normativa estatal).

En consonancia con las premisas expuestas, en la resolución judicial se analiza cada una de las pretensiones ejercitadas por Mortgage Specialists. Así, respecto a la acción de conversión¹⁵⁷ ejercitada por haber tenido el dominio y control sobre la propiedad y activos de Mortgage Specialists, privándoles de los mismos, el Tribunal consideró que prevalecía la acción ejercitada bajo la NHUTSA porque la conversión se basaba en el uso de información de clientes por parte de Davey y Carbone¹⁵⁸.

La misma conclusión se alcanza sobre la pretensión del incumplimiento del deber de lealtad¹⁵⁹ como antiguo empleado¹⁶⁰, ya que la misma consiste únicamente en la apropiación indebida de la información de los clientes según la demanda¹⁶¹.

Sin embargo, el tribunal estimó que sí se debía entrar a resolver las acciones sobre inducción a infracción contractual¹⁶² y de competencia desleal. En el caso de la primera acción la no prevalencia se justificaba en el hecho de que la inducción a la infracción contractual se sostenía, entre otros hechos, en que los demandados contactaron con los clientes para incitarles a contratar con ellos informando que Mortgage Specialists no tenía la licencia necesaria. En consecuencia, tales hechos excedían de la apropiación indebida de la información de los clientes.

En ese mismo sentido, se afirma que se debe resolver la acción de competencia desleal, puesto que la misma se sustenta en el hecho de que Carbone comunicó a los clientes de Mortgage Specialists que esta no tenía la licencia correspondiente.

¹⁵⁷ Traducción literal del término *conversion*.

¹⁵⁸ En este sentido es interesante resaltar que en Derecho español no se consideran como secretos industriales las listas de los clientes con sus datos. Vid. SSTs de 29 de octubre de 1999 y de 24 de noviembre de 2006.

¹⁵⁹ Traducción no literal del término *fiduciary duty*.

¹⁶⁰ Esta obligación viene regulada en diversas normas, como la § 42 del RUC.

¹⁶¹ En este caso se alude a *writ*. Este escrito es distinto del *brief*, donde sí se alega que había prueba que acreditaba que Davey y Carbone adquirieron una cantidad relevante de formularios 1003 de los clientes en sus últimos días de trabajo con la única finalidad de suministrar dicha información a Mortgage Partners. El tribunal no tiene en cuenta esta alegación, que parece que habría cambiado el sentido de la resolución respecto a esta acción, porque la misma debería haberse alegado en el *writ*. De la misma manera, parece que hay que inferir que en este caso no había obligación contractual de confidencialidad.

¹⁶² Traducción de la expresión *tortious interference with advantageous relations* siguiendo la terminología empleada en el artículo 14 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

En virtud de lo previamente expuesto, el tribunal de apelación confirmó la resolución de primera instancia, excepto en la desestimación de la acción de inducción a infracción contractual.

Esta sentencia es ilustrativa a efectos de este análisis puesto que muestra por un lado el contexto habitual de las controversias sobre secretos industriales, con la posible consideración de la información de los clientes como secreto industrial y el uso de la misma por antiguos trabajadores como apropiación indebida del mismo. Por otro lado, esta resolución es particularmente interesante porque refleja cómo operan las distintas leyes que pueden ser aplicables en el caso de que los secretos industriales sean vulnerados.

IX. CONCLUSIONES SOBRE SECRETOS INDUSTRIALES

I. Los *trade secrets* son considerados un elemento esencial de la propiedad industrial e incluso de la economía en el sistema estadounidense. Por eso han sido objeto de una regulación específica a nivel nacional, la UTSA, que es generalmente traspuesta en cada uno de los Estados mediante la correspondiente normativa estatal. Sin perjuicio de lo anterior, al igual que sucede en otros ordenamientos como el español, los secretos industriales también se protegen mediante otra regulación como la penal, la competencia desleal, la responsabilidad contractual o extracontractual.

II. En cualquier caso, con carácter general se entiende por secreto industrial aquella información que con independencia de su soporte o formato tiene un valor económico en sí misma, es secreta y se han tomado algunas medidas para conservar su confidencialidad.

Estos elementos, que han sido paulatinamente perfilados por la jurisprudencia y doctrina estadounidense, operan de forma conjunta. De tal manera que por regla general todos deben concurrir en algún grado, siendo mayor o menor su exigencia en la medida que la misma se vea compensada por la mayor o menor concurrencia del resto de los aspectos integrantes del secreto industrial.

III. La protección de los *trade secrets* no es absoluta. Así, la titularidad de un secreto industrial no concede un monopolio sobre su explotación. Los *trade secrets* pueden ser lícitamente descubiertos y explotados por terceros siempre que no haya una apropiación indebida del mismo. Concepto que, a pesar de ser indeterminado, ha ido concretándose por la jurisprudencia y la doctrina norteamericana. Un claro ejemplo de un conocimiento y uso legítimo es la ingeniería inversa. A su vez, es importante señalar que un secreto industrial que ha dejado de ser confidencial no puede seguir siendo considerado como tal, y por tanto, su protección decae.

No obstante lo anterior, los secretos industriales tienen diversos mecanismos de protección propia (independiente de la suministrada por otras normas

como las penales o las de competencia desleal). En primer lugar, y debido a la relevancia que tiene conservar la confidencialidad sobre los mismos, se encuentran las medidas cautelares destinadas a impedir su difusión y explotación. En segundo lugar, está la declaración de las correlativas obligaciones de uso y divulgación mediante la correspondiente sentencia. En tercer lugar, se sitúan las posibles indemnizaciones por la infracción de la normativa de secretos industriales. A estos efectos conviene aclarar que si bien este puede ser el orden lógico de las pretensiones de un titular de un *trade secret* atendiendo a la finalidad de preservar el mismo, puede que en muchos casos lo que más interés sea directamente una compensación económica por la vulneración del secreto industrial.

X. BIBLIOGRAFÍA

- BAINBRIDGE, David: *Intellectual Property*, 4.^a ed., Financial Times Pitman Publishing, Londres, 1999.
- BAYLOS MORALES, María y otros: *Tratado de Propiedad Industrial. Propiedad Industrial. Propiedad Intelectual. Derecho de la Competencia Económica. Disciplina de la Competencia Desleal*, 3.^a ed., Civitas, Madrid, 2009.
- BINCTIN, Nicolas: *Droit de la Propriété Intellectuelle*, LGDJ, París, 2010.
- BLAIR ROGER D. y COTTER, Thomas F.: *Intellectual Property. Economic and Legal Dimensions of Rights and Remedies*, Cambridge University Press, Nueva York, 2005.
- COLSTON, Catherine y MIDDLETON, Kirsty: *Modern Intellectual Property Law*, 2.^a ed., Cavendish Publishing, Londres, 2005.
- FLETCHER P., George y SHEPPARD, Steve: *American Law in global context. The Basics*, Oxford University Press, Nueva York, 2005.
- GILSANZ USUNAGA, Javier: *El proceso civil estadounidense: la tutela cautelar*, Aranzadi, Navarra, 2010.
- HUNTER, Dan: *Intellectual Property*, Oxford University Press, Nueva York, 2012, págs. 184 a 202.
- JIMÉNEZ SAVURIDO, Cristina y otros: *Propiedad Industrial y Competencia Desleal*, Comares, Granada, 2001.
- LANDES, William M. y POSNER, Richard A.: *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts-Londres, 2003.
- LEMA DEVESA, Carlos y otros: *Propiedad Industrial y Competencia Desleal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.
- MILLER, Arthur R. y DAVIS, Michael H.: *Intellectual Property. Patents, Trademarks and Copyright*, Thomson, USA, 2007.
- POOLEY, James: *Trade Secrets Coursebook*, núm. 520, Spring 2009, USA.
- RUIPÉREZ AZCÁRATE, Clara y otros: *Cuestiones Actuales de la Propiedad Intelectual*, Reus, Madrid, 2010.

SCHMIDT-SZALEWSKI, Joana y PIERRE, Jean-Luc: *Droit de la propriété industrielle*, 4.^a ed., Litec, París, 2007.

SHERMAN, Brad y BENTLY, Lionel: *Intellectual Property Law*, 3.^a ed., Oxford University Press, Nueva York, 2009.

XI. JURISPRUDENCIA COMENTADA

TRIBUNALES ESTADOUNIDENSES¹⁶³

- *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).
- *McCulloch v. The State of Maryland et al.*, 17 U.S. 316 (1819).
- *E.I. Du Pont de Nemours Powder Co. v. Masland*, 244 U.S. 100 (1917).
- *Shellmar Prods. Co. v. Allen-Qualley Co.*, 36 F.2d 623 (7th Cir. 1929).
- *Eire Railroad Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938).
- *Conmar Prods. Corp. v. Universal Slide Fastener Co.*, 172 F.2d 150 (2d Cir. 1949).
- *Compco Corp. v. Day-Brite Lighting Inc.*, 376 U.S. 234, 84 S.Ct. 779, 11 L.Ed.2d 669 (1964).
- *Sears, Roebuck & Co. v. Stiffel Co.*, 376 U.S. 225, 84 S.Ct. 784, 11 L.Ed.2d 661 (1964).
- *Winston Research Corp. v. Minnesota Mining & Mfg. Co.*, 350 F.2d 134 (9th Cir. 1965).
- *Van Products Co. v. General Welding & Fabricating Co.*, 419 Pa. 248, 213 A.2d 769 (Pa. 1965).
- *E.I. Du Pont de Nemours Powder Co. v. Christopher*, 431 F.2d 1012 (5th Cir. 1970).
- *Painton & Co. v. Bourns, Inc.*, 442 F.2d 216 (2nd Cir. 1971).
- *Kewanee Oil Co. v. Bicron Corp.*, 416 U.S. 470, 94 S.Ct. 1879, 40 L.Ed.2d 315 (1974).
- *K-2 Ski Co. v. Head Ski Co., Inc.*, 506 F.2d 471 (9th Cir. 1974).
- *Anaconda Co. v. Metric Tool & Die Co.*, 485 F.Supp. 410, 422 (E.D. Pa. 1980).
- *Chicago Lock Co. v. Fanberg*, 676 F.2d 400 (9th Cir. 1982).
- *Rohm and Hass Co. v. Adco. Chemical Co.*, 689 F.2d 424 (3rd Cir. 1982).
- *W.L. Gore & Associates v. Garlock, Inc.*, 721 F.2d 1540 (Fed. Cir. 1983).
- *Ruckelhaus v. Montesanto Co.*, 467 U.S. 986 (1984).
- *Mason v. Jack Daniel Distillery*, 518 So. 2d 130 (Ala. Civ. App. 1987).

¹⁶³ A continuación se enumeran siguiendo el método de cita establecido en *The bluebook. A uniform system of citation*, The Harvard Law Review Association, 18.^a ed., USA, 2006. Es decir, nombre de las partes del proceso, el volumen de la colección, la colección y la página donde comienza decisión. Entre paréntesis el juzgado federal de distrito (primera instancia), circuito (apelación federal) o juzgado estatal y el año de la decisión.

- *Carpenter v. United States*, 484 U.S. 19 (1987).
- *Ingersoll-Rand Co. v. Ciavatta*, 110 N.J. 609, 542 2d 879 (N.J. 1988).
- *Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc.*, 489 U.S. 141, 109 S.Ct. 971, 103 L.Ed.2d 118 (1989).
- *Rockwell Graphic Systems, Inc. v. DEV Industries, Inc.*, 925 F.2d 174 (7th Cir. 1991).
- *Pioneer hi-Bred International v. Holden Foundation Seeds, Inc.*, 35 F.3d 1226 (8th Cir. 1994).
- *General Electric Co. v. Sung*, 843 F.Supp. 776 (D. Mass. 1994).
- *Pepsico, Inc. v. Redmond*, 54 F.3d 1262 (7th Cir. 1995).
- *Gerald Banks v. Unisys Corporation*, 228 F.3d 1357 (Fed. Cir. 2000).
- *Kadant, Inc. v. Seeley Mach., Inc.*, 244 F.Supp. 2d 19 (N.D.N.Y. 2003).
- *DVD Copy Control Ass'n v. Bunner*, 116 Cal. App. 4th 241 (2004).
- *Mortgage Specialists, Inc. v. Davey*, 153 N.H. 764, 904 A.2d 652 (N.H. 2006).

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

- STS de 29 de octubre de 1999 (RJ 1999/8164).
- STS de 24 de noviembre de 2006 (RJ 2007/262).

RESUMEN

SECRETO INDUSTRIAL TRADE SECRET DERECHO ESTADOUNIDENSE

Los secretos industriales tienen una amplia y relevante protección en Derecho estadounidense, que a veces entra en conflicto con la suministrada a otras propiedades industriales e intelectuales.

La regulación de esta materia es estatal y eminentemente jurisprudencial, sin perjuicio del modelo federal no imperativo contenido en la Uniform Trade Secrets Act.

Generalmente se considera que un secreto industrial es cualquier tipo de información, con independencia de su formato, que es secreta y que tiene un cierto valor económico. Los referidos elementos no tienen que concurrir de una manera absoluta, permitiéndose una cierta flexibilidad en la interrelación entre los mis-

ABSTRACT

TRADE SECRET US LAW

Trade secrets has a broad and relevant protection under the US law which sometimes conflicts with other laws regarding other intellectual and industrial properties.

The states have the competence to legislate in relation to trade secrets. However, the case law is also a relevant source of law, as it usually happens in common law systems. Notwithstanding the aforementioned, there is a federal model of law which is not binding or directly applicable, that is contained in the Uniform Trade Secrets Act.

It is commonly accepted that trade secrets are any kind of information which is secret and has some economic value. These requirements do not have to be fully met because it is allowed to have some flexibility in the relationship between them. But

mos. No obstante lo anterior, la jurisprudencia americana requiere la adopción de unas medidas razonables para conservar la confidencialidad por parte del titular del secreto industrial para conceder la protección legal.

Mediante el presente artículo se pretende realizar un análisis de los diferentes elementos que integran el concepto de los trade secrets, así como la protección que ha sido dispensada por los tribunales en disputas sobre los mismos.

the case law requires that some reasonable measures to keep the information secret have been adopted by its owner in order to give legal protection to the trade secret.

This article analyses the different elements of the trade secrets and the protection that has been given by the courts in disputes related to them.

(Trabajo recibido el 6-1-2013 y aceptado para su publicación el 31-7-2013)

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

Resolución de 6-5-2013
(*BOE* 3-6-2013)
Registro de Almuñécar

OBRA NUEVA EN ANDALUCÍA.

Reitera el Centro Directivo su ya conocida doctrina respecto a la no necesidad de aportar el documento administrativo por el que se declara la obra en situación de asimilado a fuera de ordenación, ni la licencia de ocupación o acreditación de la adecuación de la edificación a los usos permitidos por el planeamiento, como requisitos precisos para inscribir una obra nueva por antigüedad.

Resolución de 6-5-2013
(*BOE* 3-6-2013)
Registro de Villena

RECTIFICACIÓN DE CABIDA: CUANDO SUPERA EL 20 POR 100.

Esta Dirección General tiene reiteradamente señalado que todo exceso de cabida que exceda de la vigésima parte de la cabida inscrita debe ser tratada como un supuesto de inmatriculación (cfr. art. 298 del RH). En consecuencia, el hecho de que no se haya aportado título inmatriculador suficiente ni certificación catastral totalmente coincidente con el título, impide practicar la inscripción del exceso de cabida dada su extensión.

Resoluciones de 7 y 8-5-2013

(BOE 3 y 6-6-2013)

Registro de Barcelona, número 11, y Madrid, número 28

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

El recurso gubernativo tiene por objeto revisar la calificación negativa del registrador, pero no discutir la validez de asientos ya practicados, que están bajo la salvaguarda de los Tribunales.

Resoluciones de 7 y 8-5-2013

(BOE 3 y 6-6-2013)

Registro de Madrid, números 33 y 29

PRINCIPIO DE PRIORIDAD REGISTRAL: EFECTOS SOBRE LA CALIFICACIÓN DE LOS TÍTULOS.

Consta presentada en el Registro una escritura de ratificación de otra. A continuación se presenta un mandamiento de anotación de demanda y, finalmente, la escritura ratificada. Ante esta situación registral, el principio de prioridad obliga al registrador a calificar en primer término la escritura de ratificación, que como tal carece de las condiciones de título inscribible en los términos del artículo 33 del RH. Este defecto, además, se ha de calificar como insubsanable, con imposibilidad de retrotraer la subsanación de sus efectos al momento de la presentación.

Resolución de 8-5-2013

(BOE 6-6-2013)

Registro de Cuenca

INMATRICULACIÓN: 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 ésta en dicho título». Como ha dicho anteriormente esta Dirección General (vid. Resoluciones citadas en el «Vistos»), la dicción legal —total coincidencia— no puede dejar dudas a interpretaciones. Se exige una total coincidencia entre la descripción del título y la de la certificación catastral. Como afirmara la citada Resolución de 5-10-2004, la norma no deja resquicios a excepciones: con independencia de cuál sea la finca que se pretende inmatricular y, por tanto, su titular; el título o el medio de los previstos en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria al que se acuda.

Resolución de 9-5-2013

(BOE 6-6-2013)

Registro de Nules, número 3

VENTA EXTRAJUDICIAL DE FINCA HIPOTECADA: FORMA DEL REQUERIMIENTO.

Cuando el Reglamento Hipotecario en su artículo 236.c) determina quién es el destinatario del requerimiento de pago y las personas con quien se puede entender la diligencia en su ausencia es extremadamente restrictivo, pues fuera de la persona del deudor solo autoriza que se entienda la diligencia con el pariente más próximo, familiar o dependiente que se encuentre en el domicilio. Sin perjuicio de las deficiencias técnicas del precepto es claro que expresa la clara intención de que solo con personas allegadas al propio deudor se pueda practicar el requerimiento. La finalidad para que así sea es claramente comprensible, dadas las graves consecuencias que se pueden producir en el patrimonio del deudor y la necesidad de asegurar al máximo que llegue a tener cabal conocimiento del requerimiento.

Resolución de 9-5-2013

(BOE 6-6-2013)

Registro de Pego

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: TÍTULOS CREADOS *AD HOC*

En el presente caso se discute si es posible la inmatriculación de una finca con arreglo al procedimiento prevenido en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria cuando, el título público, cuya inmatriculación se pretende, viene constituido por una escritura de compraventa a título oneroso, precedido de la adquisición previa que se ha producido mediante una aportación a la sociedad legal de gananciales en la que la aportante no expresa su título de adquisición, limitándose a la retórica expresión de «justos y legítimos títulos». Pero de este supuesto, el carácter *ad hoc* de la documentación se puede inferir de las circunstancias que rodean su otorgamiento (la simultaneidad de ambos negocios, que parecen tener una conexión como la que se aprecia en el binomio venta-hipoteca, la inexistencia de título original de adquisición y el nulo coste fiscal), sin que se pueda entender como suficiente el argumento del notario autorizante de que lo que se persigue es asegurar la participación del consorte de la aportante en los beneficios derivados de la enajenación, ya que el precio de la finca, desde que se ingresa en la cuenta bancaria referida en los medios de pago, deviene presuntivamente ganancial.

Resolución de 9-5-2013

(BOE 6-6-2013)

Registro de Sitges

HERENCIA YACENTE: EMPLAZAMIENTO. USUFRUCTO VITALICIO: EXTINCIÓN.

Tratándose de un juicio declarativo para acreditar la adquisición por usucapión extraordinaria, no es suficiente, a efectos de tracto sucesivo, con diri-

gir la demanda contra los desconocidos herederos del titular registral, sino que habrá que emplazar a la herencia yacente en alguna de las formas que viene determinando la doctrina de este Centro Directivo. Por otra parte, respecto de la exigencia que hace el registrador de documentación formal del fallecimiento de la usufructuaria, mediante certificación del acta del Registro Civil —aunque indudablemente no estará viva dicha señora—, también corresponde apreciar el defecto observado, en cuanto no corresponde al registrador sustituir ni declarar, por una presunción, ninguno de los sistemas de prueba de la defunción de las personas contemplados en la legislación del Registro Civil, que conduciría, como medios subsidiarios a la obtención de sentencia firme, o en casos tasados, como el supuesto del artículo 86 de la Ley de Registro Civil, además, expediente gubernativo o en su caso orden de la autoridad judicial.

Resolución de 10-5-2013

(BOE 6-6-2013)

Registro de San Cristóbal de La Laguna, número 1

PRINCIPIO DE PRIORIDAD REGISTRAL: PRÓRROGA DE UNA ANOTACIÓN DE EMBARGO INDEBIDAMENTE PRACTICADA.

Se pretende la prórroga de una anotación de embargo que en su momento se practicó indebidamente, puesto que la finca sobre la que debía practicarse había sido previamente agrupada con otra y vendida a un tercero. Aunque la prórroga es una operación accesoria y dependiente de la anotación inicial, en este caso debe primar el principio de prioridad y debe rechazarse su acceso al Registro. Lo que procede es iniciar el procedimiento de rectificación de errores de concepto.

Resolución de 11-5-2013

(BOE 11-6-2013)

Registro de Avilés, número 2

DERECHO DE USO: PACTADO EN ACTA DE CONCILIACIÓN JUDICIAL.

Se trata de un acta de conciliación en la que un hombre y una mujer, de los que no se especifican sus circunstancias personales, pactan la forma de usar la que hasta ese momento había constituido su vivienda compartida, de la que ambos son propietarios. El acta presentada incorpora y prueba un acuerdo, sin duda, válido y obligatorio entre las partes, cuyo cumplimiento podrá ser coactivamente exigido ante los Tribunales. Pero ni por razón de su materia, ni de la acción ejercitada, ni por la forma utilizada podría ser objeto de inscripción. Pese a constar la ruptura de la relación personal entre los condóminos, materializada en la suspensión de la convivencia en la finca sobre cuyo uso se debate, la separación de hecho entre ambos —única que consta— no se ha traducido en uno de los cauces procesales y formales que nuestro ordenamiento civil y registral considera relevantes para la creación de un derecho de uso válido y hábil para la inscripción. En efecto, no consta que se haya alcanzado un acuerdo plasmado en convenio regulador, ni que este haya sido aprobado judicialmente en un proceso de crisis matrimonial: separación, nulidad o divorcio. Tampoco que se haya dictado resolución judicial en el que se haya decidido la constitución de

un derecho familiar de uso. Ni se ha cumplido la regla general, sobre la que los dos supuestos anteriores son excepciones, es decir que se haya acordado acerca del uso de la vivienda en escritura pública, que produciría los efectos materiales, formales, sustantivos, legitimatorios —e incluso fiscales— derivados del instrumento público notarial.

Resolución de 11-5-2013
(BOE 11-6-2013)
Registro de Santa Fe, número 2

OBRAS NUEVAS POR ANTIGÜEDAD EN ANDALUCÍA: USO AL QUE SE DESTINA LA EDIFICACIÓN.

Dada la particularidad de las obras nuevas antiguas, así como el régimen jurídico que prevé el artículo 20.4 de la LS, debemos concluir que ni puede exigirse, a los efectos de la inscripción, la acreditación de una licencia de ocupación que el precepto no contempla (vid. Resoluciones citadas anteriormente) ni puede ser obstáculo para la inscripción el hecho de que el propio certificado del Ayuntamiento por el que se declara que no proceden medidas de disciplina urbanística que implique su demolición, determine la existencia de unos usos incompatibles con la descripción de la edificación.

Resolución de 13-5-2013
(BOE 11-6-2013)
Registro de Mogán

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS GENERALES.

Los principios generales recogidos en los artículos 20 y 38 de la Ley Hipotecaria impiden inscribir una escritura de rectificación de la descripción de una finca, en la que concurren las circunstancias siguientes: no se aporta el título previo de la segregación, en su caso, de la finca cuya descripción se rectifica; ni el de la adquisición —en este caso, de elevación a público de un documento privado de compraventa de la finca objeto del expediente, una vez haya sido segregada— de la finca que es objeto de la rectificación de descripción.

Resoluciones de 13 y 21-5-2013
(BOE 11 y 27-6-2013)
Registro de La Pobla de Vallbona y Valencia, número 13

UNIONES DE HECHO: TRASCENDENCIA A LOS EFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN DE ACTOS DISPOSITIVOS.

Siguiendo el criterio sentado en su momento por una sentencia judicial que anuló una resolución de la DGRN, para inscribir una escritura de ampliación de hipoteca otorgada por una persona soltera, ha de constar la manifestación por parte del prestatario de que no ha constituido unión de hecho formalizada en la Comunidad Valenciana o que el inmueble no constituye el domicilio de aquella.

Resolución de 14-5-2013
(BOE 11-6-2013)
Registro de Alicante, número 5

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL: RECTIFICACIÓN DE ASIENTOS.

Por imperativo del principio de legitimación no es posible rectificar un asiento del Registro sin el consentimiento de todos sus titulares. En el presente caso se trata de una finca que aparece inscrita a nombre de dos personas con carácter ganancial. Ahora se otorga una escritura por uno solo de ellos, acreditando con certificaciones del Registro Civil que al tiempo de la adquisición estaban solteros, y solicitando que se rectifique la inscripción practicándola por mitad y pro indiviso a favor de ambos. Aunque pudiera entenderse que el hecho de hallarse solteros al tiempo de la adquisición queda demostrado indubitadamente, la determinación de las porciones de titularidad que corresponden a cada uno requieren el consentimiento de ambos.

Resolución de 14-5-2013
(BOE 11-6-2013)
Registro de Igualada, número 2

AGRUPACIÓN DE FINCAS DISCONTINUAS: UNIDAD ORGÁNICA DE EXPLOTACIÓN.

Para poder inscribir una agrupación de fincas que no son colindantes entre sí es necesario probar que existe una causa económica que justifica la formación de esa finca discontinua como base de una unidad orgánica de explotación. Pero esa acreditación no pasa necesariamente por aportar una resolución de la Consejería correspondiente.

Resolución de 16-5-2013
(BOE 11-6-2013)
Registro de Palma, número 8

SEGREGACIÓN DE FINCA: IDENTIDAD DE LA FINCA SEGREGADA.

Si existen dudas fundadas sobre si la porción segregada procede de una finca registral o de otra distinta, no cabe practicar la inscripción, debiendo más bien acudir al procedimiento previsto en el artículo 306 del Reglamento Hipotecario. Sin embargo, no cabe alegar dudas respecto a la eventual naturaleza de bien de dominio público o patrimonial de un ayuntamiento, cuando de la licencia no resulta alusión alguna a esta circunstancia.

Resolución de 16-5-2013

(BOE 11-6-2013)

Registro de Santa Fe, número 1

OBRAS NUEVAS ANTIGUAS EN ANDALUCÍA: LIBRO DEL EDIFICIO.

La exigencia de su depósito se refiere a las obras nuevas terminadas que se formalizan al amparo del artículo 20.1 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, pero no a las que se formalizan al amparo de su apartado cuarto en el caso 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, las llamadas obras nuevas antiguas, sin que su exigencia tampoco venga impuesta para la autorización de las escrituras, ni para su inscripción, de las declaraciones de obras nuevas de edificios, ni antiguos, ni nuevos, por la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación por cuanto el citado artículo 20 de dicha Ley, se refiere única y exclusivamente a las garantías del artículo 19, no al Libro del Edificio. De acuerdo con lo expuesto, el artículo 27 del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía, según redacción dada por el número seis del artículo cuarto del Decreto 327/2012, de 10 de julio, en cuanto exige en su apartado c) del número uno como requisito para la formalización e inscripción de los actos de edificación «la constancia de la autenticidad e integridad del Libro del Edificio y su depósito en el Registro de la Propiedad en cuya circunscripción radique el inmueble». Pero la norma expresamente —y coherentemente con el reparto constitucional de competencias— exige que se interprete conforme «con la normativa notarial y registral correspondiente», que no es otra que la contenida en el artículo 20 del repetido Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, por lo que debe concluirse que tras esta reforma la exigencia del Libro del Edificio queda limitada a los supuestos del número 1 del artículo 20 y no a los del número 4.

Resolución de 17-5-2013

(BOE 26-6-2013)

Registro de Almansa

SENTENCIA QUE CONDENA AL DEMANDADO A UNA OBLIGACIÓN NO DINERARIA: REQUISITOS DE ACCESO AL REGISTRO.

A diferencia de las sentencias decorativas o constitutivas de derechos, las de condena necesitan de un proceso de ejecución para poder generar el título que les permita su acceso al Registro. Serán inscribibles en el Registro de la Propiedad las declaraciones de voluntad dictadas por el juez en sustitución forzosa del obligado en virtud de sentencia de condena, cuando estén predeterminados los elementos esenciales del negocio; pero no suplen la declaración de voluntad del demandante, que deberá someterse a las normas civiles y mercantiles sobre forma y documentación de actos y negocios jurídicos (cfr. arts. 1217, 1218, 1279 y 1280 del CC; art. 3 de la LH y arts. 143 y 144 del RN). En consecuencia, el demandante podrá otorgar la escritura de elevación a público del documento

privado compareciendo ante el notario por sí solo, apoyándose en los testimonios de la sentencia y del auto que suple la voluntad del demandado. El auto del artículo 708 de la Ley de Enjuiciamiento Civil viene a hacer innecesaria la comparecencia de la autoridad judicial en el otorgamiento del negocio o contrato de la persona cuya voluntad ha sido suplida judicialmente. Por el contrario, si sería directamente inscribible, en virtud del mandamiento judicial ordenando la inscripción, el testimonio del auto firme por el que se suplan judicialmente las declaraciones de voluntad del obligado a prestarlas, si se tratara de negocios o actos unilaterales, para cuya inscripción bastará, en su caso, la resolución judicial que supla la declaración de voluntad unilateral del demandado (como sería el ejercicio de un derecho de opción, el consentimiento del titular de la carga para la cancelación de un derecho real de garantía o de una condición resolutoria por cumplimiento de la obligación garantizada, entre otros casos), siempre que no lo impida la observancia de las normas civiles y mercantiles sobre forma y documentación de actos y negocios jurídicos (cfr. Resoluciones de 17-3-2009, 12-3 y 3-6-2010, 5-6 y 7-11-2012).

Resolución de 17-5-2013

(BOE 26-6-2013)

Registro de Elche, número 1

CONDICIÓN RESOLUTORIA: REQUISITOS PARA SU EJERCICIO.

El Centro Directivo ha consolidado una doctrina clara respecto a los requisitos que han de cumplimentarse para conseguir la reinscripción a favor del transmitente en caso de ejercicio de una condición resolutoria explícita: 1. 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; 2. 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 (sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de septiembre de 1993), que frustre el fin del contrato por la conducta del adquirente, sin hallarse causa razonable que justifique esa conducta (sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de diciembre de 1991, 14 de febrero y 30 de marzo de 1992, 22 de marzo de 1993, 20 de febrero y 16 de marzo de 1995); 3. 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). Respecto de la cláusula penal que se haya estipulado para el caso de resolución de la transmisión por incumplimiento, no cabe deducción alguna de la cantidad que deba ser consignada, basándose en la cláusula, por cuanto puede tener lugar

la corrección judicial prescrita en el artículo 1154 del Código Civil (Resoluciones de 29 de diciembre de 1982, 16 y 17 de septiembre de 1987, 19 de enero y 4 de febrero de 1988 y 28 de marzo de 2000), sin que quepa pactar otra cosa en la escritura (Resolución de 19 de julio de 1994).

Resolución de 18-5-2013

(BOE 26-6-2013)

Registro de Madrid, número 20

CONDICIÓN SUSPENSIVA: CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN.

A la hora de calificar los documentos inscribibles el registrador habrá de tener en cuenta no solo la simple y pura literalidad de los términos empleados, sino también la intención evidente de los otorgantes reflejada en el negocio documentado, la valoración global de sus cláusulas y su inteligencia en el sentido más adecuado para que produzcan efecto (cfr. arts. 1281, 1284 y 1285 del CC). Por tanto, la estipulación que señala que «La eficacia de lo convenido en la presente escritura de novación queda sujeto a la condición suspensiva consistente en que el momento de su inscripción en el Registro de la Propiedad, no se haya practicado ningún asiento de inscripción o anotación, ni esté vigente asiento de presentación en el Libro Diario, que impida mantener el mismo rango a la hipoteca que garantiza el préstamo que se nova por la presente», ha de entenderse referida a cargas no relacionadas en la propia escritura y conocidas, consecuentemente, por las partes.

Resolución de 20-5-2013

(BOE 26-6-2013)

Registro de Benidorm, número 2

CONCURSO DE ACREEDORES: ANOTACIÓN DE EMBARGO POR DEUDAS A LA SEGURIDAD SOCIAL.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de acuerdo con lo que señala el artículo 56 de la Ley Concursal, podrá practicarse una anotación de embargo a favor de la Seguridad Social siempre que la providencia de apremio sea anterior a la declaración de concurso del deudor, y que haya un pronunciamiento del juez del concurso sobre si la finca o derecho embargado se encuentra o no afecto a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad y si un bien o derecho resulta necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

Resolución de 21-5-2013

(BOE 27-6-2013)

Registro de Fuenlabrada, número 3

SOCIEDAD CIVIL: OBJETO MERCANTIL.

Sin entrar en el debate sobre la naturaleza de la sociedad civil, se concluye que cuando la sociedad tiene un claro objeto mercantil, es irremediable su cons-

titución con arreglo a las formas mercantiles, dada la naturaleza imperativa del régimen de este tipo de sociedades.

Resolución de 22-5-2013
(BOE 27-6-2013)
Registro de Arzúa

CERTIFICACIONES ECLESIASTICAS DEL ARTÍCULO 206 DE LA LEY HIPOTECARIA: INMATRICULACIÓN CON OBRA NUEVA.

Así la certificación eclesiástica de dominio para la inmatriculación de fincas es título hábil para las inmatriculaciones de fincas y por tanto también para la descripción de los inmuebles en ellas existentes. Eso sí, siempre que se justifique el cumplimiento de las exigencias urbanísticas y derivadas de la legislación de ordenación de la edificación, circunstancia en cuya consideración, conforme a lo dispuesto en el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, no se entra por no haber sido objeto de la nota de calificación.

Resolución de 22-5-2013
(BOE 27-6-2013)
Registro de Granada, número 9

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: NOTIFICACIÓN AL TERCER POSEEDOR.

La notificación y requerimiento de pago al tercer poseedor que inscribió su dominio antes de que se expidiera la certificación de cargas es un requisito necesario para la inscripción del decreto de adjudicación en el procedimiento de ejecución de hipoteca.

Resolución de 23-5-2013
(BOE 27-6-2013)
Registro de Felanitx, número 1

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: PRINCIPIO DE TRACTO SUCESSIVO.

No es posible la práctica de una anotación de embargo sobre una finca propiedad de una sociedad unipersonal ordenada en un procedimiento de ejecución contra su socio único, en el que se traban simultáneamente todas las participaciones sociales en que se divide su capital social sin que se haya demandado en ningún momento a la sociedad formalmente dueña del inmueble.

Resolución de 23-5-2013
(BOE 27-6-2013)
Registro de Liria

RECURSO GUBERNATIVO: COMPETENCIA. RÉGIMEN DE GERMANÍA: APORTACIÓN DE BIENES.

Para que la competencia de resolución de recursos contra la calificación de los registradores corresponda a los TSJ es necesario que el recurso se base en la aplicación del Derecho Foral correspondiente y que el Estatuto de Autonomía haya atribuido tal competencia a su TSJ. Aunque no cabe aplicar mecánicamente la analogía entre el régimen de gananciales y el de germanía, sí que se deben exigir los mismos requisitos para el negocio que provoque el del alzamiento patrimonial desde los patrimonios personales de cada cónyuge al patrimonio común. Por ello es necesario que se identifique la causa onerosa o gratuita que justifica el negocio de aportación correspondiente.

Resolución de 24-5-2013
(BOE 28-6-2013)
Registro de Fuentesauco

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

El recurso gubernativo tiene por objeto la impugnación de la calificación negativa del registrador, pero no la revisión de la corrección de asientos ya practicados, que se encuentran bajo la salvaguardia de los Tribunales.

Resolución de 27-5-2013
(BOE 1-7-2013)
Registro de Amposta, número 2

SENTENCIA DECLARANDO LA ILEGALIDAD DE LA LICENCIA POR LA QUE SE CONSTRUYÓ UN EDIFICIO.

Habiéndose dictado una sentencia por un tribunal contencioso-administrativo por la que se anula la licencia en cuya virtud se construyó un edificio dividido horizontalmente, si no se ha dirigido el procedimiento contra todos los actuales titulares de derechos sobre las fincas no es posible practicar la inscripción de la misma. Tampoco cabe practicar la nota marginal que informa sobre la declaración de ilegalidad sobre unos pisos y no sobre otros, porque la ilegalidad de la licencia afecta a todo el edificio.

Resolución de 27-5-2013
(BOE 1-7-2013)
Registro de Madrid, número 37

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: HERENCIA YACENTE.

La calificación negativa debe ser confirmada pues del expediente resulta que el procedimiento se ha llevado a cabo por deudas del causante titular registral en cuanto a una parte indivisa y que acreditado, en el proceso su fallecimiento se ha continuado contra sus herederos indeterminados sin mayor precisión y sin que exista persona cierta alguna demandada a la que se haya considerado interesada en la herencia.

Resolución de 28-5-2013
(BOE 28-6-2013)
Registro de Vigo, número 3

INMATRICULACIÓN DE FINCAS: LEGISLACIÓN DE MONTES.

La exigencia del informe previo a que alude el artículo 22 de la Ley de Montes solo está justificada cuando la finca colinde con montes demaniales, pero no cuando lo haga con montes vecinales en mano común, que según la jurisprudencia del Supremo no son de titularidad pública, sino privada del conjunto de los vecinos. Para suspender la inscripción por dudas en la identidad de la finca, el registrador ha de justificar dichas dudas, sin que quepa una apreciación arbitraria.

Resolución de 28-5-2013
(BOE 1-7-2013)
Registro de Sevilla, número 11

REPRESENTACIÓN: EFECTOS DE LA RATIFICACIÓN. HIPOTECA UNILATERAL: NATURALEZA.

La ratificación produce, en general, efectos *ex tunc* entre las partes contratantes, que antes de ella no estuvieron unidas por vínculo obligatorio y constituye por sí misma una declaración unilateral de voluntad recepticia, referida al negocio jurídico que no es propiamente inexistente, sino que se halla en estado de suspensión, sometido a una *conditio iuris*; y que tales efectos, si bien no hay precepto expreso que los determine, deben inferirse del contexto del artículo 1259 del citado Código, como ha puesto de relieve la jurisprudencia. Los efectos retroactivos del negocio jurídico bilateral ratificado han de entenderse sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos en el ínterin por terceros. Si sustantivamente el negocio ratificado solo produce efectos *inter partes* y no frente a terceros, con mayor razón y tomando en consideración el principio de prioridad, y la calificación del defecto como insubsanable, tampoco puede existir este efecto en el plano registral. No cabe entender que una hipoteca bilateral que pueda ser defectuosa por haberse apreciado un vicio en el consentimiento del acreedor quede convertida automáticamente en una hipoteca unilateral y sujeta a la regulación del artículo 141 de la Ley, ya que los peculiares efectos que lleva

aparejado este último tipo de hipoteca exige que se constituya expresamente con ese carácter.

Resolución de 29-5-2013

(BOE 28-6-2013)

Registro de Málaga, número 13

HIPOTECA EN GARANTÍA DE OBLIGACIONES AL PORTADOR: SUBROGACIÓN POR EL ADJUDICATARIO EN CASO DE EJECUCIÓN PARCIAL. HIPOTECA: CANCELACIÓN POR PRESCRIPCIÓN EX ARTÍCULO 82.5 DE LA LEY HIPOTECARIA.

La previsión recogida en el artículo 155 de la Ley Hipotecaria, relativa a que, en caso de ejecución parcial de una hipoteca en garantía de títulos emitidos al portador, el adjudicatario se subroga en la hipoteca que subsiste respecto del resto de títulos no ejecutados, ha de entenderse en el sentido de que dicha subrogación lo es respecto del derecho real de hipoteca, pero no en relación a la obligación asegurada. La constancia por parte de dicho adjudicatario en el registro de un domicilio a efectos de notificaciones y requerimientos en caso de ejecución hipotecaria no implica un reconocimiento de deuda que suponga por sí una interrupción de la prescripción de la acción hipotecaria. No obstante, debe estar indubitadamente claro que se ha cumplido el plazo previsto en el artículo 82.5 de la Ley Hipotecaria para que se pueda acceder a la cancelación de la hipoteca.

Resolución de 29-5-2013

(BOE 28-6-2013)

Registro de Manises

CONCURSO DE ACREEDORES: ANOTACIÓN DE EMBARGO POR CRÉDITOS CONTRA LA MASA.

En principio es posible que se inicien ejecuciones singulares al margen del concurso para la efectividad de los llamados créditos contra la masa, pero del estudio sistemático de los artículos 8, 9, 84 y 154 de la Ley Concursal resulta que la consideración de que un determinado crédito es un crédito contra la masa al efecto de obtener la anotación preventiva del embargo decretado como consecuencia de su impago, no corresponde realizarla al propio titular del crédito por sí, ni menos aún puede entenderse apreciable de oficio por el registrador dado lo limitado de los medios de que dispone a este efecto. Deberá ser el juez del concurso el que deba llevar a cabo esta calificación, de acuerdo con la vis atractiva que ejerce su jurisdicción durante la tramitación del concurso y a la vista del informe que al efecto presenta la administración del concurso.

Resolución de 30-5-2013
(BOE 28-6-2013)
Registro de Barcelona, número 5

CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y DIVORCIO: PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.

No es susceptible de inscripción la adjudicación que se hace a la esposa mediante convenio regulador homologado judicialmente, de la vivienda que durante el matrimonio fue domicilio familiar, habida cuenta de que consta inscrita a favor de una sociedad, de la que es socio único y administrador el esposo transmitente.

Resolución de 30-5-2013
(BOE 11-7-2013)
Registro de Valencia, número 3

DERECHO DE OPCIÓN: EJERCICIO Y CANCELACIÓN DE CARGAS POSTERIORES.

El ejercicio de un derecho de opción inscrito lleva consigo la cancelación de las cargas inscritas o anotadas con posterioridad, pero para que dicha cancelación se lleve a cabo es imprescindible que se deposite en establecimiento público el importe del precio pagado a disposición de los titulares de esas cargas canceladas.

Resolución de 31-5-2013
(BOE 28-6-2013)
Registro de Palencia, número 1

PROPIEDAD HORIZONTAL: GASTOS COMUNES.

En la cláusula que es objeto del presente expediente, se establece que «las reparaciones generales serán de cuenta de la subcomunidad de viviendas», lo que supone excluir de dichos gastos al resto de elementos de la propiedad horizontal que no forme parte de la «subcomunidad de viviendas». Como ha quedado expuesto en el anterior Fundamento de Derecho, los gastos de conservación de lo que se ha calificado como elementos estructurales han de ser satisfechos por todos los propietarios, sin posibilidad de individualización o exclusión, en los términos resultantes de los artículos 9.1.e) y 10.1 de la Ley de Propiedad Horizontal. El principio de autonomía de la voluntad tiene como límite la ley, la moral y el orden público (cfr. art. 1255 del CC), por lo que tal pacto solo puede interpretarse como referido a aquellas reparaciones generales de los elementos de las terrazas que no afecten a las condiciones estructurales de estanqueidad, habitabilidad, accesibilidad y seguridad del edificio, pues estas, en tanto elementos comunes por naturaleza, por imperativo legal son de cuenta de toda la comunidad.

Resolución de 31-5-2013

(BOE 28-6-2013)

Registro de Sevilla, número 10

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: NECESIDAD DE LA PREVIA INSCRIPCIÓN.

No cabe inscribir una escritura de compraventa si quien figura como vendedor no es la misma persona que aparece en el Registro como titular de la finca. Tampoco es el recurso gubernativo el cauce para rectificar asientos ya practicados ni decidir sobre la responsabilidad civil del registrador que los extendió.

Resolución de 1-6-2013

(BOE 5-7-2013)

Registro de San Clemente

SUSTITUCIÓN VULGAR: IDENTIFICACIÓN DE LOS SUSTITUTOS NO IDENTIFICADOS NOMINALMENTE.

La identificación de los sustitutos vulgares que no han sido designados nominativamente puede llevarse a efecto por medio del testamento del sustituido, pero es necesario que dicho testamento sea el último y que así se acredite por medio de certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad.

Resolución de 3-6-2013

(BOE 5-7-2013)

Registro de Alicante, número 4

IMPUESTO SOBRE INCREMENTO DEL VALOR DE LOS TERRENOS DE NATURALEZA URBANA: CIERRE REGISTRAL.

A los efectos de entender cumplido el requisito establecido en el artículo 254.5 de la Ley Hipotecaria, puede admitirse una comunicación de la transmisión realizada al Ayuntamiento y presentada en la Oficina de Correos para su remisión certificada. El artículo 31 del Real Decreto 1829/1999 señala como requisitos para que la comunicación produzca sus efectos a través de la Oficina de Correos, que en la cabecera de la primera hoja del documento que se quiera enviar, se hagan constar, con claridad, el nombre de la oficina y la fecha, el lugar, la hora y minuto de su admisión.

Resoluciones de 3 y 11-6-2013

(BOE 5 y 12-7-2013)

Registro de San Sebastián de los Reyes, número 2 y Campillos

EXPEDIENTE DE DOMINIO DE INMATRICULACIÓN: FINCA PROCEDENTE POR SEGREGACIÓN DE OTRA.

En ningún caso procede la inmatriculación de una finca cuando se advierte por el registrador que tal finca ya está inscrita. Incluso aun cuando la descripción

de la finca en la solicitud de certificación hubiera sido la misma que en el auto y el registrador hubiera expedido certificación negativa de la inscripción, habría de denegarse la inmatriculación (sin perjuicio, en su caso, de la responsabilidad civil del registrador por expedición de certificación errónea), si al momento de la inmatriculación se advierte que la finca está ya inscrita. Por otro lado, si la finca que se va a inmatricular procede por segregación de otra mayor, es necesario aportar la preceptiva licencia.

Resolución de 4-6-2013

(BOE 5-7-2013)

Registro de Castellón de la Plana, número 3

CONCURSO DE ACREEDORES: PRÓRROGA DE ANOTACIONES PREEXISTENTES.

El hecho de que se declare el concurso no implica que se levanten los embargos preexistentes, sin perjuicio de los efectos que se produzcan sobre dichos procedimientos de ejecución singular. Por ello no hay obstáculo para practicar una anotación de prórroga de otra anotación de embargo anterior a la constancia registral de la declaración de concurso.

Resoluciones de 4 y 11-6-2013

(BOE 5 y 12-7-2013)

Registro de Mojácar

OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: SUELOS DEMANIALES O AFECTADOS POR SERVIDUMBRES LEGALES.

Al amparo de lo establecido en el artículo 20.4 de la Ley del Suelo, el registrador debe comprobar que la obra nueva no se asienta en un suelo que tenga carácter demanial o esté afectado por servidumbres de uso público general. Si bien para determinar que se está ocupando suelo demanial es necesario que tal circunstancia resulte del Registro o de los documentos aportados, sin que sea posible exigir documentos complementarios para despejar supuestas dudas, en relación con las servidumbres de uso público cabe que el registrador exija un certificado aclaratorio cuando la duda de que el suelo esté afectado por la misma resulte del hecho de su colindancia con el dominio público.

Resolución de 12-6-2013

(BOE 12-7-2013)

Registro de Madrid, número 4

BIENES GANANCIALES: PRUEBA DEL CARÁCTER PRIVATIVO DEL DINERO INVERTIDO EN LA ADQUISICIÓN.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que mientras no esté acreditado mediante prueba documental pública la procedencia privativa del dinero invertido en la adquisición onerosa de un bien, ha de primar la presunción de gananciali-

dad. Distinto sería que se tratara de un caso de adquisición por un título derivado de la previa titularidad privativa de una cuota del bien objeto de adquisición.

Resolución de 12-6-2013
(BOE 12-7-2013)
Registro de Negreira

AGRUPACIÓN DE FINCAS: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LAS FINCAS.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que mientras estén suficientemente razonadas las dudas del registrador respecto de la identidad de las fincas, no es el marco del recurso contra su calificación el adecuado para dilucidarlas, sino la vía jurisdiccional, toda vez que constituyen una situación de hecho que no puede ser decidida en el seno del recurso gubernativo y que habrá de ser planteada por el interesado ante el juez de primera instancia del correspondiente partido judicial, conforme a lo dispuesto en los artículos 300 y 306 del Reglamento Hipotecario, para que sea este quien determine si es o no inscribible el documento presentado.

Resolución de 12-6-2013
(BOE 12-7-2013)
Registro de Sepúlveda

BIENES DE LAS ENTIDADES LOCALES: ENAJENACIÓN MEDIANTE SUBASTA.

El trámite de la subasta pública es esencial en el procedimiento de enajenación de bienes de las entidades locales. Solo cabe exceptuarlo en los casos previstos expresamente en la Ley.

Resolución de 13-6-2013
(BOE 12-7-2013)
Registro de Arona

PRINCIPIO DE ROGACIÓN: TIPO DE ASIENTO A PRACTICAR.

Aunque el principio de rogación impide al registrador actuar de oficio, una vez solicitada la inscripción, es el propio registrador el que debe decidir el tipo o clase de asiento que debe extenderse.

Resolución de 13-6-2013
(BOE 12-7-2013)
Registro de Felanitx, número 2

LEGÍTIMA EN MALLORCA: NATURALEZA.

La legítima en nuestro Derecho común, así como en Derecho balear (y a diferencia de otros ordenamientos jurídicos nacionales, como el catalán) se configura generalmente como una *pars bonorum*, y se entiende como una parte de los bienes

relictos que por cualquier título debe recibir el legitimario, sin perjuicio de que, en ciertos supuestos, reciba su valor económico o *pars valoris bonorum*. De ahí que se imponga la intervención del legitimario en la partición, dado que tanto el inventario de bienes, como el avalúo y el cálculo de la legítima, son operaciones en las que ha de estar interesado el legitimario, para preservar la intangibilidad de su legítima. Por otro lado, no entra dentro de las facultades de calificación del registrador el apreciarse si se ha producido o no la prescripción de la acción para reclamar los derechos del legitimario.

Resolución de 14-6-2013
(BOE 26-7-2013)
Registro de Madrid, número 22

PROPIEDAD HORIZONTAL: MODIFICACIÓN DE LA CABIDA DE ELEMENTOS PRIVATIVOS.

La descripción de las unidades privativas en un edificio en régimen de propiedad horizontal forma parte del contenido esencial del título constitutivo, y si bien, con carácter general, se exige la unanimidad para la modificación de este, el Centro Directivo en Resolución de 30 de enero de 2013 ha señalado que cuando se está ante un mero error de medición de un elemento privativo, acreditado con certificación de técnico competente que aclara que la nueva medición coincide plenamente con el proyecto para el que se obtuvo licencia, y no se afecta en ningún modo a los demás elementos privativos que componen el edificio, la rectificación de la cabida puede hacerla exclusivamente el titular que resulta afectado por la discordancia entre la realidad extrarregistral y lo que publica el Registro.

Resolución de 14-6-2013
(BOE 26-7-2013)
Registro de Sagunto, número 1

CONCURSO DE ACREEDORES: ANOTACIÓN DE EMBARGO POR DÉBITOS FISCALES.

No cabe practicar anotación de embargo por débitos fiscales si consta que la diligencia de embargo es de fecha posterior al auto de declaración del concurso y no consta que el Juzgado de lo Mercantil ante quien se tramita el concurso se haya pronunciado sobre el carácter no necesario de los bienes trabados para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

Resolución de 14-6-2013
(BOE 26-7-2013)
Registro de Valdemoro

PATRIA POTESTAD: CONFLICTO DE INTERESES.

Existe un conflicto de intereses que priva al progenitor del ejercicio de la patria potestad y obliga a nombrar un defensor judicial cuando en una opera-

ción de liquidación de gananciales previa a la partición de herencia, al hacer el inventario ganancial el activo está integrado total o parcialmente por bienes cuya ganancialidad no viene predeterminada legalmente sino que es fruto de una presunción legal susceptible de ser combatida (Resolución de 14 de marzo de 1991) o de una declaración unilateral del cónyuge supérstite (Resolución de 3 de abril de 1995).

Resolución de 15-6-2013

(BOE 26-7-2013)

Registro de Calpe

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: EFECTO DE SU CADUCIDAD.

Como ha señalado de manera reiterada este Centro Directivo, al estar cancelada por caducidad la anotación preventiva de embargo, y al estar dicho asiento bajo la salvaguardia de los tribunales, ya no es posible cancelar como cargas posteriores las que lo eran en el momento de expedirse certificación de cargas o las anotadas con posterioridad y que, como consecuencia de la cancelación de aquella, han avanzado de rango y pasado a ser registralmente preferentes (cfr. Resoluciones de 28 de noviembre de 2001 y 11 de abril de 2002). De otro modo: cancelada por caducidad la anotación, como acontece en el caso, no es posible obtener el trasvase de prioridad en detrimento de las cargas posteriores, debiendo el registrador denegar la inscripción del mandamiento en que dicha cancelación se pretenda.

Resolución de 15-6-2013

(BOE 26-7-2013)

Registro de Denia, número 1

PROYECTO DE REPARCELACIÓN: INSCRIPCIÓN DE ACTOS MODIFICATIVOS.

Como consecuencia de las operaciones de reparcelación debidamente inscritas en el Registro de la Propiedad, uno de los titulares recibe un exceso de aprovechamiento en el resultado generando un crédito en beneficio de la Administración actuante. Con posterioridad y por acuerdo entre Administración y titular se decide satisfacer ese crédito mediante la entrega de una finca ajena a la unidad de actuación procediéndose por aquella a la aprobación de un acuerdo que se presenta en el Registro como operación complementaria. Tiene razón el recurrente cuando dice que el proyecto originario no se modifica en tanto que no hay alteración del reparto de beneficios y cargas original. Pero precisamente por esta circunstancia no existe operación complementaria pues aprobado definitivamente el proyecto e integradas las fincas de resultado en el tráfico jurídico ordinario no puede pretenderse que ahora forme parte del mismo la liquidación de un excedente de aprovechamiento que no se ve alterado. La entrega por el beneficiario del exceso de una finca exterior a la unidad de ejecución es una operación jurídica de tráfico ordinario y no una operación complementaria de un expediente firme. No puede acogerse la pretensión del recurrente de que la operación complementaria consiste en sustituir el modo en que se ha de satisfacer el pago del exceso de aprovechamiento pasando de

metálico a especie pues aunque así fuera en nada cambia el hecho de que la liquidación por entrega de especie es ajena al proyecto aprobado y por tanto constituye una operación de tráfico ordinario. Tampoco es sostenible la afirmación de que la operación complementaria viene constituida por la alteración de la cuenta de liquidación en que se materializó el exceso de aprovechamiento (la finca del sector 7, registral 4.231) pues como resulta del propio expediente, su cuantía no se ve modificada y solo la forma de pago. Si se reduce el saldo de liquidación provisional no es porque se hayan ajustado las cantidades a las que está afecta la finca de reemplazo sino porque se ha satisfecho parcialmente su importe como resulta con toda claridad del expediente.

Resolución de 17-6-2013
(BOE 26-7-2013)
Registro de Azpeitia

HIPOTECA UNILATERAL: CANCELACIÓN A INSTANCIA DEL DUEÑO DE LA FINCA.

Tras reiterar que no puede admitirse como aceptación un supuesto consentimiento tácito de la entidad a cuyo favor se constituyó un hipoteca unilateral, el Centro Directivo considera como suficiente a los efectos de la cancelación a instancia del dueño de la finca, un requerimiento realizado al acreedor en los siguientes términos: se comunica a Kutxa el otorgamiento de la hipoteca unilateral reseñada (y sus modificaciones) y se le requiere para su aceptación en el plazo de dos meses, transcurridos los cuales sin que conste en el Registro la aceptación por el acreedor, podrá cancelarse la hipoteca a petición del dueño de la finca, sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó.

Resolución de 17-6-2013
(BOE 26-7-2013)
Registro de Málaga, número 7

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.

No cabe practicar anotación de un embargo trabado sobre finca que no se halla inscrita a nombre del demandado en el procedimiento.

Resolución de 18-6-2013
(BOE 26-7-2013)
Registro de Colmenar Viejo, número 1

HERENCIA: PARTICIÓN POR CONTADOR PARTIDOR TESTAMENTARIO.

La partición efectuada por contador partididor testamentario tiene un claro carácter unilateral que no queda desvirtuado por el hecho de que en la escritura comparezca la viuda usufructuaria universal actuando en su propio nombre y derecho y en representación de su hija menor, heredera universal, en tanto se limita a la aceptación de la herencia y de las adjudicaciones que realiza el

contador, si bien respecto de las que se verifican a favor de la menor no pueden tenerse por hechas hasta tanto se confirmen por un representante legal en quien no concurra conflicto de intereses.

Resolución de 18-6-2013
(BOE 26-7-2013)
Registro de Madrid, número 14

PRINCIPIO DE PRIORIDAD: ORDEN DE CALIFICACIÓN Y DESPACHO DE LOS TÍTULOS PRESENTADOS.

Existiendo un asiento de presentación previo relativo a un título contradictorio y que se halla vigente en tanto se resuelve el recurso contra la calificación negativa del registrador, no cabe calificar y despachar el título presentado con posterioridad.

Resolución de 19-6-2013
(BOE 29-7-2013)
Registro de Castro del Río

HERENCIA: DECLARACIÓN DE HEREDEROS ABINTESTATO.

Una persona fallece sin testamento, por lo que se procede a otorgar la pertinente declaración de herederos abintestato; en la misma se declara que el causante falleció intestado sin descendientes, sobreviviéndole su madre y su esposa. En consecuencia, se declara única heredera intestada a la madre del causante, sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria de la esposa. Posteriormente, la madre y única heredera renuncia a la herencia, y ante distinta Notaría, y con la única comparecencia de la esposa, se otorga una escritura de partición hereditaria en la que dicha esposa se adjudica el caudal hereditario como única heredera del causante, dado que en virtud de la renuncia de la llamada en primer lugar, y del contenido y circunstancias del acta de declaración de herederos previamente autorizada, es evidente que ella es la heredera final. Entiende el Centro Directivo que no es preciso realizar una nueva declaración de herederos, dado que de los hechos probados con los documentos públicos existentes hay suficiente base para que el registrador aprecie la condición de heredera de la viuda.

Resolución de 19-6-2013
(BOE 29-7-2013)
Registro de Manzanares

INMATRICULACIÓN: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

En ningún caso procede la inmatriculación de una finca cuando se advierte por el registrador que tal finca ya está inscrita. Incluso aun cuando la descripción de la finca en la solicitud de certificación hubiera sido la misma y el registrador hubiera expedido certificación negativa de la inscripción, habría de denegarse la inmatriculación (sin perjuicio, en su caso, de la responsabilidad civil del registra-

dor por expedición de certificación errónea), si al momento de la inmatriculación se advierte que la finca está ya inscrita. Pero las dudas que ponga de manifiesto el registrador deben ser fundadas.

Resolución de 20-6-2013
(BOE 29-7-2013)
Registro de Carballo

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: NECESIDAD DE LA PREVIA INSCRIPCIÓN A FAVOR DEL OTORGANTE.

No cabe practicar las operaciones registrales derivadas de un expediente de depuración física y jurídica de una serie de fincas instruido por un Ayuntamiento, si las referidas fincas figuran inscritas a nombre de una tercera persona.

Resolución de 20-6-2013
(BOE 29-7-2013)
Registro de Denia, número 2

RESOLUCIONES JUDICIALES DE PAÍSES COMUNITARIOS EN MATERIA DE DIVORCIO: APLICACIÓN DEL REGLAMENTO DE BRUSELAS II BIS.

Como se ha afirmado en la doctrina científica y en la oficial de este Centro Directivo (cfr. Resolución de 27 de julio de 2012), la integración del control incidental de la resolución extranjera dentro de la calificación o juicio de legalidad que realiza el registrador, supone que este deberá realizar tres operaciones sucesivas: primero, verificar que la resolución extranjera pueda ser subsumida en el ámbito de aplicación temporal, material y territorial del correspondiente instrumento comunitario, en este caso en el Reglamento 2.201/2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, como condición lógicamente necesaria para acogerse a su régimen privilegiado de eficacia transfronteriza; segunda, verificar que con arreglo a la normativa comunitaria la resolución extranjera puede ser reconocida y desplegar efectos en España como tal resolución judicial; y, tercero, determinar si, con arreglo a la legislación registral española, aquella resolución extranjera puede acceder a los libros del Registro. Pero, considerando que el propio Reglamento excluye su aplicación a las consecuencias patrimoniales del proceso de divorcio, resultan plenamente aplicables en relación a tales efectos patrimoniales las exigencias formales que impone la legislación española, orientadas a acreditar la autenticidad del documento presentado (legalización o apostilla conforme al art. 3 de la LH y 36 del RH), y su ejecutoriedad en España (*exequatur* exigido por el art. 4 de la LH, tramitado conforme a los arts. 955 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, si bien con la redacción dada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, y por la Ley 11/2011, de 11 de mayo). En consecuencia, este primer motivo del recurso debe ser desestimado. Por otro lado, de acuerdo con la legislación hipotecaria española, resulta esencial que el título cuya inscripción se pretende provoque de forma directa una mutación jurídico real sobre un inmueble, que además debe resultar adecuadamente identificado en el mismo.

Resolución de 21-6-2013
(BOE 29-7-2013)
Registro de El Campello

CONCURSO DE ACREEDORES: PRÓRROGA DE ANOTACIÓN DE EMBARGO.

En el presente caso se trata de practicar una mera prórroga de la anotación de embargo, que no es acto ejecutivo propiamente dicho ni legitima la ejecución separada si no se dan los demás requisitos, y que de no practicarse impediría al ejecutante intentar llevar a cabo la ejecución dentro del concurso o al margen de él, si se dieran las circunstancias necesarias. La circunstancia de quedar prorrogado el asiento de anotación preventiva no significa que quede excluida, para proseguir la ejecución, la necesidad de acreditación de los demás requisitos legales para poder llevarse a cabo de forma separada al concurso. En conclusión, en este momento procedimental no es necesaria la acreditación por resolución del juez de lo Mercantil, de que los bienes ejecutados no están afectos ni son necesarios para la actividad del deudor concursado, sin perjuicio de que sí sea necesario para continuar con la ejecución del embargo cuyo asiento ha sido prorrogado.

Resolución de 21-6-2013
(BOE 29-7-2013)
Registro de Ocaña

CALIFICACIÓN REGISTRAL: DOCUMENTOS A TENER EN CUENTA.

No cabe considerar en la resolución del recurso documentos no aportados al registrador a la hora de hacer la calificación recurrida.

Resolución de 21-6-2013
(BOE 26-7-2013)
Registro de Palencia, número 1

PROPIEDAD HORIZONTAL: CLÁUSULA ESTATUTARIA REFERENTE A LA AGRUPACIÓN DE ELEMENTOS PRIVATIVOS CON ESPACIOS COMUNES.

Se confirma la inscribibilidad de una cláusula estatutaria por la que se anticipa el consentimiento de la junta de propietarios a la eventual agrupación de un departamento privativo con un espacio bajo cubierta que tiene carácter de elemento común.

Resolución de 22-6-2013
(BOE 29-7-2013)
Registro de Sarriá

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: TÍTULOS CREADOS *AD HOC*.

En el presente caso se discute si es posible la inmatriculación de una finca con arreglo al procedimiento prevenido en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria

cuando, el título público, cuya inmatriculación se pretende, viene constituido por una escritura de entrega de bienes en concepto de mejora conforme la Ley de Derecho Civil de Galicia, precedida de la adquisición previa que se ha producido mediante una disolución de comunidad entre los padres de la posteriormente mejorada. Pero de este supuesto, el carácter *ad hoc* de la documentación se puede inferir de las circunstancias que rodean su otorgamiento así: la simultaneidad de ambos negocios, que parecen tener una conexión como la que se aprecia en el binomio disolución de comunidad-entrega de la finca, el bajo coste fiscal, los vínculos de parentesco entre todos los otorgantes, la ausencia de función económica y la neutralidad de la operación. Especial relevancia tiene la inexistencia de título previo de propiedad, pues, como se señala en el apartado Título de la escritura de disolución, los cónyuges no acreditan título alguno, limitándose a señalar que les pertenece por «justos y legítimos títulos», lo que no deja de ser una expresión vacía de contenido y, por ello el notario advierte expresamente (se entiende que de esa insuficiencia). Todo ello ofrece indicios suficientes de que la documentación ha sido creada y concebida *ad hoc*, habiéndose creado los documentos para eludir la titularidad dominical del primer título. En el supuesto del expediente, la nuda propiedad de la finca pasa de los padres a la hija sin intervención de ningún otro sujeto, sin acreditar la titularidad previa y en actos simultáneos en el tiempo entre personas unidas por estrechos vínculos de parentesco.

Resolución de 22-6-2013

(BOE 29-7-2013)

Registro de Valencia, número 13

LEGISLACIÓN URBANÍSTICA VALENCIANA: TOMA DE RAZÓN DE LA LICENCIA PARA DEMOLER.

Es evidente que la toma de razón de la licencia de demolición en cuanto autorización para llevar a cabo un «acto de transformación de un inmueble» puede acceder a los libros del Registro en la medida que con ello se proporciona una información a terceros esencial sobre el contenido y facultades del dominio inscrito y por tanto sobre su modificación a futuro. Pero deben cumplirse las normas generales de nuestro sistema hipotecario, entre las que está la necesidad de que todos los titulares registrales hayan sido parte en el expediente administrativo de concesión de licencia.

Resolución de 24-6-2013

(BOE 29-7-2013)

Registro de Huelva, número 2

SOCIEDADES MERCANTILES: ADMINISTRADORES NO INSCRITOS.

No constando inscrito el cargo de administrador en el Registro Mercantil, no cabe acogerse a las presunciones derivadas de dicha publicidad registral. De ahí que en estos casos de falta de inscripción del nombramiento de administrador en el Registro Mercantil, la reseña identificativa del documento o documentos fehacientes de los que resulte la representación acreditada al notario autorizante de la escritura deba contener todas las circunstancias que legalmente sean procedentes

para entender válidamente hecho el nombramiento de administrador por constar el acuerdo válido del órgano social competente para su nombramiento debidamente convocado, la aceptación de su nombramiento y, en su caso, notificación o consentimiento de los titulares de los anteriores cargos inscritos en términos que hagan compatible y congruente la situación registral con la extrarregistral (vid. arts. 12, 77 a 80, y 108, 109 y 111 del RRM y 222.8 de la LH y 110.1 de la Ley 24/2001); todo ello para que pueda entenderse desvirtuada la presunción de exactitud de los asientos del Registro Mercantil y que, en el presente caso, se hallan en contradicción con la representación alegada en la escritura calificada.

Resolución de 24-6-2013

(BOE 29-7-2013)

Registro de Las Palmas de Gran Canaria, número 3

ANOTACIONES PREVENTIVAS DE EMBARGO: EFECTOS DE LA CADUCIDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN.

De acuerdo con la doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. la Resolución de 30 de junio de 2007), como señala el registrador en su nota de calificación, la caducidad de las anotaciones ordenadas judicialmente opera automáticamente e *ipso iure*, una vez que se ha agotado el plazo de su vigencia sin haber sido prorrogadas (cfr. art. 86 de la LH), careciendo desde entonces de todo efecto jurídico, por lo que los asientos posteriores a la anotación caducada ganan rango respecto de aquella y, en consecuencia, no pueden ser cancelados en virtud de un título —el mandamiento cancelatorio al que se refiere el art. 175 del RH— que, conforme a dicho precepto y a los artículos 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 131 y 133 de la Ley Hipotecaria, sólo puede provocar la cancelación respecto de asientos no preferentes.

Resolución de 25-6-2013

(BOE 29-7-2013)

Registro de Belmonte de Miranda

SOCIEDAD DE GANANCIALES: DERECHO APLICABLE.

La redacción actual del Reglamento Hipotecario, fruto de una adaptación a las reformas sustantivas en materia de régimen matrimonial, no puede servir de justificación para impedir la inscripción de un negocio jurídico llevado a cabo bajo la cobertura de una regulación sustantiva civil distinta de la que no se derivaba tacha alguna de validez.

Resolución de 25-6-2013

(BOE 29-7-2013)

Registro de Castrojeriz

USUFRUCTO VITALICIO: CANCELACIÓN.

La cancelación de un usufructo vitalicio requiere la aportación del certificado de defunción de la usufructuaria.

Resolución de 25-6-2013

(BOE 29-7-2013)

Registro de Las Palmas de Gran Canaria, número 3

PROHIBICIONES DE DISPONER: SOBRE BIENES DISTINTOS DE LOS TRANSMITIDOS.

La limitación de la propiedad consistente en la prohibición de enajenar que se pretende establecer, procede de un negocio jurídico referido a un bien distinto de aquel sobre el que recae la prohibición. El negocio en el que se establece la prohibición es una donación de metálico; el bien que se grava procede de una compraventa que realiza el donatario aun cuando la hace con dinero en parte procedente de esa donación. Así pues, el bien que se grava no procede del testador o del donante a través del negocio de donación que la establece, sino que fue adquirido por el donatario de un tercero en virtud de un negocio distinto (compraventa). Aun cuando la literalidad del artículo 26.3 de la Ley Hipotecaria no lo impone ni se establece en el mismo de forma terminante que el objeto de la donación sea el bien sobre el que recae la prohibición o limitación, del citado artículo 26 se interpreta que el bien que se grava debe tener relación directa con ese testador o donante, de forma que el sujeto que la impone, el bien que se grava y el negocio del que resulta, deben constituir un triángulo inseparable.

Resolución de 26-6-2013

(BOE 26-7-2013)

Registro de Barcelona, número 18

CONVENIO REGULADOR DEL DIVORCIO: BIENES PRIVATIVOS DE LOS CÓNYUGES.

La disolución de la comunidad de bienes adquiridos antes del matrimonio, que afecta a determinados inmuebles y que contiene un negocio adicional de asunción de deuda hipotecaria, es un negocio ajeno al contenido típico del convenio regulador por lo que para su inscripción en el Registro de la Propiedad se precisa la oportuna escritura pública o, en su defecto, la sentencia firme dictada por juez competente en el procedimiento que corresponda.

Resoluciones de 27 y 28-6-2013

(BOE 31-7-2013)

Registro de Sabadell, número 4, e Ibiza, número 3

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD.

Caducada una anotación de embargo, no cabe acceder a su prórroga, sin que por otro lado proceda discutir en el recurso sobre la validez de un asiento ya practicado.

Resoluciones de 27-6 y 2-7-2013

(BOE 31-7-2013)

Registro de Mataró, número 4, y Torrent, número 3

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

No procede discutir en el recurso sobre la validez y alcance de un asiento ya practicado.

Resolución de 29-6-2013

(BOE 31-7-2013)

Registro de la Propiedad de Fuengirola

**ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: LA CADUCIDAD NO SE INTE-
RRUMPE.**

La cancelación de la anotación preventiva del embargo tiene un carácter automático, fatal, en cuanto asiento de vida limitada que se rige por el cómputo de la práctica del asiento inicial, y tras la Ley de Enjuiciamiento Civil, 1/2000, de 7 de enero, de sus prórrogas. La vigencia de la anotación, prefijada, nada tiene que ver como erróneamente entiende el recurrente con las eventuales actuaciones registrales que pudieren realizarse durante la vigencia de la anotación, como pudiere ser la nota de constancia registral de la subrogación procesal operada.

Resolución de 29-6-2013

(BOE 31-7-2013)

Registro de Manacor, número 2

**PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: NECESARIA INTERVENCIÓN DEL TI-
TULAR REGISTRAL.**

No es posible el acceso al Registro de un mandamiento derivado de un procedimiento en el que el actual titular registral no ha sido parte.

Resolución de 1-7-2013

(BOE 31-7-2013)

Registro de Denia, número 2

**CONCURSO DE ACREEDORES: PARALIZACIÓN DE EJECUCIONES SINGU-
LARES.**

En el presente expediente el decreto de adjudicación es de fecha 14-12-2012, habiendo sido declarado el concurso el 16 de noviembre de 2010. Dado que la situación de concurso es anterior, no procede la ejecución al margen del procedimiento universal concursal seguido en el Juzgado de lo Mercantil. Tampoco se ha acreditado que los bienes no resulten necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor. En nada obsta que el embargo se hubiera anotado en el Registro con anterioridad a la situación concursal, pues

igualmente queda paralizada la ejecución al no encontrarse entre los supuestos exceptuados. Por lo que procede por tanto la suspensión de la adjudicación conforme al criterio ya sostenido por este Centro Directivo en otras ocasiones (véase Resoluciones citadas en «Vistos»).

Resolución de 1-7-2013
(BOE 31-7-2013)
Registro de Pola de Siero

USUFRUCTO: TÍTULO CONSTITUTIVO.

En nuestro ordenamiento jurídico es perfectamente factible constituir un derecho de uso sobre alguna de las partes materiales susceptible de aprovechamiento independiente de un inmueble, y ello no es incompatible con el mantenimiento de la unidad objetiva del todo, pues no existe obstáculo jurídico a la constitución de derechos de goce —reales o personales— concretados a una sola porción material de la finca sobre la que se constituyen (vid. arts. 469, 517 —que expresamente refiere al caso de que el usufructo estuviera constituido, como aquí, solamente sobre el edificio—, 523 y siguientes; 545, 553, 564 y 1582 del CC; art. 4 de la LAR), siempre y cuando quede suficientemente determinado (máxime si se trata de un derecho inscribible) la porción de la finca sobre la que recaerá tal derecho de goce (vid. arts. 1261 y 1273 y siguientes del CC, 9.1 de la LH y 51 del RH) sin que sea necesaria la previa segregación. Cuestión distinta sería que se tratara de un derecho real limitado que conllevara una eventual enajenación de la parte objeto del gravamen (caso de una opción de compra, tanteo convencional o hipoteca), en cuyo caso sí sería necesaria la segregación previa de aquella. El derecho de usufructo se extingue en los términos establecidos en el título de su constitución, con lo que es posible que se pacte que dicha extinción se produzca cuando fallezca el último de los constituyentes.

Resolución de 2-7-2013
(BOE 31-7-2013)
Registro de Arrecife

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. Habiéndose presentado —incluso expedido— el 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.

Resolución de 2-7-2013

(BOE 31-7-2013)

Registro de Paterna, número 2

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA: OBJETO.

Conforme a la doctrina consolidada del Centro Directivo, solo puede recaer anotación de demanda sobre aquellos bienes respecto de los cuales verse una acción atinente a la propiedad o a un derecho real sobre el mismo inmueble, de suerte que la estimación de la pretensión del demandante propiciara directamente una alteración registral. Por tanto no cabe dicha anotación por una mera reclamación de cantidad.

Registro Mercantil

Por Ana M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resoluciones de 3, 4, 6, 7, 21, 22, 23, 24 y 28-5-2013

(BOE 3, 26, 27 y 28-6-2013)

Registro Mercantil de Huelva

ADMINISTRADOR. RETRIBUCIÓN. CONDICIÓN.

Se rechaza la cláusula que prevé que «el cargo de administrador será retribuido siempre y cuando éste desarrolle funciones de gerente o de personal de alta dirección». Por un lado, otorga un trato desigual en la remuneración de los administradores no en función del ejercicio de un cargo que lleve aparejado funciones singulares, sino de la realización de unas tareas que son iguales para todos al ser inherentes al cargo (gerente, alta dirección...). Por otro lado deja al arbitrio de la junta la apreciación de si un administrador concreto ha llevado a cabo las tareas encomendadas.

En los casos de administración solidaria o mancomunada carece de justificación prever un trato desigual en la remuneración de los administradores, pues todos están llamados a llevar a cabo la gestión de la sociedad. En caso de Consejo sí cabe atribuir a unos administradores una retribución y a otros ninguna o una menor en función del cargo que ostenten: consejero delegado, presidente, miembro del Consejo Consultivo...

Resolución de 8-5-2013

(BOE 6-5-2013)

Registro Mercantil de Guipúzcoa

AUDITOR. NOMBRAMIENTO POR EL ADMINISTRADOR CON PETICIÓN DE MINORITARIO.

No cabe la inscripción del nombramiento de un auditor designado por el órgano de administración cuando en el momento de la presentación del acuerdo

consta ya solicitada la designación de auditor a instancia de la minoría. Para que el nombramiento voluntario de un auditor por la sociedad pueda enervar la petición del minoritario es necesario que se acredite que el nombramiento es de fecha fehaciente anterior a esa solicitud, así como que se garantice al minoritario la existencia de la auditoría mediante la inscripción del cargo, o por haberse puesto a disposición del socio el informe de auditoría correspondiente o por la incorporación del informe al expediente de nombramiento de auditor.

Resolución de 13-5-2013
(BOE 11-6-2013)
Registro Mercantil de Valencia

CUENTAS ANUALES. CALIFICACIÓN. DISCREPANCIAS DE LOS ACUERDOS INSCRIBIBLES CON EL CONTENIDO DE CUENTAS DEPOSITADAS.

Debe inscribirse una reducción por amortización de participaciones propias aun cuando de las cuentas depositadas de ejercicios anteriores resulta la afirmación de que no se hicieron operaciones sobre participaciones propias.

No cabe el depósito de unas cuentas que contradicen el contenido del Registro Mercantil (por ejemplo, cuando el capital inscrito no coincide con el que señalan las cuentas, o se presenta simultáneamente a inscripción un documento con un balance diferente incompatible con el de las cuentas (Resoluciones de 28-2-2005, 16 y 23-1-2006, 10-12-2008, 16-9-2009), porque solo este contenido está protegido por las presunciones de exactitud y validez.

Por el contrario, el contenido de unas cuentas depositadas no puede impedir la inscripción del acuerdo de reducción, dada la limitación de los efectos protectores que tiene la publicidad del Registro Mercantil en lo referente a cuentas. Como tampoco puede impedir la de unos acuerdos de modificación de capital que se adoptaron en su día y no fueron reflejados en las cuentas ya depositadas (Resolución de 16-3-2011). Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de acudir a los tribunales por la eventual responsabilidad de los administradores o la impugnación de acuerdos ya inscritos.

Resolución de 17-5-2013
(BOE 26-6-2013)
Registro Mercantil de Madrid

CALIFICACIÓN. MOTIVACIÓN. AUMENTO DE CAPITAL. VALOR NOMINAL.

Reitera la doctrina sobre la necesidad de que la nota de calificación contenga una motivación suficiente. En este caso se limita a señalar el valor nominal de las acciones según el Registro, y por ello la Dirección General estima el recurso.

En todo aumento de capital debe coincidir la cuantía de dicho aumento con la suma del valor nominal de las nuevas acciones. La coincidencia puede no ser absoluta como consecuencia del sistema de redenominación en euros, pero ese desvío es inocuo, dado que no se altera la proporción de la participación respecto de la cifra de capital. No así cuando en el aumento se emiten acciones con un valor distinto al que figura en el Registro como consecuencia de la redenominación y, que si fuera con este valor, exigiría que la cifra de aumento fuera superior.

Resolución de 18-5-2013
(BOE 26-6-2013)
Registro Mercantil de Asturias

ACUERDOS SOCIALES. DECLARACIÓN DE NULIDAD. CANCELACIÓN DE ASIENTOS POSTERIORES.

No cabe exigir del registrador la cancelación de asientos posteriores al de aumento de capital declarado nulo sin que haya sido ordenada por la autoridad judicial, al menos en los términos generales exigidos por el artículo 208 LSC; ni que cancele a instancia de parte y en relación solo con parte de los posibles acuerdos posteriores afectados por la nulidad; ni que ello se solicite por quien no adoptó medidas a su alcance como anotación preventiva de demanda (arts. 727.5 y 6 LEC, 155 y 156 RRM), o suspensión de acuerdos sociales (art. 727.10 LEC). Los terceros de buena fe, incluidos los socios que tengan esa consideración están protegidos porque no les afecta la cosa juzgada y por la fe pública registral (art. 20.2 CCo.), al igual que los acreedores, a los que no les puede afectar la rebaja de la cifra de retención sin que se les respeten sus derechos incardinados en la regulación imperativa de la reducción de capital.

Resolución de 20-5-2013
(BOE 26-6-2013)
Registro Mercantil de Alicante

JUNTA GENERAL. CONVOCATORIA. DERECHO DE INFORMACIÓN.

El especial rigor con que se pronuncia el artículo 287 LSC, acerca del contenido del anuncio de convocatoria, en lo relativo al derecho de información, determina que la omisión total o parcial de esa exigencia supone un vicio de la convocatoria que invalida el posible acuerdo que se adopte. Esa rigurosa doctrina ha sido mitigada para que el tráfico fluya sin presiones formales injustificadas siempre que los derechos individuales del socio no puedan considerarse postergados, pero en caso de duda debe rechazarse la inscripción.

En el supuesto contemplado solo se omitió en el anuncio la posibilidad de solicitar el envío gratuito. Pero, al haberse presentado en el Registro mandamiento de anotación preventiva de impugnación de los acuerdos, es indiscutible que los socios minoritarios han considerado violados sus derechos individuales.

Resolución de 27-5-2013
(BOE 1-7-2013)
Registro Mercantil de Madrid, IX

FUSIÓN. INEXISTENCIA DE OBSTÁCULOS.

No puede inscribirse la fusión en el registro de destino, el de la sociedad absorbente, en tanto el registrador de origen, el de una de las sociedades absorbidas, no haya señalado la inexistencia de obstáculos registrales (esta Resolución guarda relación con la Resolución de 6-4-2013).

Resolución de 30-5-2013

(BOE 28-6-2013)

Registro Mercantil de Madrid, XII

ACUERDOS SOCIALES. DECLARACIÓN DE NULIDAD. CANCELACIÓN DE ASIENTOS. JUNTA. CONVOCATORIA. ANUNCIO. DERECHO DE INFORMACIÓN.

La Dirección General resalta, en un caso concreto, el equivocado entendimiento de la supuesta eficacia radical y retroactiva o *ex tunc* de la declaración judicial de nulidad de acuerdos sociales. La cancelación de la inscripción del acuerdo objeto de impugnación y de las inscripciones contradictorias no produce la automática supresión, en contra de terceros de buena fe, de los efectos jurídico organizativos que se derivan de los actos de ejecución de dichos acuerdos. Los administradores deben convocar a los socios a una junta que resuelva las medidas adecuadas para regularizar la situación. Los nuevos socios de buena fe tienen derecho a ser mantenidos en su condición de socio o solicitar si quieren la restitución de sus aportaciones. En este caso, los acreedores tienen derecho a que esta devolución se instrumente como una reducción de capital en tutela de sus derechos.

Se considera suficiente que el anuncio de convocatoria contenga una referencia precisa a la modificación estatutaria que se propone o por indicación de los artículos estatutarios correspondientes, pues los accionistas pueden informarse a través de los procedimientos establecidos en el artículo 287 LSC.

La omisión en el anuncio de las formas posibles de ejercer el derecho de información establecido en dicho artículo es un vicio de la convocatoria que invalida el acuerdo. No obstante, en este caso concreto, la Dirección General huye de un exceso de rigorismo formal considerando que los socios disidentes han podido impugnar el acuerdo.

Resolución de 3-6-2013

(BOE 5-7-2013)

Registro Mercantil de León

ESTATUTOS. PARTICIPACIONES. TRANSMISIÓN. VALORACIÓN. TRANSFORMACIÓN. PUBLICACIONES. ACUERDOS SOCIALES. PUBLICACIONES.

En los estatutos, la determinación del valor razonable de las participaciones, en caso de transmisión voluntaria *inter vivos*, no puede atribuirse al auditor de la sociedad. Así lo determina el artículo 107.3 LSC por razón de imparcialidad y objetividad.

A menos que se acredite al registrador la comunicación individual a todos y cada uno de los acreedores y a los titulares de derechos especiales del acuerdo de transformación, será necesario acreditar la publicación del correspondiente anuncio en el BORME y en un diario, aunque el acuerdo se adopte por unanimidad de todos los socios. A pesar de que no existe derecho de oposición de los acreedores, el cambio de forma jurídica les afecta, por ejemplo, privándoles de derecho de oposición en una reducción de capital subsiguiente.

La Resolución hace un interesante recorrido (reproduciendo la Resolución de 6-7-2013) de la publicidad de determinados acuerdos. Distingue una publicación como mecanismo de «protección fuerte» del acreedor en los casos en que tienen derecho de oposición —fusión, escisión, cesión global, traslado internacional,

reducción de capital en S. A., reactivación— y una publicación como mecanismo de «protección débil» del acreedor para ser informado de determinados acuerdos que tienen trascendencia para él pero sin derecho de oposición —reducción por pérdidas en S. A. y transformación—.

El registrador debe controlar que se acredita la publicación cuando la ley lo establece como requisito de la escritura o sea un dato que deba constar en el asiento, con independencia de que la omisión sea o no un vicio invalidante del acuerdo.

Resolución de 4-6-2013

(BOE 5-7-2013)

Registro Mercantil de Madrid, V

ESTATUTOS. INTERPRETACIÓN DISPOSICIONES CONTRADICTORIAS.

Ante una contradicción entre una disposición estatutaria que establece un *quórum* para la modificación de estatutos con una fórmula igual a la legal y otra que exige un *quórum* reforzado del 80 por 100, debe prevalecer esta última, por aplicación de las reglas de interpretación de los contratos —voluntad de las partes— y de las normas —regla especial sobre general—.

Resolución de 5-6-2013

(BOE 5-7-2013)

Registro Mercantil de Madrid, IX

ADMINISTRADORES. RENUNCIA.

Reitera doctrina anterior y especialmente la Resolución de 3-1-2013: Si la renuncia deja al órgano de administración inoperante para el ejercicio de sus funciones (por ejemplo, por renuncia de uno de los dos administradores mancomunados o de la mayoría de los consejeros) pero permanece en el cargo algún administrador, este será el que reciba la notificación de la renuncia y podrá convocar junta. Pero si renuncian todos los administradores —o el único— la notificación deberá hacerse a la junta y por tanto el renunciante deberá convocarla.

Resolución de 6-6-2013

(BOE 5-7-2013)

Registro Mercantil de Barcelona, V

ACUERDOS SOCIALES. CERTIFICACIÓN. EXPRESIÓN DE LA MAYORÍA CON QUE SE APRUEBAN.

En la certificación del acta de la junta expedida para elevar a público los acuerdos adoptados debe expresarse la concreta mayoría por la que se adoptaron. El artículo 97.1.7.º RRM lo impone, así como el expresar la constancia de oposición a los acuerdos siempre que lo solicite quien haya votado en contra, además de todas las circunstancias necesarias para la calificación de la validez de los acuerdos adoptados que se desprende del artículo 112.2 RRM.

Resolución de 7-6-2013

(BOE 5-7-2013)

Registro Mercantil de Madrid, I

CUENTAS. CIERRE DEL REGISTRO. ADMINISTRADOR. CESE. CUENTAS. INSCRIPCIÓN PARCIAL. ROGACIÓN.

Reitera la doctrina de que la falta de depósito de cuentas anuales impide la inscripción del acuerdo de cambio de sistema de administración y de nombramiento de administrador; pero no es obstáculo para la inscripción de la dimisión. Pero en este caso confirma la decisión de no inscribirla al no contener la escritura previsión de inscripción parcial ni haber sido solicitada por el presentante o interesado. El registrador no puede, en tal caso, actuar oficiosamente ignorando el principio de rogación.

Resolución de 13-6-2013

(BOE 12-7-2013)

Registro Mercantil de Tenerife

ACTA NOTARIAL. SOLICITUD.

No cabe entender cumplido el requisito de ostentar un 5 por 100 en el caso contemplado en que el requirente ostenta participaciones que representan un 1,92 por 100 y una cuota indivisa de 1/9 parte de otro lote de participaciones si no es el representante único designado por los restantes partícipes. Al igual que en la solicitud de nombramiento de auditor; en la comunidad romana o por cuotas, los cotitulares han de designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio. Por el contrario, en casos de comunidad germánica o en mano común, cualquiera de los copartícipes puede hacer la solicitud; se equiparan casos de carácter ganancial de las participaciones, situación de postgananciales (separación o divorcio hasta la liquidación), herencia yacente hasta la partición.

Resolución de 18-6-2013

(BOE 26-7-2013)

Registro Mercantil de Huelva

ADMINISTRADOR. RETRIBUCIÓN. CONDICIÓN.

Se rechaza la cláusula que prevé que «el cargo de administrador será retribuido siempre y cuando éste desarrolle funciones de gerente o de personal de alta dirección». Por un lado, otorga un trato desigual en la remuneración de los administradores, no en función del ejercicio de un cargo que lleve aparejado funciones singulares, sino de la realización de unas tareas que son iguales para todos al ser inherentes al cargo (gerente, alta dirección...). Por otro lado, deja al arbitrio de la junta la apreciación de si un administrador concreto ha llevado a cabo las tareas encomendadas.

En los casos de administración solidaria o mancomunada carece de justificación prever un trato desigual en la remuneración de los administradores, pues todos están llamados a llevar a cabo la gestión de la sociedad. En caso de Con-

sejo, sí cabe atribuir a unos administradores una retribución y a otros ninguna o una menor en función del cargo que ostenten: consejero delegado, presidente, miembro del Consejo Consultivo...

Resolución de 19-6-2013
(BOE 29-7-2013)
Registro Mercantil de Alicante

CIERRE REGISTRAL. BAJA EN EL ÍNDICE DE ENTIDADES DE HACIENDA.

Vigente la nota marginal por baja en el índice, no puede inscribirse la renuncia del liquidador, pues es consecuencia de un incumplimiento de obligaciones fiscales de las que puede ser responsable el liquidador, por lo que no debe facilitarse su desvinculación frente a terceros. Sólo cabe practicar los asientos ordenados por la autoridad judicial o el alta en dicho índice.

Resolución de 20-6-2013
(BOE 29-7-2013)
Registro Mercantil de Navarra

SOCIEDAD PROFESIONAL. OBJETO. DENOMINACIÓN. ADMINISTRADOR CONCURSAL.

Cuando el administrador concursal sea una persona jurídica, esta ha de adoptar la modalidad de sociedad profesional.

Induce a confusión el objeto que, por un lado, establece como tal «la intermediación y coordinación en las actividades profesionales propias del ámbito jurídico y económico» y, por otro, «y, en concreto, el desarrollo de cualesquiera actividades jurídico-económicas necesarias para el desempeño de las funciones y tramitación y seguimiento del cargo de administrador concursal de cualesquiera procedimientos concursales», puesto que no permite determinar si se trata de una sociedad de intermediación para el ejercicio de actividades profesionales o de una que tiene por actividad además de la anterior, el ejercicio del cargo de administrador concursal. Esto último, como se ha señalado, no es posible al no tratarse de una sociedad profesional.

Por el mismo motivo induce también a confusión la denominación que incluye el término «concursal» sobre la clase de sociedad a que se refiere al no incluir además la expresión «profesional».

Resolución de 21-6-2013.
(BOE 29-7-2013)
Registro Mercantil de Madrid XI.

PODER. AUTOCONTRATACIÓN. AUDITOR. SOLICITUD DE MINORITARIO.

El órgano de administración no puede conferir al apoderado facultad para autocontratar, puesto que él mismo carece de tal facultad sin autorización de la junta.

Para que el nombramiento de auditor voluntario pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable debe ser anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la solicitud de este.

En este caso no se ha acreditado el cumplimiento de este requisito por cuanto, aunque la fecha del nombramiento y de la aceptación sean anteriores a la presentación de la solicitud, la fecha fehaciente que resulta de la legitimación notarial de la firma del auditor es posterior.

Resolución de 25-6-2013
(BOE 26-7-2013)
Registro Mercantil de Valencia

CONSTITUCIÓN POR MEDIOS TELEMÁTICOS. ESTATUTOS TIPO. ARBITRAJE.

En la constitución de una sociedad al amparo del artículo 5.2 del Real Decreto-ley 13/2010 no se puede incorporar un artículo adicional en los estatutos tipo de la O. JUS/3.185/2010 y mantener al tiempo los beneficios de plazo y arancelarios. Solo cabe la modalización en cuanto a número de administradores, delimitación del objeto a alguno o algunos de los previstos, concreción de actividades dentro del elegido, atribución del carácter retribuido y sistema de retribución.

Es admisible la cláusula de someter a arbitraje y mediación los conflictos que puedan surgir entre administradores, pues no cabe presumir *a priori* que el posible objeto de la controversia sea contrario a Derecho. Será en cada supuesto en que se plantee un posible conflicto cuando el árbitro o mediador a quien corresponda conocer la controversia deberá apreciar si la misma cae o no dentro del ámbito de su actuación.

Resolución de 28-6-2013
(BOE 31-7-2013)
Registro Mercantil de Madrid

RECURSO. CALIFICACIÓN. ACTA NOTARIAL. ANOTACIÓN PREVENTIVA. NOTA MARGINAL. JUNTA. CONVOCATORIA. LEGITIMACIÓN. ACUERDOS SOCIALES. CERTIFICACIÓN.

La interposición de recurso contra la calificación no es la vía adecuada para subsanar los defectos recogidos en la misma.

La calificación ha de ser unitaria y global, pero el principio de legalidad prevalece sobre esta consideración, por lo que procede poner de manifiesto defectos aún observados extemporáneamente, sin que ello sea necesariamente una mala praxis cuando se debe a la aportación de nueva documentación.

Desde la entrada en vigor del artículo 203.1 LSC, tanto en sede de sociedades limitadas como anónimas, solicitada por la minoría prevista el levantamiento de acta notarial de junta, esta documentación de los acuerdos se constituye en requisito imprescindible para la eficacia de los acuerdos adoptados y, por ende, para su inscripción. La caducidad de tres meses que recoge el artículo 104.3 RRM está basada en una antigua caducidad de la LSA no recogida en la LSC. Ello independientemente de que se haya practicado anotación preventiva y no la procedente nota marginal.

Debe acreditarse que la convocatoria ha sido realizada por acuerdo del consejo.

Debe constar la identidad de la persona que expide la certificación (y la del presidente que la visa) para comprobar que su cargo está inscrito.

RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *DOGC*

Por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución 1.221, 3-6-2013

(*DOGC* 14-6-2013)

Registro de Barcelona, número 5

DERECHO DE USO ATRIBUIDO EN PROCEDIMIENTO DE CRISIS MATRIMONIAL: VIVIENDA TITULARIDAD DE UN TERCERO.

No solo por aplicación de los principios registrales de legitimación y tracto sucesivo (arts. 1, 2, 20, 38 de la LH), sino también por aplicación de los principios generales del Derecho Civil catalán y de lo que se prevé específicamente en el artículo 233.21.2, no se podrá inscribir un derecho de uso atribuido en un procedimiento matrimonial si la finca correspondiente consta inscrita a favor de tercera persona.

Resolución 1.222, 5-6-2013

(*DOGC* 14-6-2013)

Registro de Barcelona, número 7

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: A FAVOR DE LOS ACREEDORES DE UN LEGITIMARIO.

Tratando el presente supuesto del posible acceso registral de un embargo del derecho a la legítima sobre los bienes del causante por deudas del legitimario, y estando regulado este derecho por la legislación civil catalana, es evidente la competencia de la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas para resolver este recurso, de acuerdo con los artículos 1 y 3 de la Ley 5/2009, del 28 de abril, ratificándolo así los Autos del Tribunal Constitucional 105/2010, de 29 de junio, y 177/2012, de 2 de octubre. El legitimario, como tal, ostenta un simple derecho de crédito y no constando tampoco que sobre las fincas titularidad de su causante le corresponda algún derecho, ni que la heredera haya optado por la satisfacción de la legítima en bienes de la herencia, no se puede inscribir ningún derecho del legitimario en el Registro de la Propiedad. En consecuencia y no habiendo accedido al Registro el derecho a la legítima, tampoco se puede extender anotación preventiva de embargo sobre el mismo ni sobre los bienes hereditarios.

Resolución 1.344, 10-6-2013
(DOGC 28-6-2013)
Registro de Tortosa, número 2

LEGADO DE USUFRUCTO: EFECTOS DE LA RENUNCIA DEL USUFRUCTUARIO.

Si el favorecido por un legado de usufructo renuncia al mismo, la interpretación ortodoxa de las normas nos conduce a la conclusión de que dicha renuncia producirá la extinción del usufructo, viéndose favorecidos los que estaban gravados por el legado, es decir, los titulares de la nuda propiedad que verán consolidado su pleno dominio.

ESTUDIOS
JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

EL EJERCICIO DE LA GUARDA DE MENORES TRAS LA RUPTURA MATRIMONIAL Y LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS PADRES POR SUS INFRACCIONES

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
*Profesora Contratada Doctora Acreditada a Titular
Derecho Civil. UCM*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LA LORPM.—III. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS PADRES *EX LEGE*.—IV. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA Y EXCEPCIÓN PROCESAL DE LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO.—V. SOLIDARIDAD, RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO EN LA CIRCULACIÓN DE VEHÍCULOS A MOTOR.—VI. FACULTAD MODERADORA DEL JUEZ Y LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES.—VII. CARGA PROBATORIA.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TEDH, TC, TS, AP) CITADAS (POR ORDEN CRONOLÓGICO).—X. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad de los menores (en adelante LORRPM), introdujo la responsabilidad civil cuando un menor comete un hecho delictivo, implicando solidariamente a sus padres o guardadores en tal acontecimiento.

Así se introdujo de manera *sustantiva*: una responsabilidad solidaria del menor responsable con sus padres o representantes legales o de hecho, y otra directa, de las compañías aseguradoras. Sin olvidar que desde el punto de vista *procesal* se produce una amplia legitimación activa a favor del perjudicado, y una posibilidad de optar entre ejercitar su legítima acción en el proceso penal o en el orden civil ordinario, o en la contencioso-administrativa (supuesto de acogimiento de menores en Instituciones públicas)...

La idea de instaurar esta acción civil en el mismo proceso penal de menores se entiende de manera general por la doctrina como un acierto, pues

la responsabilidad solidaria de padres o guardadores es la mejor fórmula para restaurar el orden conculcado con el acto ilícito delictivo atribuido a menores y con resultado dañoso.

La SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 5.^a, de 31 de octubre de 2012, condena a un menor de quince años como autor de un delito contra la seguridad del tráfico, previsto y penado en el artículo 384.2 del Código Penal, y a una falta de lesiones imprudentes, prevista y penada en el artículo 621.3 del Código Penal, a la pena de diez meses de libertad vigilada. Pero lo que nos interesa, a efectos de este brevísimo análisis, es la condena a la indemnización de la perjudicada en la cantidad de 6.849,99 euros por las lesiones y secuelas causadas, con los intereses del artículo 576 LEC, y sobre todo la declaración de que del pago de esta cantidad deberían responder solidariamente con él sus padres (quienes estaban separados)¹.

VAQUER ALOY denomina a esta responsabilidad, «un tercer modelo de responsabilidad civil»². A su juicio, «el legislador ha buscado un contrapeso al establecimiento de la responsabilidad objetiva y solidaria de padres, tutores, acogedores y guardadores, y ha pensado que una solución podría consistir en atenuar las consecuencias económicas de la responsabilidad civil, esto es, en la reducción de las indemnizaciones que deban satisfacer. Pero esta solución es doblemente insatisfactoria. No beneficia a los padres, tutores, acogedores o guardadores, que por mor de la responsabilidad objetiva se ven abocados a responder por los hechos de sus hijos, pupilos, acogidos o guardados por diligente que sea su ejercicio de la guarda, más aún cuando se trata de la responsabilidad derivada de los hechos cometidos por quienes están en una franja de edad —entre los catorce y los dieciocho años— en que es materialmente imposible tenerlos bajo control las veinticuatro horas del día. Y tampoco beneficia a las víctimas del daño, que pueden ver cómo no se repara íntegramente el perjuicio que les ha sido irrogado».

MONTERO HERNANZ analiza la LORRPM y se muestra partidario de la reducción del límite inferior de aplicación para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o en las leyes penales especiales (art. 1).

Anteriormente, la LO 4/1992 era de aplicación a los mayores de doce años y menores de dieciséis, dado que los mayores de dicha edad eran responsables conforme a la legislación penal de adultos, situación que vino a modificar el Código Penal de 1995, al fijar la mayoría de edad penal en dieciocho años y remitir la responsabilidad de los menores de dicha edad a lo que estableciera la Ley que regulara la responsabilidad penal de los menores. Reducción que ya fue planteada por el Consejo fiscal en 2005, puesto que los jóvenes cada vez empiezan antes a cometer infracciones penales.

La regulación debería ser más clara en relación con las actuaciones posibles en el caso de menores de catorce años (actualmente sería de aplicación el art. 3 de la LORRPM, que cometan hechos de especial gravedad (homicidios o agresiones sexuales).

¹ SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 5.^a, sentencia de 31 de octubre de 2012, rec. 13/2012. Ponente: Juan Carlos GONZÁLEZ RAMOS. Número de sentencia: 388/2012. Número de recurso: 13/2012. Jurisdicción: PENAL. LA LEY 183388/2012.

² VAQUER ALOY, Antoni, «La responsabilidad civil en la Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores: una propuesta de interpretación», en *Diario La Ley* Sección Doctrina, 2001. Ref.: D-11, tomo 1, Editorial LA LEY. LA LEY 10893/2001.

No obstante en estos tiempos de crisis es conocida la idea de que rebajar la edad de responsabilidad penal podría suponer un coste excesivo para las Comunidades Autónomas a quienes competirá ejecutar las medidas acordadas. En este sentido debe advertirse del excesivo número de medidas judiciales adoptadas con fines proteccionistas, número que podría aumentar si la edad se rebajara³.

II. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LA LORRPM

La institución de la solidaridad se centra en que cada acreedor tiene derecho a pedir y cada deudor debe prestar íntegramente el objeto de la obligación. También implica una relación interna entre los acreedores y deudores vinculados solidariamente. Prima la idea de que cada acreedor tiene derecho a la parte que le corresponda y cada deudor debe su cuota correspondiente. Dichas fracciones se establecerán en base a la relación subyacente, y en último término se entenderán iguales (art. 1138 CC).

No obstante, la regla de la solidaridad dimanante de la LORRPM es distinta de la clásica (arts. 1137 a 1148 CC) y de la llamada solidaridad tácita, construida doctrinalmente respecto a la acción civil por responsabilidad extracontractual (arts. 1902 y 1903 CC)⁴.

La LORRPM establece un orden en cascada de los posibles deudores solidarios junto con el menor infractor de la siguiente forma: «...sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden».

El problema surge con el término «...por este orden»... totalmente contradictorio con la idea de solidaridad, donde el perjudicado puede ir contra cualquier obligado (art. 1144 CC). No olvidemos que en la solidaridad pasiva cada uno de los deudores (art. 1137 CC) debe prestar íntegramente las cosas objeto de la obligación. Frente al acreedor (en este caso el perjudicado) todos y cada uno de los deudores que deben la totalidad de la prestación como obligados principales, y en el que el perjudicado es libre de elegir contra quién dirige su demanda.

La doctrina se inclina en favor de que al tener el juez de menores la facultad de fijar quién es parte o no en el procedimiento (art. 64. regla 4)⁵, él será quien debe pronunciarse al respecto y argumentar la alteración o no del orden. No se admite una responsabilidad conjunta de todos ellos, pues el legislador explícitamente exige un *inflexible orden en cascada* para que con el menor concurra una y no todas las potenciales terceras personas vinculadas jurídicamente con él⁶.

³ MONTERO HERNANZ, Tomás, *De lege ferenda: consideraciones para la reforma de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, en *Diario La Ley* núm. 7732, Sección Doctrina, 9 de noviembre de 2011, año XXXII. Ref.: D-419, Editorial LA LEY. LA LEY 17224/2011.

⁴ BARREDA HERNÁNDEZ, Armando, «La trascendencia de la solidaridad de padres o guardadores dentro de la pieza separada de responsabilidad civil instaurada en la LORRPM», en *Diario La Ley* núm. 5493, Sección Doctrina, 1 de marzo de 2002, año XXIII. Ref.: D-65, pág. 1547, tomo 3, editorial LA LEY. LA LEY 1489/2002.

⁵ Artículo 64 redactado por el apartado cuarenta y cinco del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE de 5 de diciembre).

⁶ BARREDA HERNÁNDEZ, Armando, «La trascendencia de la solidaridad de padres o guardadores dentro de la pieza separada de responsabilidad civil instaurada en la LORRPM», *op. cit.*, pág. 1547.

En resumen, el cambio produjo:

- Además de la descarga por parte del perjudicado de la prueba de la culpa,
- la facilitación mediante la enumeración en cascada de la determinación del sujeto responsable a través de una solidaridad por vínculo que fortalece la garantía del perjudicado (gracias a la introducción de la ley de un listado de personas ligadas con el joven infractor por vínculos jurídicos de parentesco o guarda legal o de hecho).
- Y la posibilidad de optar por un sujeto responsable a quien se le traslada la responsabilidad por los actos de su pupilo y con ello, su obligación indemnizatoria a favor del perjudicado.

III. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS PADRES *EX LEGE*

La responsabilidad solidaria está limitada a unos determinados sujetos que enumera el apartado 3.º del artículo 61 LORRPM⁷.

Como es lógico, la primera posición la ocupan *los padres*, que sólo se exigen su responsabilidad frente a los menores emancipados (arts. 169.2 y 323 CC), o en el supuesto de los padres biológicos frente a sus hijos menores en los casos de adopción (arts. 169.3 y 178.1 CC), y también en casos de los padres biológicos privados judicialmente de la patria potestad respecto a sus hijos menores (art. 170 CC) salvo que gozando del derecho de visitas para con ellos y/o teniéndolos en su compañía cometiesen el hecho ilícito (art. 94 CC) alcanzando su responsabilidad, en ese caso, en concepto de guardador legal o de hecho y no como ascendiente.

Obviamente el hecho de que la responsabilidad sea *objetiva* no implica que se deba responder siempre, sino que el actor-perjudicado deberá acreditar que concurren los requisitos generales de la responsabilidad civil, esto es, la acción u omisión del responsable del daño, el daño y la relación de causalidad.

En cuanto a la *causalidad* sí deberá concretarse un criterio de imputación objetiva, que se sitúa en el deber de guarda. El *orden* va referido al posible ejercicio de la función de guarda y del deber de control del menor causante materialmente del daño.

Evidentemente los padres son los primeros a quienes corresponde ejercer la guarda, sólo en su defecto o si están privados de la patria potestad, la guarda corresponderá a otro de los sujetos enunciados. De esta manera padres y tutores no serán a la vez responsables solidarios, por cuanto si se ha nombrado *tutor* es por falta de padres que ejerzan la patria potestad; ni tampoco los padres privados o suspendidos de la patria potestad y el *acogedor*, puesto que la guarda corresponde a éste. Sí se imputará objetivamente el daño causado a dos de los sujetos enumerados —por ejemplo, padres o tutor que incumplen los deberes de guarda y guardador de hecho—, y en tal caso responderán ambos.

⁷ Artículo 61. Reglas generales: ...3. Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando estos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el juez según los casos.

Este es el criterio mayoritario acogido tanto por la doctrina⁸ como por nuestros Tribunales, quienes, entienden que la concurrencia de más de una función de guarda no determina una responsabilidad en cascada sino, la más de las veces, una responsabilidad acumulada de los diversos titulares.

El Código Civil impone a los padres no sólo el deber de velar por los hijos y tenerlos en su compañía, sino también el de educarlos y procurarles una formación integral (art. 154.1 CC), e idéntico compromiso se exige a los tutores (art. 269.1 CC) y a los acogedores e incluso al guardador de hecho.

El fundamento de este modelo de responsabilidad civil se encuentra no sólo en el *deber de guarda*, sino también en el *deber de educación* y en el adecuado uso de las *facultades de corrección* que los padres, tutores, acogedores o guardadores tienen sobre su hijo, pupilo, acogidos o sometidos a su guarda.

Cabe la declaración de *responsabilidad civil solidaria* con el menor de más de uno de esos responsables, pues el ejercicio de tales deberes (custodia y educación) pueden estar compartidos, atribuidos o ejercidos al mismo tiempo por varias de las personas, sin perjuicio de la facultad que se concede al juez de moderar la responsabilidad, en el sentido de que podrá graduarse la cuantía de la indemnización, pero no suprimirla, cuando estos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave.

Además de la responsabilidad objetiva y solidaria puede que por imperativo de la Ley o por obra de la autonomía de la voluntad de las partes, aquélla se desplace a las *entidades aseguradoras* que hubiesen asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas de los actos de los menores⁹.

Sin olvidarnos de que la Administración Pública puede ser tutor, acogedor o guardador legal o de hecho del menor que ha cometido el ilícito penal del que se derivan los daños o perjuicios. La ley le atribuye la responsabilidad nacida de las funciones que tiene encomendadas respecto de los menores que se encuentren en situación de desamparo (art. 172 CC). En estos casos, y sin perjuicio de la responsabilidad que pueda exigirse también a los padres, tutores o, en su caso, acogedores, la Administración podrá ser demandada de forma *directa*.

Pero volviendo al supuesto inicial de la responsabilidad solidaria de los padres, debemos recordar su carácter objetivo, sin realizar distinciones entre si ejercen o no la guarda y custodia u ostentan la patria potestad *en casos de separación o divorcio*.

La responsabilidad solidaria de los progenitores determinada directamente por imperativo legal por el órgano *a quo* se cumple con la obligación de notificar a los dos progenitores del menor por su *condición de posibles responsables civiles*.

En el caso de la SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 5.^a, sentencia de 31 de octubre de 2012, ambos progenitores ostentaron desde un principio la condición legal de responsables civiles, siendo notificados y personándose en las actuaciones. Su legitimación pasiva para soportar la acción civil viene directamente determinada por el hecho de establecerse por imperativo legal la responsabilidad

⁸ DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, «El régimen especial de la responsabilidad civil en el proceso penal de menores», en *Diario La Ley* núm. 6515, Sección Doctrina, 29 de junio de 2006, Ref.: D-159, Editorial LA LEY. LA LEY 1655/2006.

⁹ Así serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida, en el caso del *seguro obligatorio de responsabilidad civil derivada del uso y circulación de vehículos a motor*, y hasta el límite *convencionalmente pactado*, en los casos en que se haya concertado el *seguro voluntario*, sin perjuicio de su derecho de repetición contra quien corresponda.

solidaria de los progenitores respecto de sus hijos menores de dieciocho años. Al ejercitarse la acción civil conjuntamente con la penal su legitimación pasiva respecto de dicha acción civil *ex delicto* no puede cuestionarse.

Constituye doctrina general de la Sala Segunda reconducir el régimen de la responsabilidad civil dimanante de delito al campo del Derecho Civil, a sus principios y normativa específica, siempre que no exista un especial precepto de naturaleza penal que limite o modifique su régimen (art. 1902 CC).

Claramente la STS, Sala Segunda de lo Penal, de 14 de marzo de 2003, dijo que «La acción civil *ex delicto* no pierde su naturaleza civil por el hecho de ejercitarse en proceso penal. El tratamiento debe ser parejo, so pena de establecer agravios comparativos, o verdaderas injusticias, según decida el sujeto perjudicado ejercitar su derecho resarcitorio en el propio proceso penal, o lo reserve para hacerlo en el correspondiente civil (arts. 110 y 111 de la LECrim. y 109.2.º CP). Las obligaciones civiles *ex delicto* no nacen propiamente del delito (aunque es necesaria la declaración de su existencia) sino de los hechos que lo configuran, en cuanto originadores de la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización de los perjuicios. Constituye doctrina general de esta Sala, reconducir el régimen de la responsabilidad civil dimanante de delito al campo del Derecho Civil, a sus principios y normativa específica, siempre que no exista un especial precepto de naturaleza penal que limite o modifique su régimen (art. 1092 CC). Los daños y perjuicios, cuando de reclamación dineraria se trata, se contraen a los intereses contractuales o legales que procedan... En toda reclamación judicial civil, de una cantidad proveniente ora de una fuente legal, ora de un contrato, ora de un cuasicontrato, ora de un delito (caso de reclamación separada: art. 109.2 CP) o de actos y omisiones en los que intervenga cualquier género de culpa o negligencia, los daños y perjuicios se rigen por lo dispuesto en los artículos 1100, 1101 y 1108 del Código Civil, esto es, el devengo de intereses se produce cuando el deudor incurre en mora»¹⁰.

Por consiguiente estamos en una relación jurídica material privada, que podrá dar lugar a una pretensión declarativa de condena.

En idéntico sentido la STS, Sala Segunda de lo Penal, de 10 de octubre de 2006, indicó que «la sentencia absolutoria recaída en el juicio penal no prejuzga la valoración de los hechos que pueda hacerse en la vía civil, pudiendo los Tribunales de este orden apreciar y calificar los efectos que de los mismos se deriven, de manera plenamente autónoma, ya que fuera del supuesto de declaración de que el hecho no existió, esto es, salvo el caso de declararse probado que el acto o la omisión no existió objetivamente, los Tribunales de lo Civil tienen facultades no solamente para encuadrar el hecho específico en el ámbito de la culpa extracontractual, sino también para apreciar las pruebas obrantes en juicio y sentar sus propias deducciones en orden a la realidad fáctica»¹¹.

La doctrina moderna entiende que cuando un *acto u omisión* es ilícito civil y está también tipificado como delito, lo que se produce es una suerte de acumulación de sanciones, una civil y otra penal, que pueden dar lugar a una acumulación

¹⁰ STS, Sala Segunda de lo Penal, de 14 de marzo de 2003, rec. 1586/2001. Ponente: José Ramón SORIANO SORIANO. Número de sentencia: 298/2003. Número de recurso: 1586/2001. Jurisdicción: PENAL. LA LEY 1243/2003.

¹¹ STS, Sala Segunda de lo Penal, de 10 de octubre de 2006, rec. 388/2006. Ponente: Juan Ramón BÉRDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. Número de sentencia: 936/2006. Número de recurso: 388/2006. Jurisdicción: PENAL LA LEY 114905/2006.

de procesos en un procedimiento único, pero siempre partiendo de que cada una de las responsabilidades y procesos se regirán por sus propios principios.

IV. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA Y EXCEPCIÓN PROCESAL DE LITIS-CONSORCIO PASIVO NECESARIO

En los supuestos de responsabilidad solidaria no cabe la excepción de litis-consorcio pasivo necesario. La STS, Sala Primera, de lo Civil, de 21 de diciembre de 2010¹², concretó que «cuando existen diversos responsables solidarios en la producción del daño, el perjudicado puede dirigir su demanda contra todos o algunos de ellos».

El litisconsorcio tiende a garantizar la presencia en el juicio de todos a quienes interesa la cuestión sustantiva en litigio, bien sea por disposición legal, bien por razón de no ser escindible la relación jurídica material, siendo una exigencia de naturaleza procesal que se funda en el principio de audiencia y de prohibición de la indefensión y que robustece la eficacia del proceso evitando resultados procesales inútiles por no poder hacerse efectivos contra los que no fueron llamados a juicio, o impidiendo sentencias contradictorias, *pero que desparece ante la presencia de diversos agentes en la producción del daño mediante culpa extracontractual, en cuanto ordinariamente puede dar lugar a una solidaridad impropia, que no invalida la relación jurídico procesal por la falta de alguno de los posibles responsables* y que permite al perjudicado dirigir su demanda contra todos o algunos de los presuntos responsables civiles¹³.

V. SOLIDARIDAD, RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO EN LA CIRCULACIÓN DE VEHÍCULOS A MOTOR

Como anteriormente hemos expuesto, cabe la responsabilidad solidaria en los supuestos de responsabilidad extracontractual derivada de la circulación de

¹² STS, Sala Primera de lo Civil, de 21 de diciembre de 2010, rec. 71/2007. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Número de sentencia: 884/2010. Número de recurso: 71/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 217662/2010.

¹³ STS, Sala Primera de lo Civil, de 18 de abril de 2006, rec. 2520/1999. Ponente: Vicente MONTES PENADÉS. Número de sentencia: 376/2006. Número de recurso: 2520/1999. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 43921/2006. La solidaridad impropia faculta para dirigirse a cualquiera de los obligados como deudor por entero.

STS, Sala Primera de lo Civil, de 31 de enero de 2007, rec. 236/2000. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Número de sentencia: 101/2007. Número de recurso: 236/2000. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 6615/2007. La responsabilidad solidaria faculta al perjudicado a dirigirse contra todos o algunos de los presuntos responsables civiles y ello sin perjuicio de que, al permanecer preexistentes las relaciones internas, se puedan utilizar las acciones de repetición que en su caso procedan por los que se declaren responsables y resultan condenados respecto a los demás.

STS, Sala Primera de lo Civil, de 15 de noviembre de 2007, rec. 4781/2000. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Número de sentencia: 1225/2007. Número de recurso: 4781/2000. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 180019/2007. La situación de litisconsorcio pasivo necesario no deviene forzosa en los supuestos de responsabilidad extracontractual, en razón a la solidaridad que se produce entre las personas que pudieran resultar obligadas; solidaridad que faculta al perjudicado a dirigirse contra todos o algunos de los presuntos responsables civiles.

vehículos, frente al perjudicado, entre el asegurado —agente causante del daño— y su aseguradora, y por extensión, el Consorcio de Compensación de Seguros, en defecto de esta última.

Solidaridad que se deriva sin mayor esfuerzo de la regulación contenida en los artículos 73 y 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, *de Contrato de Seguro*, y del artículo 11.1, letra *b)*, y 3 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de *la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor*.

Así lo expuso la SAP de Alicante, Sección 7.^a, de 21 de marzo de 2002, siguiendo la doctrina del TS e indicando que «la solidaridad propia de las acciones de responsabilidad extracontractual excluye las situaciones de litisconsorcio pasivo necesario, y por tanto, en los supuestos de ejercicio de acción de reclamación de cantidad en base a responsabilidad extracontractual o aquiliana, al amparo del artículo 1902 del Código Civil, siendo la responsabilidad civil solidaria, el perjudicado puede dirigir su acción contra cualquiera de los que considere responsables del evento, no siendo obligado para él demandar al conductor de un vehículo, para poder reclamar indemnización de la entidad aseguradora del mismo, pues son solidarias las obligaciones derivadas del seguro de responsabilidad civil entre aseguradora y asegurado (arts. 73 y 76 LCS) por lo que no se da un litisconsorcio pasivo necesario en los vínculos de solidaridad que se producen entre los varios causantes de un hecho dañoso y sus respectivas entidades aseguradoras, ya que en materia de culpa extracontractual la situación de litisconsorcio pasivo necesario no resulta forzosa, porque la responsabilidad de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil es solidaria»¹⁴.

En resumen, la acción civil de reclamación indemnizatoria, derivada de los hechos delictivos, se dirigirá además de contra el menor autor material de los mismos y sus padres, contra la posible aseguradora del vehículo y/o el Consorcio de Compensación de Seguros. Todo ello sin perjuicio de las acciones que les pueda corresponder en su caso contra estos, a dilucidar ante la Jurisdicción Civil.

VI. FACULTAD MODERADORA DEL JUEZ Y LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES

Como ya hemos recogido el artículo 61.3 de la LO 5/2000, establece la responsabilidad solidaria de *los padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden* de los menores culpables.

Tras establecerse la responsabilidad directa y primera del menor, se dispone una responsabilidad solidaria y objetiva en el orden allí recogido. No obstante el juez tiene facultad para *moderar* la responsabilidad cuando se acredite que por el responsable civil solidario no se hubiere favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave.

Facultad de moderación que debe ejercitarse según los casos, lo que exige analizar también las concretas circunstancias concretas en cada supuesto de hecho.

¹⁴ La SAP de Alicante, Sección 7.^a, de 21 de marzo de 2002, rec. 34/2002. Ponente: María Gracia SERRANO RUIZ DE ALARCÓN. Número de sentencia: 152/2002. Número de recurso: 34/2002. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 60368/2002.

La SAP de Las Palmas, Sección 1.^a, de 21 de julio de 2010, en la que la Administración responsable civil solidaria solicitó la aplicación de una moderación de su responsabilidad en un 30 por 100, señala el orden fijado por el propio precepto¹⁵.

Dicha resolución judicial decretó que el menor es el principal responsable civil, pero en ningún caso (tal y como nos lo recuerdan, entre otras, las sentencias de la AP de Madrid, Sección Cuarta, de 10 de diciembre de 2007¹⁶ y de Cáceres, Sección Segunda, de 31 de julio de 2008¹⁷), va a ser posible excluir o exonerar de responsabilidad a los demás responsables solidarios, ni aunque acrediten haber actuado con la máxima diligencia. No obstante, si no han favorecido la conducta infractora del menor con dolo o negligencia grave, el juez podrá en su caso, de forma no obligatoria sino *facultativa*, moderar, en el sentido únicamente de *reducir* pero no excluir, dicha responsabilidad.

Sus argumentos se centraron en que la Administración tiene encomendada la *protección de menores*, y la asunción por ministerio de la Ley de la *tutela* del menor en situación de desamparo; y la *guarda y custodia* del menor en otros dos supuestos: cuando los padres o tutores, por circunstancias graves, no puedan cuidar al menor, y así lo soliciten ante dicha entidad y cuando así lo acuerde el juez en los casos en que legalmente proceda.

En ese caso la *función de guarda* puede llevarse a cabo a través del *acogimiento familiar* ejercido por la persona o personas que determine la entidad pública, o del *acogimiento residencial* que se ejercerá por el director del centro donde sea acogido el menor, y en todo caso la Comunidad Autónoma mantiene vigentes las funciones de superior vigilancia y control de tal medida.

La intervención legal de otras entidades públicas menores (Cabildos Insulares), en la ejecución de la medida de guarda y custodia no produce la moderación de su responsabilidad, ya que el artículo 45.3 establece que las Comunidades Autónomas podrán establecer los convenios o acuerdos de colaboración necesi-

¹⁵ SAP de Las Palmas, Sección 1.^a, de 21 de julio de 2010, rec. 37/2010. Ponente: Pedro Joaquín HERRERA PUENTES. Número de sentencia: 232/2010. Número de recurso: 37/2010. Jurisdicción: PENAL. LA LEY 215439/2010. Sentencia en la que se dilucida si la recurrente Administración Autonómica, por el hecho de ser tutora ha de responder de forma solidaria junto al menor condenado, o por el contrario tal responsabilidad cabe trasladarla a la entidad que gestiona el centro de acogida donde se encuentra el menor, por ser la que tiene encomendado su efectivo control y cuidado.

¹⁶ SAP de Madrid, Sección 4.^a, de 10 de diciembre de 2007, rec. 250/2007. Ponente: María del Pilar DE PRADA BENGUA. Número de sentencia: 224/2007. Número de recurso: 250/2007. Jurisdicción: PENAL. LA LEY 315902/2007, donde el autor es condenado de un delito de lesiones del artículo 147.1.º del Código Penal por haber dado al perjudicado un fuerte golpe, mediante una patada en la rodilla, a consecuencia del cual resultó con rotura de ligamento lateral interno de la rodilla derecha que precisó además una primera asistencia facultativa tratamiento quirúrgico y condenado al pago de indemnización alguna por daños y perjuicios en concepto de responsabilidad civil.

¹⁷ SAP de Cáceres, Sección 2.^a, de 31 de julio 2008, rec. 229/2008. Ponente: Valentín PÉREZ APARICIO. Número de sentencia: 91/2008. Número de recurso: 229/2008. Jurisdicción: PENAL. LA LEY 208841/2008. Indica que la responsabilidad establecida en el artículo 61.3 de la Ley Orgánica que regula la responsabilidad penal de los menores no es sino un corolario de la establecida con carácter general para los padres en el artículo 1903 del Código Civil, cuando en realidad no es así, sino que establece un régimen mucho más riguroso y objetivo para aquellos supuestos en los que el acto del menor que origina el daño es de tal gravedad que puede incardinarse en los preceptos del Código Penal.

rios con otras entidades, bien sean públicas, del Estado, Administración Local o de otras Comunidades, o privadas sin ánimo de lucro, para la ejecución de las medidas de su competencia. Tales actuaciones quedarán siempre bajo su directa supervisión y por tanto control, lo que no supone cesión de la titularidad ni de la responsabilidad que incumbe a las entidades públicas en primer término citadas.

Lo expuesto es igualmente aplicable para el caso de la obligación que tiene la *Comunidad Autónoma* de controlar el cumplimiento de las medidas impuestas a los menores que han cometido un delito, significando que en este caso, la libertad vigilada del mismo, *debió ser controlada en un doble sentido, en el desarrollo de la función de tutela asumida respecto a un menor en situación de desamparo y como encargada del control de la medida de libertad vigilada impuesta a tal menor.*

La SAP de Cáceres, Sección 2.^a, de 31 de julio 2008, continúa diciendo que el artículo 61.3 se aparta tanto del artículo 120 CP, que establece una responsabilidad subsidiaria de los padres respecto de sus hijos, como del régimen general contenido en el artículo 1903 del Código Civil que, pese a la presunción de culpa, y a la cuasiobjetivación jurisprudencial, descansa igualmente en la noción de negligencia y establece la responsabilidad extracontractual de los padres respecto de los daños causados por los hijos bajo patria potestad, señalando que dicha responsabilidad cesará cuando prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

La intención del legislador ha sido introducir un *sistema de responsabilidad civil de mayor alcance y severidad* con una *doble finalidad*:

- Amparar mejor los derechos de las víctimas al liberarles de tener que probar la culpa del responsable civil, protegiéndola también frente a la bastante frecuente insolvencia del menor infractor; asegurándoles así, mediante un sistema objetivo, sin fisuras ni excusas, la indemnización de los daños sufridos por tales víctimas, y
- conseguir una mayor implicación de los padres y demás responsables en el proceso de socialización de los menores imponiéndoles las consecuencias civiles de las infracciones que estos cometan por la trasgresión del conjunto de deberes que tienen sobre ellos.

Se trata de una responsabilidad objetiva, ajena a la noción de culpa civil, para quienes responden por hechos ajenos, prescindiéndose de los criterios de imputación subjetiva, que se tienen en cuenta para dejar al arbitrio del juzgador la moderación de la responsabilidad.

En el caso anterior de la responsabilidad de la Administración Pública que solicitaba la moderación judicial, el TS entiende que no cabe aplicarla ya que no justifica la concurrencia de una circunstancia concreta solo indica de manera genérica y no determinada, su implicación y preocupación en el proceso evolutivo del menor; lo que obviamente se presume dado la labor institucional que tiene encomendada en el ámbito de protección de menores.

VII. CARGA PROBATORIA

Pero, ¿a quién corresponde la carga de la prueba respecto de los elementos fácticos y circunstancias que pueden determinar la aplicación dicha facultad moderadora?

La SAP de Cáceres, Sección 2.^a, de 31 de julio 2008, concreta que «esta responsabilidad civil, solidaria y objetiva, sólo admite posibilidad de modera-

ción cuando los padres no hubieran favorecido la conducta del menor, ausencia de favorecimiento que ha de ser acreditado por ellos, al producir la declaración de responsabilidad objetiva la inversión consiguiente de la carga probatoria, de manera que es a ellos a quien corresponde acreditar que han empleado las precauciones adecuadas para impedir el evento dañoso o que, al menos, no actuaron favoreciéndolo.

El progenitor que ha ostentado la educación, guarda y custodia del infractor cuando era menor, «debe soportar las consecuencias económicas de los actos de su hijo, independientemente de la situación actual relativa a su custodia, sin olvidar que la ha ostentado durante la mayor parte de la vida de su hijo y por tanto, que sus acciones y omisiones como progenitora han incidido directamente en la educación y en la formación de la personalidad del menor»¹⁸.

La SAP de Sevilla, Sección 3.ª, de 23 de septiembre de 2010, dispone que «pretende la defensa —en este caso los padres del menor finalmente condenados, en su condición de responsables civiles solidarios— invertir la carga de la prueba en esta materia, siendo la responsabilidad solidaria de los progenitores o cuidadores de carácter objetivo, sin perjuicio de la posibilidad excepcional de moderación que contempla el artículo 61.3 LORRPM, previa acreditación de que los padres no hayan favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave; prueba esta que incumbe con tal carácter excepcional a los propios padres que la aleguen, en lógica consonancia con la norma general de exigencia de responsabilidad solidaria derivada del mencionado precepto»¹⁹.

En relación con el caso que nos ocupa de la SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 5.ª, sentencia de 31 de octubre de 2012, *el menor manifestó claramente que los padres le habían dicho que no querían que usara el ciclomotor*, por lo que se sostiene que ambos han cumplido su deber de debida guarda del menor y adopción de las medidas necesarias prever y evitar situaciones como la declarada probada y evitar otros posibles males, lo cierto es que no se ha practicado (pese a corresponderle la carga de la prueba a los mismos) prueba alguna que permita tener por acreditada esa diligente actuación con la que no se haya favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, tratándose de simples manifestaciones —incluidas las del propio menor en beneficio de sus progenitores— con una clara y pretendida finalidad de conseguir una minoración de la indemniza-

¹⁸ No hay tal prueba sin embargo, limitándose las alegaciones del recurso a reiterar que el menor no se encontraba cuando realizó los hechos bajo la custodia de su madre sino de su padre y que, por tanto, mal se le puede exigir a ella la adopción de medidas que los hubieran evitado, debiendo trasladarse la responsabilidad al padre y proceder en consecuencia a moderar la responsabilidad de la apelante.

Lo cierto es que los hechos delictivos (haber abusado sexualmente de su hermano) tienen mucho que ver con la educación que ha recibido el menor y con su personalidad, en cuya formación ha debido tener una especial importancia la labor que, como madre, haya realizado la apelante a lo largo de la vida de su hijo. Para que, como solicita, pudiera moderarse su responsabilidad debía acreditar que esa labor la ha realizado con suficiente rigor y dedicación, y que si no consiguió su objetivo (y por tal motivo delinquiró su hijo) no ha sido por su falta de dedicación, pero este es un dato que ni se alega ni se acredita. En suma, no ha probado la inexistencia de esa conducta favorecedora de la acción ilícita de su hijo y en consecuencia, *no ha lugar a aminorar su cuota de responsabilidad en la indemnización que ha de satisfacerse a la víctima*.

¹⁹ La SAP de Sevilla, Sección 3.ª, de 23 de septiembre de 2010, rec. 2935/2010. Ponente: Enrique GARCÍA LÓPEZ-CORCHADO. Número de sentencia: 459/2010. Número de recurso: 2935/2010. Jurisdicción: PENAL. LA LEY 270406/2010.

ción que, como consecuencia de su obligación solidaria a su pago, deben asumir ambos progenitores.

No obstante hay que tener en cuenta que el ciclomotor era de su propiedad, habiéndoselo comprado con el consentimiento de sus padres, quienes le habían permitido tenerlo pese a carecer del correspondiente permiso de circulación, por más que se pretenda ahora apelar a los posibles «consejos» que estos le pudieran haber dado para que no hiciese uso del vehículo y además lo tenía estacionado en el garaje comunitario, careciendo también del preceptivo seguro de responsabilidad civil. Por lo que no puede tenerse por acreditado que con su actitud, de cierta pasividad y complacencia, no impidiendo de forma efectiva su uso, no se hubiere favorecido la conducta del menor²⁰.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- BARREDA HERNÁNDEZ, Armando: «La trascendencia de la solidaridad de padres o guardadores dentro de la pieza separada de responsabilidad civil instaurada en la LORRPM», en *Diario La Ley* núm. 5493, Sección Doctrina, de 1 de marzo de 2002, año XXIII. Ref.: D-65, pág. 1547, tomo 3, editorial LA LEY. LA LEY 1489/2002.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel: «El régimen especial de la responsabilidad civil en el proceso penal de menores», en *Diario La Ley* núm. 6515, Sección Doctrina, 29 de junio de 2006, Ref.: D-159, Editorial LA LEY. LA LEY 1655/2006.
- MONTERO HERNANZ, Tomás: «*De lege ferenda*: consideraciones para la reforma de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores», en *Diario La Ley* núm. 7732, Sección Doctrina, 9 de noviembre de 2011, año XXXII, Ref.: D-419, Editorial LA LEY. LA LEY 17224/2011.
- VAQUER ALOY Antoni: «La responsabilidad civil en la Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores: una propuesta de interpretación», en *Diario La Ley* Sección Doctrina, 2001, Ref.: D-11, tomo 1, Editorial LA LEY. LA LEY 10893/2001.

IX. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TEDH, TC, TS, AP) CITADAS (POR ORDEN CRONOLÓGICO)

- STS, Sala Primera de lo Civil, de 21 de diciembre de 2010, rec. 71/2007. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Número de sentencia: 884/2010. Número de recurso: 71/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 217662/2010.

²⁰ A ello se une el que no consta, por no haberse aportado la sentencia de divorcio, los justos términos en los que se distribuyó o residenció entre los progenitores la patria potestad (si únicamente en uno de ellos o de forma compartida por ambos), ni cuál es el concreto régimen de visitas establecido para el progenitor no guardador con relación al menor ni, mucho menos, que el señor Pedro Antonio estuviese total y absolutamente desvinculado de su hijo o no ejerciese sus deberes paternos filiales respecto del mismo, siendo así que, como se señala en la sentencia de instancia, de las manifestaciones del propio menor en el acto del juicio se deriva que «el ciclomotor era de su propiedad, habiéndoselo comprado con el consentimiento y consentimiento de sus padres, quienes le habían permitido tenerlo pese a carecer del correspondiente permiso de circulación».

- STS, Sala Primera de lo Civil, de 31 de enero de 2007, rec. 236/2000. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Número de sentencia: 101/2007. Número de recurso: 236/2000. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 6615/2007.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 15 de noviembre de 2007, rec. 4781/2000. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Número de sentencia: 1225/2007. Número de recurso: 4781/2000. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 180019/2007.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 18 de abril de 2006, rec. 2520/1999. Ponente: Vicente MONTÉS PENADÉS. Número de sentencia: 376/2006. Número de recurso: 2520/1999. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 43921/2006.
- STS, Sala Segunda de lo Penal, de 10 de octubre de 2006, rec. 388/2006. Ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. Número de sentencia: 936/2006. Número de recurso: 388/2006. Jurisdicción: PENAL. LA LEY 114905/2006.
- STS, Sala Segunda de lo Penal, de 14 de marzo 2003, rec. 1586/2001. Ponente: José Ramón SORIANO SORIANO. Número de sentencia: 298/2003. Número de recurso: 1586/2001. Jurisdicción: PENAL. LA LEY 1243/2003.
- SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 5.ª, sentencia de 31 de octubre de 2012, rec. 13/2012. Ponente: Juan Carlos GONZÁLEZ RAMOS. Número de sentencia: 388/2012. Número de recurso: 13/2012. Jurisdicción: PENAL. LA LEY 183388/2012.
- SAP de Sevilla, Sección 3.ª, de 23 de septiembre de 2010, rec. 2935/2010. Ponente: Enrique GARCÍA LÓPEZ-CORCHADO. Número de sentencia: 459/2010. Número de recurso: 2935/2010. Jurisdicción: PENAL. LA LEY 270406/2010.
- SAP de Las Palmas, Sección 1.ª, de 21 de julio de 2010, rec. 37/2010. Ponente: Pedro Joaquín HERRERA PUENTES. Número de sentencia: 232/2010. Número de recurso: 37/2010. Jurisdicción: PENAL. LA LEY 215439/2010.
- SAP de Cáceres, Sección 2.ª, de 31 de julio 2008, rec. 229/2008. Ponente: Valentín PÉREZ APARICIO. Número de sentencia: 91/2008. Número de recurso: 229/2008. Jurisdicción: PENAL. LA LEY 208841/2008.
- SAP de Madrid, Sección 4.ª, de 10 de diciembre de 2007, rec. 250/2007. Ponente: María del Pilar DE PRADA BENGUA. Número de sentencia: 224/2007. Número de recurso: 250/2007. Jurisdicción: PENAL. LA LEY 315902/2007.
- SAP de Alicante, Sección 7.ª, de 21 de marzo de 2002, rec. 34/2002. Ponente: María Gracia SERRANO RUIZ DE ALARCÓN. Número de sentencia: 152/2002. Número de recurso: 34/2002. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 60368/2002.

X. LEGISLACIÓN CITADA

- Artículos 156,5.º, 1902 y 1903 del Código Civil.
- Artículo 61.3 de la LO 5/2.000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.
- Artículo 45 de la LO 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.
- Artículos 73 y 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.
- Artículos 11.1, letra b) y 3 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

RESUMEN

*GUARDA DE MENORES.
RESPONSABILIDAD SOLIDARIA
PADRES*

Responsabilidad solidaria directa y objetiva de los padres por los hechos dañosos de sus hijos sin distinción entre los que ejerzan o no la guarda y custodia u ostenten la patria potestad en casos de separación o divorcio.

ABSTRACT

*GUARDIANSHIP OF MINORS.
SEVERAL PARENTAL LIABILITY*

The direct, objective, several liability of parents for harm done by their children without distinguishing between parents who do or do not hold guardianship, custody or parental authority in cases of separation or divorce.

1.2. Familia

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS MENORES DE EDAD EN INTERNET

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. ÁMBITO NORMATIVO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y PROPIA IMAGEN: 2.1. LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN DE LOS MENORES DE EDAD. 2.2. LA DELIMITACIÓN LEGAL DEL ÁMBITO DE PROTECCIÓN: LAS INTROMISIONES ILEGÍTIMAS Y LEGÍTIMAS EN LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN, Y EL CONSENTIMIENTO DEL TITULAR DEL DERECHO.—III. PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y REDES SOCIALES.—IV. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y COMERCIO ELECTRÓNICO Y DE LOS PADRES O TUTORES Y CENTROS DOCENTES. LA REPARACIÓN DEL DAÑO.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La patria potestad se define como una función que debe ser ejercitada en beneficio de los hijos, en la que se integran un conjunto de derechos, que la ley concede a los padres sobre las personas y bienes de los descendientes con el fin de asegurar el cumplimiento de los deberes que, a los primeros incumbe respecto al sostenimiento, educación, formación y desarrollo en todos los órdenes de los segundos, ya se trate de menores de edad, ya de mayores incapacitados. Sólo los padres pueden ser titulares de la misma, y como tal institución, las facultades que la integran tienen el carácter de intransferibles, irrenunciables, imprescriptibles e indisponibles y de carácter social¹. Como contenido de la misma, el artículo 154 del Código Civil señala que, los padres deben velar por los hijos, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. Asimismo, aquellos como titulares de la patria potestad, les corresponde la representación legal de los hijos y la administración de sus bienes. No obstante, al tenor del apartado primero del artículo 162 del Código Civil se excluye de la representación legal dos tipos de actos: 1) Los actos relativos a la personalidad; y 2) Los actos permitidos por la ley a los menores de edad. Además, aquellos otros actos que, aun no tratándose de actos relativos a los derechos de la personalidad y aunque la ley no contemple su actuación autónoma, si bien tampoco la impida, puedan ser válidamente

¹ PÉREZ ÁLVAREZ M. A., «La protección de los menores e incapacitados, en general. La patria potestad», en *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia*, 2.ª ed., Colex, Madrid, 2008, pág. 352.

realizados por el menor conforme a sus condiciones de madurez². Precisamente, con relación al derecho al honor, la intimidad y la propia imagen del menor, el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, viene a establecer que el consentimiento del titular del derecho se erige como causa de justificación de la intromisión de terceros en la esfera relativa a los mismos; y asimismo, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 3 de la citada Ley Orgánica el menor maduro puede prestar ese consentimiento por sí mismo. Por otra parte, hay que señalar que, Internet es hoy una herramienta presente en la vida de la mayoría de los ciudadanos. Hay que destacar los índices de penetración crecientes de las diversas, aplicaciones, soportes y formas que lo conforman y el incremento del uso de la red no sólo en ordenadores, sino también en los terminales móviles. Solamente la crisis económica que estamos padeciendo, puede ralentizar temporalmente la evolución que, el sector de las nuevas tecnologías tiene y seguirá teniendo en el futuro ante una disminución de la inversión en I+D+i. En todo caso, no podemos negar que Internet ha supuesto un cambio en la percepción y concepción de la realidad y viene a constituir una nueva forma de gestionar la información y el conocimiento. Lo cierto es que, como cualquier otro instrumento, su empleo conlleva efectos positivos y negativos. Dentro de estos últimos, hay que señalar la utilización inadecuada de la información que, puede afectar a bienes jurídicos, en concreto, a determinados derechos de la persona, como el honor, intimidad y propia imagen. Nadie duda que, Internet es una fuente de conocimiento y de información, y que, en muchas ocasiones esa información afecta a la persona, bien porque directamente se proporciona por el interesado, o por terceros, y que puede ser utilizada por cualquiera que tenga acceso a Internet, no sólo contra la voluntad del afectado, sino también sin su conocimiento. Resulta más grave y peligroso el hecho que esa información provenga de menores de edad, y que, por tanto, puedan verse afectados por su mala utilización. Estamos ante un sector de la población que poseen mayores conocimientos y dominio de Internet, de sus aplicaciones, medios y soportes respecto al que puede tener otro grupo de individuos. No hay menor de edad que no disponga de algún dispositivo que le permita conectarse a la red, ya sea una tablet, ordenador o móvil, si bien para su empleo no se preocupan estos menores de dotarlos de ciertas medidas de seguridad ya sean cortafuegos, antivirus, y asimismo, suelen navegar a través de ellos de forma totalmente despreocupada, aportando datos personales como de su entorno familiar y círculo de amistades, en algunas ocasiones especialmente sensibles, sin percatarse de quien puede estar recibiendo esa información y cómo la va a utilizar. Igualmente, no debemos olvidar que se trata de personas con una limitada capacidad de obrar, a la que el ordenamiento jurídico debe procurar la máxima protección de sus derechos e intereses mediante la exigencia de un complemento de su capacidad cuando lo necesiten, o impidiendo su actuación en algunos otros casos, siempre preservando el interés del menor. Tanto los padres como los tutores, en su caso, tienen la obligación de velar por los hijos menores de edad (art. 154 CC) o por el tutelado (art. 267 CC) —mediante, por ejemplo, los correspondientes controles parentales—, y asimismo, los poderes públicos en su concreta esfera de actuación, deben procurar la defensa de la privacidad, intimidad y honor de quienes son menores de edad.

² Díez GARCÍA, H., «Comentario al artículo 162 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, T. II, director: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 1660-1661.

En este sentido, la Instrucción de la Fiscalía General del Estado, número 2/2006, de 15 de marzo, señala en su Exposición de Motivos que: «los artículos 12 y 39.2 y 3 de la Constitución Española contemplan la minoría de edad como una fase de la vida que se caracteriza por la insuficiencia en mayor o menor grado de medios para proporcionarse la persona a sí misma una protección íntegra en el disfrute de sus derechos, precisando por tanto el establecimiento de mecanismos de heteroprotección, en un primer nivel suministrados por los titulares de la patria potestad (art. 154 CC) o por sus sustitutos (tutores, guardadores) y en un segundo nivel, en defecto o por insuficiencia del anterior, por las instituciones públicas (en especial, Entidades Públicas de Protección de Menores y Ministerio Fiscal)». Y, añade: «la condición del menor como persona en situación de especial vulnerabilidad tiene reflejo en la regulación de numerosas instituciones, en las que el ordenamiento trata de reforzar su protección. Esta idea-fuerza aparece con claridad cuando el Código Penal protege la intimidad, la libertad sexual o cuando la legislación civil protege la intimidad y la propia imagen de los menores: en estos casos se les tutela frente a los ataques actuales y simultáneamente se les protege para hacer factible el desarrollo de su personalidad y en definitiva, para que puedan ejercer con plenitud sus derechos en el futuro. La necesidad de velar por el desarrollo integral del menor, en tanto sujeto en tránsito hacia la plena madurez, hace que el ordenamiento le otorgue una protección de especial intensidad».

Por su parte, en el II Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia 2013-2016 (II PENIA) marca como uno de sus objetivos impulsar los derechos y protección de la infancia con relación a los medios de comunicación y otras tecnologías de la información de forma segura. Lo cierto es que constituye una realidad que las TIC están presentes de forma constante en la vida de los menores³, y asimismo, resulta preocupante el empleo de las redes sociales por menores cada vez a una más temprana edad como vehículo de intercambio de ideas, opiniones y de todo tipo de información, y también el mal uso y abuso que se están haciendo por determinadas personas de edad adulta, e, incluso, por los propios menores de los datos personales que, se aportan a la red, lo que puede inevitablemente derivar en que el menor se convierta en la víctima de un delito, o, incluso, deriva en suicidio del propio menor ante una situación de *ciberbullying* o de acoso. Se da la paradoja que quienes más dominan el medio, son las principales víctimas, pues, la inocencia, confianza y despreocupación en aportar información personal, incrementa el peligro de su inadecuada utilización por terceros con fines no precisamente lícitos.

Como hemos señalado, se han de garantizar los derechos fundamentales de la persona en general, y de los menores en particular, como titulares del derecho al honor, intimidad personal y familiar y la propia imagen, y la protección de sus datos de carácter personal esencialmente en un entorno no libre de peligros y abusos como es Internet. De ahí que, el presente estudio se centre en el tratamiento y protección jurídica de tales derechos cuando afecta a menores de edad, determinando en primer lugar, el marco legal de protección existente, para luego analizar cuando se produce una intromisión ilegítima de tales derechos en la red; en tercer lugar, fijar propuestas de resolución a determinados problemas que, la propia legislación no ha previsto al ser las nuevas tecnologías un campo nuevo

³ Según una encuesta del INE 2011, el uso de ordenadores entre la población infantil de diez a quince años es prácticamente universal (95,6 por 100) y el 87 por 100 utiliza Internet. En cuanto al teléfono móvil lo usan el 68,1 por 100.

en continuo desarrollo; y por último, determinaremos la responsabilidad de todos los implicados y las posibles exigencias de reparación del daño.

En todo caso, debe reconocerse que ni las vigorosas normas internacionales, estatales y autonómicas ya promulgadas, ni la supervisión de las Administraciones públicas, ni la decidida intervención del Ministerio Fiscal, pueden garantizar un pleno y riguroso respeto a los derechos al honor, la intimidad y la imagen de los menores si no van acompañadas de una auténtica concienciación social que, asuma la necesidad de una escrupulosa tutela frente a las intromisiones que, puedan llegar a poner en riesgo o perturbar su proceso de maduración. Representantes legales, medios de comunicación, poderes públicos y sociedad en general, deben cada uno en su ámbito funcional constituirse en garantes de los derechos de los menores. Los profesionales y los medios de comunicación debieran sin reservas asumir ese principio deontológico y ser la base del código de conducta. Hay que tener presente que, en el caso de los menores un eventual ataque a su honor, su intimidad o su imagen o a la privacidad de sus datos de carácter personal, va más allá, incidiendo poderosa y gravemente en su desarrollo intelectual, mental y moral, impidiendo el libre desarrollo de su personalidad, derecho consagrado igualmente en el artículo 10 de la Constitución Española, fundamento del orden político y la paz social⁴ y afectando a su dignidad personal.

II. ÁMBITO NORMATIVO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y PROPIA IMAGEN

Nuestra Constitución Española reconoce, con carácter general, el derecho al honor, a la intimidad y el derecho a la propia imagen en su artículo 18 en armónica consonancia con los artículos 20.4 y 39.4. El artículo 20.1.d) especifica que el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión encuentra su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título y «especialmente en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia». El apartado 4.º del artículo 18 prevé la limitación por medio de Ley del uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar y el artículo 105.b) de la Constitución Española, a la vez que prevé que la Ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, excluye del público conocimiento «lo que afecte a la intimidad de las personas». Debe también tenerse presente que el artículo 39 de la Constitución Española asume como principio rector de la política social y económica, la protección integral de los hijos.

En desarrollo de tales derechos fundamentales se dictó la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, que tutela los derechos con independencia de la mayoría o minoría de edad de su titular, aborda las peculiaridades del ejercicio y protección de los derechos de los menores al regular el consentimiento ante los actos de intromisión, estableciendo dos reglas: el consentimiento de los menores e incapaces a las intromisiones en su intimidad o propia imagen

⁴ JORDÁ CAPITÁN, E., «La utilización y protección jurídico-civil de la imagen de los menores en la red; aspectos legales y la praxis judicial», en *Los derechos de la personalidad de los menores y las nuevas tecnologías*, directoras: Eva JORDÁ CAPITÁN y Verónica DE PRIEGO FERNÁNDEZ, y coordinadores: Jesús Alberto MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS y Jesús FLORES RODRÍGUEZ, El Derecho, Madrid, 2012, pág. 75.

deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil (apartado primero del artículo 3) En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el juez (apartado segundo del art. 3).

Con posterioridad, en aras de lograr una protección reforzada de tales derechos respecto de los menores de edad y de los mecanismos de garantía previstos en la citada Ley Orgánica 1/1982, se orientan los artículos 4 y 5 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil por tratarse de seres en proceso de formación, y especialmente vulnerables ante los ataques de sus derechos, a la vez que se opta por priorizar el interés del menor frente a cualquier otro interés en juego. Así se prohíbe la difusión de datos o imágenes referidos a menores de edad en los medios de comunicación, cuando sea contrario a su interés, incluso cuando conste el consentimiento del menor. Por su parte, el artículo 13.3 de esta Ley contiene una auténtica cláusula general para la defensa de la intimidad en el ámbito de las actuaciones de protección de menores, estableciéndose que las autoridades y las personas que por su profesión o función conozcan el caso, actuarán con la debida reserva.

Asimismo, conviene referirse a la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, que regula el derecho de rectificación; la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos; la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, en cuyo artículo 4.4 dispone que *«la comunicación audiovisual debe respetar el honor, la intimidad y la propia imagen de las personas y garantizar los derechos de rectificación y réplica. Todo ello en los términos previstos por la normativa vigente»*; y añade el artículo 7.2, modificado por la Ley 6/2012, de 1 de agosto que, *«está prohibida la emisión de contenidos audiovisuales que puedan perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores, y en particular, la de aquellos programas que incluyan escenas de pornografía, maltrato, violencia de género o violencia gratuita. Aquellos otros contenidos que puedan resultar perjudiciales para el desarrollo físico, mental o moral de los menores solo podrán emitirse en abierto entre las 22 y las 6 horas, debiendo ir siempre precedidos por un aviso acústico y visual, según los criterios que fije la autoridad audiovisual competente. El indicador visual deberá mantenerse a lo largo de todo el programa en el que se incluyan dichos contenidos. Cuando este tipo de contenidos se emita mediante un sistema de acceso condicional, los prestadores de servicios de comunicación audiovisual deberán incorporar sistemas de control parental...»*. Asimismo, en esta línea, ante la vertiginosa irrupción de apuestas y juegos en Internet como su fácil acceso, la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, dispone en su artículo 6.1 que: *«Queda prohibida toda actividad relacionada con la organización, explotación y desarrollo de los juegos objeto de esta Ley que, por su naturaleza o por razón del objeto sobre el que versen: a) Atenten contra la dignidad de las personas, el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, contra los derechos de la juventud y de la infancia o contra cualquier derecho o libertad reconocido constitucionalmente. b) Se fundamenten en la comisión de delitos, faltas o infracciones administrativas. c) Reaigan sobre eventos prohibidos por la legislación vigente. Y, desde un punto de vista subjetivo, señala en el párrafo segundo del citado artículo que, se prohíbe la participación en los juegos objeto de esta Ley a «los menores de edad y los incapacitados legalmente o por resolución judicial, de acuerdo con lo que establezca la normativa civil»*.

Por su parte, el artículo 8.1 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante, LSSICE) dispone que en caso de que un determinado servicio de la sociedad de la información atente o pueda atentar contra los principios que la Ley recoge, los órganos competentes para su protección, en ejercicio de las funciones que tengan legalmente atribuidas, podrán adoptar las medidas necesarias para que se interrumpa su prestación o para retirar los datos que los vulneran. Entre tales principios en la letra *d*) se incluye el de la protección de la juventud y de la infancia. Aparte de la responsabilidad propia del autor y titular de la página web en la que se inserten los contenidos atentatorios contra los derechos del menor, deberán tener presente la autoridad judicial y el Ministerio Fiscal que, la LSSICE establece también las obligaciones y responsabilidades de los prestadores de servicios que realicen actividades de intermediación como las de transmisión, copia, alojamiento y localización de datos en la red. En general, éstas imponen a dichos prestadores un deber de colaboración para impedir que determinados servicios o contenidos ilícitos se sigan divulgando (arts. 11 y 14 a 16 LSSICE). La LSSICE parte del principio de no imponer a los prestadores de servicios la obligación de realizar actividades de control y supervisión de los datos que se transmiten o se almacenan, teniendo en cuenta que, cuantitativamente son ingentes. Como contrapeso, simultáneamente se les impone a estos prestadores un deber de colaboración para evitar la comisión de delitos o actividades ilícitas en la red en cuanto tomen conocimiento de ellas, retirando e imposibilitando el acceso de aquella información que, sea así calificada con la debida diligencia. Estos principios ya se contenían en la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información. Esta misma Directiva también establecía como objetivo prioritario el garantizar un alto nivel de protección de los objetivos de interés general y en especial, la protección de los menores y la dignidad humana.

En el ámbito del proceso civil, los artículos 138.2 y 754 de la Ley de Enjuiciamiento Civil introducen disposiciones tendentes a preservar la intimidad de los menores. En idéntica dirección, el artículo 35 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante LORPM), dispone que: «...en ningún caso se permitirá que los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor ni datos que permitan su identificación». Esta Ley también quiere preservar a toda costa la intimidad de los menores sometidos a medida de reforma. Así el artículo 56.2.c) LORPM contiene una cláusula específica de protección de los menores internados en un centro de reforma al reconocérseles el derecho a que se preserve su dignidad y su intimidad y a que su condición de internados sea estrictamente reservada frente a terceros. El desarrollo reglamentario de la LORPM llevado a cabo por el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, configura como principio general el de la confidencialidad, la reserva oportuna y la ausencia de injerencias innecesarias en la vida privada de los menores o en la de sus familias, en las actuaciones que se realicen [art. 6.2.i)]. Este principio general se concreta en un haz de normas: el artículo 12 al abordar el expediente personal del menor en la ejecución de la medida establece un acceso restringido y una obligación general de reserva; el artículo 30, en cuanto a la normativa de funcionamiento interno de los centros; el artículo 32 en cuanto a trámites después del ingreso; el artículo 34 sobre el internamiento de madres con hijos menores; el artículo 35, respecto de los traslados; el artículo 37, respecto de la asistencia escolar y formativa; el artículo 40.8 en cuanto a las comunicaciones y visitas de familiares y de otras personas; el

artículo 41 en relación con las comunicaciones con el juez, el Ministerio Fiscal, el abogado y con otros profesionales y autoridades; el artículo 54 en cuanto a vigilancia y seguridad y cacheos. Del mismo modo, el artículo 2.4 del Real Decreto 1774/2004, en relación con los registros de menores, se inspira en la protección a ultranza de la intimidad del menor infractor.

También debe mencionarse la contundente legislación penal que castiga el más grave de los ataques contra la intimidad y propia imagen de los menores: la pornografía infantil. Del mismo modo, el propio Código Penal, al regular los tipos de delitos contra la intimidad, estructura como tipo agravado la lesión a la intimidad del menor (art. 197.5), asimilando estos ataques por razón de la edad del sujeto pasivo a los secretos que afectan al núcleo duro de la privacidad (datos relativos a la salud, la ideología, las creencias religiosas, los orígenes raciales y la vida sexual).

La preocupación de los poderes públicos por la protección de estos derechos de los menores ha llevado a que la mayoría de los legisladores autonómicos hayan promulgado sus propias disposiciones, en esencia reiterando lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1996, e imponiendo además a las Administraciones autonómicas la obligación de dar cuenta al Ministerio Fiscal de cuantas actuaciones lesionen el honor, intimidad personal y familiar y la propia imagen de los menores. Asimismo, estas disposiciones autonómicas también generan obligaciones para las respectivas Administraciones en relación con la salvaguarda de estos derechos de los menores.

Así, en el ámbito autonómico merecen especial consideración la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia del País Vasco (modificada por la Ley 3/2009, de 23 de diciembre), en cuyo artículo 10 dispone que *«de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: a) Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, quedando comprendidos en este derecho la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como el secreto de las comunicaciones. b) En los casos en que los derechos recogidos en la letra anterior queden vulnerados por la difusión de información o la utilización de imágenes o nombres de niños, niñas y adolescentes en los medios de comunicación que pueda implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, el ministerio fiscal deberá intervenir instando de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la ley y solicitando las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados. Tales actuaciones procederán incluso si consta el consentimiento del niño, niña o adolescente o de sus representantes legales. c) En los casos a que se refiere la letra anterior, y sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del niño, niña o adolescente, el ministerio fiscal podrá actuar de oficio o a instancia del propio niño, niña o adolescente o de cualquier persona interesada, física o jurídica, o entidad pública. d) Los padres y madres, tutores o guardadores y los poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de terceros»*; asimismo, el artículo 17 de la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección la Infancia y Adolescencia de Navarra⁵; el artículo 27 de la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de

⁵ El artículo 17 señala que: *«De conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y*

atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Islas Baleares⁶; los artículos 72 y 73 de la Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat de Protección Integral de la Infancia y Adolescencia de la Comunidad Valenciana que, regulan la protección del menor frente al uso de servicios telefónicos, Internet y publicidad en la Comunidad valenciana⁷; el artículo 17 de la Ley 8/2010, de 23 de diciembre, de garantía de derechos y atención a la infancia y adolescencia de

de la Ley de Enjuiciamiento Civil: a) Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, quedando comprendidos en este derecho la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como el secreto de las comunicaciones. b) En los casos en que los derechos recogidos en la letra anterior queden vulnerados por la difusión de información o la utilización de imágenes o nombres de niños, niñas y adolescentes en los medios de comunicación que pueda implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, el ministerio fiscal deberá intervenir instando de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la ley y solicitando las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados. Tales actuaciones procederán incluso si consta el consentimiento del niño, niña o adolescente o de sus representantes legales. c) En los casos a que se refiere la letra anterior, y sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del niño, niña o adolescente, el ministerio fiscal podrá actuar de oficio o a instancia del propio niño, niña o adolescente o de cualquier persona interesada, física o jurídica, o entidad pública. d) Los padres y madres, tutores o guardadores y los poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de terceros».

⁶ El artículo 27 relativo al Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen señala que «1. De acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: a) Las personas menores de edad tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como del secreto de las comunicaciones. b) La difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de las personas menores de edad en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados. c) Se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de la persona menor de edad, cualquier utilización de su imagen, su nombre o el relato detallado de su historia en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento de la persona menor de edad o de sus representantes legales.

Sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares las personas representantes legales de la persona menor de edad, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal su ejercicio, que podrá actuar de oficio o a instancia de la persona menor de edad o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública.

2. Los progenitores, las personas que ejerzan la tutela o la guarda de las personas menores de edad y los poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de terceros».

⁷ El artículo 72 bajo la rúbrica Protección del menor frente al uso de servicios telefónicos, Internet y videojuegos, dispone que: «1. Los operadores de telecomunicaciones deberán adoptar las medidas técnicas y jurídicas necesarias para garantizar la protección de los menores, como usuarios de la telefonía, la televisión e Internet, frente al acceso a informaciones, programas y servicios de contenido violento, racista, homófobo, sexista, pornográfico o que puedan resultar perjudiciales para la seguridad, la salud y la formación del menor. A tales efectos, informarán y pondrán a disposición de los padres o representante legal del menor los medios y dispositivos técnicos para impedir el acceso y utilización de contenidos y servicios prohibidos a menores o perjudiciales para su formación.

Cantabria⁸; y el artículo 36 de la Ley 14/2010, de 23 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia de Cataluña⁹.

En un plano internacional, es de destacar el artículo 8.1 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores de 29 de noviembre de 1985 —Reglas de Beijing— en el que se establece que, para evitar

En todo caso, los padres deberán tener un especial cuidado en cuanto al uso de Internet por parte de los menores, en relación con las páginas de contenido dañino.

2. *La Generalitat adoptará todas las medidas necesarias para garantizar el efectivo cumplimiento de estas medidas».*

Y el artículo 73, relativo a la publicidad dirigida a menores, señala que: «La publicidad dirigida a menores que se divulgue en cualquier medio escrito, audiovisual o telemático, en el ámbito de la Comunitat Valenciana, deberá estar sometida a los siguientes principios de actuación: a) Nivel de conocimiento y madurez de la audiencia a la que se dirige el mensaje. Por ello su lenguaje y mensajes se adaptará a los niveles de desarrollo de los colectivos de niños o de adolescentes a los que va dirigidos. b) No violencia o discriminación. Las imágenes, los mensajes y su contenido no incitarán a la violencia, ni a la comisión de actos delictivos, ni a cualquier forma de discriminación por raza, cultura o creencias, ni atentarán contra la discriminación por razón de sexo o contra la dignidad de las personas. c) Publicidad real y de no incitación al consumo. Las imágenes y representaciones de objetos deberán reflejar la realidad de sus características físicas, movimiento, prestaciones y demás atributos, indicando los anuncios el precio del producto o del servicio anunciado en los términos que se establezca en la normativa vigente. Los anuncios no deben incitar directamente a los menores a la compra de un producto explotando la inexperiencia de los niños o su credulidad, ni a que persuadan a sus padres para este mismo fin. d) Publicidad veraz, no engañosa. Los mensajes no podrán formular promesas de entrega de bienes o servicios que impliquen el cumplimiento de condiciones no explícitas. e) Publicidad informativa, no dañina ni peligrosa. No se podrá, sin un motivo justificado, presentar a niños o adolescentes en situaciones que atenten contra su integridad o en situaciones peligrosas. f) En ningún caso la publicidad dirigida a niños y adolescentes deberá explotar la especial confianza de los menores en sus padres, profesores u otras personas o figuras de su entorno mediático».

⁸ Artículo 17. Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen dispone que: «1. Dentro del marco legislativo vigente, que reconoce a las personas menores el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, corresponde a la Comunidad Autónoma de Cantabria la realización de cuantas actuaciones resulten necesarias para lograr la plena efectividad de dicho derecho.

2. Los padres, madres, las personas que ejerzan la tutela o guarda y los poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles intromisiones ilegítimas de terceras personas. Se considera intromisión ilegítima cualquier utilización de la imagen o nombre de las personas menores que pueda implicar menoscabo de su reputación o que sea contraria a sus intereses, incluso constanding su consentimiento o el de quien ostente su representación legal.

3. Las Administraciones Públicas velarán para que las personas menores no sean utilizadas en anuncios publicitarios divulgados en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cantabria que promocionen actividades prohibidas a menores de edad. La participación en publicidad de la persona menor, así como la utilización de su imagen, implicará, en todo caso, la protección de su dignidad y la de los derechos que les son reconocidos por la normativa vigente».

⁹ El artículo 36. Derecho a la protección del honor, la dignidad, la intimidad y la propia imagen señala que: «1. El niño o el adolescente tiene derecho a la protección del honor, la dignidad, la intimidad y la propia imagen.

2. Hay que preservar a los niños y a los adolescentes de la difusión de sus datos personales, de la difusión de imágenes que atentan contra su dignidad y de la explotación económica de su imagen.

3. Los poderes públicos deben velar, con especial interés, por el derecho a la intimidad y al honor de los niños y adolescentes, especialmente de aquellos que han sido objeto de agresiones sexuales, maltratos o cualquier otra experiencia traumática».

que la publicidad indebida o el proceso de difamación perjudique a menores, se respetará en todas las etapas el derecho de los menores a la intimidad. Igualmente, la Convención de los Derechos del Niño de la ONU, de 20 de diciembre de 1989, ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990, en su artículo 12 manifiesta que: «1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional»; y refuerza el artículo 13 al disponer que «1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño». Si bien, añade su párrafo segundo que, el ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias: a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas. Asimismo, el artículo 16 proscribe las intromisiones en la intimidad del menor al declarar que «ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. El niño tiene derecho a la protección de la Ley contra tales injerencias». También el punto 8.29 de la Carta Europea de Derechos del Niño (Resolución del Parlamento Europeo A3-0172/92, de 8 de julio de 1992) declara que «todo niño tiene derecho a no ser objeto por parte de un tercero de intrusiones injustificadas en su vida privada, en la de su familia, ni a sufrir atentados ilegales contra su honor», y el punto 8.43 de esta misma Carta otorga protección frente a utilizaciones lesivas de la imagen del menor. En la misma línea, el Convenio Europeo de los Derechos Humanos revisado de conformidad con el Protocolo número 11 y entrada en vigor el día 1 de noviembre de 1998, alude en su artículo 10 al derecho de toda persona a la libertad de expresión que, alcanza tanto a la libertad de opinión, como la libertad de recibir y comunicar información o ideas, reconociendo, asimismo, su ejercicio limitado en orden a la reputación y derecho de terceros. Por su parte, el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado el 16 de diciembre de 1996, en cuyo último inciso declara que, toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública excepto en los casos en que el interés de los menores de edad exija lo contrario o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a tutela de menores. Asimismo, hay que destacar, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, concretamente el artículo 24, relativo a las medidas de protección que requiere el menor tanto de la familia como de la sociedad y el Estado; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966, que, en su artículo 10.3 obliga a adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes y específicamente contra la explotación económica y social; la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, que en su artículo 25.2 reconoce el derecho de la infancia a cuidados y asistencia especiales; la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas: «Un mundo apro-

piado para los niños», de 10 de mayo de 2002; y la Resolución de esta misma Asamblea sobre Derechos del Niño, de 19 de diciembre de 2006.

En Europa, se ha producido un amplio reconocimiento de los derechos fundamentales en el Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, ratificado por España el 10 de octubre de 1979, que regula en su artículo 8 el derecho al respeto de la vida privada y familiar; y en el artículo 10 el derecho a la libertad de expresión. Actualmente, el Tratado de la Unión Europea en su artículo 6 dispone que: «*La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados...*». También señala que: «*La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados*». Y, añade que: «*Los derechos fundamentales que garantizan el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales, y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales*». Por su parte, el Tratado de Funcionamiento de la Unión dispone en su artículo 67 que: «*La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros*».

En relación a las políticas de actuación en el seno de la Unión Europea, el 16 de octubre de 1996 la Comisión presentó el Libro Verde sobre la protección de los menores y la dignidad humana en los nuevos servicios audiovisuales y de información que trataba básicamente de los contenidos nocivos. A tal fin en el Capítulo I centrado en poner de manifiesto los problemas que se pueden derivar de los contenidos de los servicios audiovisuales y de información en relación con la protección de menores y dignidad de la persona, señala que, cualquiera que sea el alcance que se dé a la libertad de expresión, siempre la protección de los menores y la dignidad humana representa una prioridad en la regulación de los medios de comunicación, sin que la aparición de otros nuevos, cuestione la necesidad de tal protección, es por ello que para la Comisión, hay que centrar la protección en servicios descentralizados, como Internet, y ante la enorme expansión y desarrollo transnacional de tal servicio, se han de ofrecer soluciones globales y comunes para su operatividad y aplicación en el seno de la Unión. En el año 2005, el Parlamento y el Consejo adoptaron la Decisión núm. 854/2005/CE de 11 de mayo de 2006¹⁰ por la que se crea un Programa comunitario plurianual para el fomento de un uso más seguro de Internet y las nuevas tecnologías en línea, centrado en la lucha contra los contenidos ilícitos, el tratamiento de los contenidos no deseados y nocivos, el fomento de un entorno más seguro y la sensibilización. En la actualidad, está en marcha el Programa plurianual sobre la protección de los menores en el uso de Internet y de otras tecnología de la comunicación, fruto de la Decisión núm. 1351/2008/CE de 16 de diciembre de 2008¹¹, en cuyo considerando primero se dice que «el uso de Internet y de otras tecnologías de la comunicación tales como el teléfono móvil sigue experimentando un crecimiento considerable en la Unión Europea, y brinda a todos los ciudadanos oportunida-

¹⁰ DO L 149/1, de 11 de junio de 2005.

¹¹ DO L 348/118, de 24 de diciembre de 2008.

des importantes, tales como la participación, la interactividad y la creatividad. No obstante, los riesgos para los niños y el abuso de estas tecnologías también siguen existiendo y con la evolución de la tecnología y de los comportamientos sociales, aparecen nuevos riesgos y abusos. Deben adoptarse medidas a escala de la Unión Europea dirigidas a proteger la integridad física, mental y moral de los niños, que podría verse vulnerada al acceder estos últimos a contenidos inapropiados». Precisamente, poniendo el acento en la protección de los niños en el uso de Internet y otras tecnologías de la Comunicación, se establece en el considerando cuarto que «seguirá resultando necesario actuar tanto en el ámbito de los contenidos potencialmente nocivos para los niños, en particular el material pornográfico, como en los contenidos ilícitos, en particular el material sobre abuso infantil. Asimismo, es necesario seguir actuando para evitar los casos en que los niños son víctimas de comportamientos nocivos e ilícitos que desembocan en perjuicios físicos y psicológicos y aquellos en que son embaucados para que imiten tales comportamientos, perjudicando a otros o a sí mismo. Es necesario un esfuerzo particular para explorar soluciones que impidan que los adultos a través de la tecnología de la información y la comunicación, proponga citas a niños con la intención de cometer abusos sexuales u otros delitos sexuales. Debe prestarse al mismo tiempo especial atención al sistema de apoyo de igual a igual». Y, asimismo, añade en esta línea el considerando quinto que «las acciones deben asimismo estar encaminadas a impedir que los niños sea víctimas de amenaza, acoso y humillación a través de Internet o de las tecnologías digitales interactivas, incluidos los teléfonos móviles».

En este contexto, la Comisión Europea presentó el 15 de febrero de 2011 un Programa para los derechos del menor en el que se enumeran hasta once acciones que la Comisión ha de adoptar en los próximos años, mediante las que se persigue reafirmar el sólido compromiso de la Unión Europea y de los Estados miembros a la hora de promover, proteger y respetar los derechos del menor en todas las políticas que, se lleven a cabo en el seno de la Unión y que afecten directa o indirectamente a los mismos. En el diseño, aplicación y supervisión de tales políticas ha de atenderse al interés superior del menor. Entre las acciones a llevar a cabo, la Comisión menciona expresamente aquellas orientadas a proteger activamente y capacitar a los menores «para enfrentarse al ciberacoso, la captación de menores, la exposición a contenidos nocivos, y otras experiencias desagradables en la utilización de tecnologías en línea. Es por ello que, se decide con el objeto de incrementar la concienciación y promover la ciudadanía activa entre los niños, la creación de una ventanilla única para los niños en el portal EUROPA con información fácilmente accesible sobre los derechos del menor y las políticas de la Unión».

Por su parte, en septiembre de 2011, se ha publicado un Informe de la Comisión sobre la Protección de los Menores en el mundo digital dirigido al Parlamento Europeo, al Consejo Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, en relación con la aplicación de la Recomendación del Consejo de 24 de septiembre de 1998 relativa a la protección de menores y dignidad humana y de la Recomendación del Parlamento y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, relativa a la protección de los menores y la dignidad humana y el derecho de réplica en relación con la competitividad de la industria europea de servicios audiovisuales y de información en línea, donde se pone de manifiesto el vertiginoso cambio experimentado en los medios electrónicos desde la última Recomendación que, tiene especial constatación en la aparición de un nuevo fenómeno cibernético, como son las redes sociales, y el enorme crecimiento en usuarios, sobre todo menores.

Ahora bien, se debe recalcar el valor que los convenios internacionales adquieren en relación con los menores, lo que es además especialmente enfatizado por la Constitución Española. Así, el artículo 10.2 de la misma establece genéricamente que, las normas relativas a los derechos fundamentales se interpretarán de conformidad con la Declaración de los Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias suscritos por España; y el artículo 39.4, *ad abundantia maior*, dispone que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que, velan por sus derechos».

De todas formas, hay que destacar las normas (Instrucciones y Circulares) de la fiscalía General del Estado orientadas a salvaguardar los derechos de los menores. Lo cierto es que, las funciones que la Constitución Española atribuye al fiscal son todas de un profundo calado ético, las más sensibles, necesarias y de inexcusable observancia, son las relacionadas con los menores, toda vez que estos, por propia definición, necesitan de otros para obtener amparo. El Ministerio Fiscal debe decididamente asumir el papel protagonista que nuestro ordenamiento expresamente le ha querido atribuir como defensor de la esfera de la privacidad de los menores. Que el fiscal debe velar por el respeto al honor, la intimidad y la propia imagen de los menores, aparece reiteradamente invocado en la doctrina emanada de la Fiscalía General del Estado. Así, la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/1993, de 15 de marzo, sobre la función del Ministerio Fiscal y el derecho a la intimidad de los menores víctimas de un delito, dictada antes de los trascendentales cambios introducidos por la Ley Orgánica 1/1996, para los casos en que la divulgación de la noticia permita prever una intromisión en la intimidad o en la imagen del menor y no conste se hayan observado las prescripciones legales, instaba a los fiscales a valorar «la conveniencia de dirigirse formalmente a los representantes legales del menor y en su caso, al medio de comunicación que anuncie la divulgación de la noticia, a fin de advertir a aquellos de las consecuencias jurídicas que, en orden a la validez del negocio jurídico suscrito, puedan llegar a producirse», apuntándose como vía de intervención en los casos de continuo y pertinaz incumplimiento de las obligaciones inherentes a la patria potestad por «reiterada estrategia de exposición pública del menor para el relato de su propia tragedia» la evaluación de si concurre situación de desamparo del menor conforme al artículo 172 del Código Civil.

La Circular 1/2000, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, exhorta al fiscal a convertirse en un inflexible protector de la intimidad del menor; instando del juez la adopción de cuantas medidas puedan resultar procedentes a fin de asegurar, en todo caso, la vigencia de aquel derecho.

Por su parte, la Circular 1/2001, de 5 de abril, relativa a la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del fiscal en los procesos civiles dispone que los fiscales cuidarán de que la documentación de las actuaciones judiciales se realice siempre con pleno respeto y salvaguarda de los legítimos derechos e intereses de las partes e intervinientes, máxime cuando se vean comprometidos menores o incapaces.

Esta misma Circular exhorta a los fiscales para que en todos los procesos que afecten a menores orienten su actuación conforme a los principios recogidos en el artículo 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, primando siempre el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que, pudiera concurrir y de manera particular para que se respete el derecho del menor a ser oído en el procedimiento.

Por su parte, la Instrucción 3/2005, de 7 de abril, sobre las relaciones del Ministerio Fiscal con los medios de comunicación, se pronunciaba en el ámbito

de las informaciones sobre asuntos penales en el sentido que, el posible interés informativo de la noticia cede ante la necesidad de protección de los intereses del menor afectado.

Finalmente, la Instrucción 2/2006 de la Fiscalía General del Estado pretende por un lado, abordar sistemáticamente la materia, y por el otro, dar por primera vez pautas exegéticas a la luz de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, que introdujo disposiciones que fortalecen extraordinariamente la posición del fiscal como valedor de los derechos de los menores, dotándole de una legitimación con una amplitud no reconocida en la anterior Ley Orgánica 1/1982.

2.1. LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN DE LOS MENORES DE EDAD

Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor son derechos fundamentales que forman parte de los derechos de la personalidad y resultan esenciales para el libre desarrollo de la personalidad¹². Se encuentran hiperprotegidos por nuestro ordenamiento jurídico; de ahí que, estas garantías adicionales se justifiquen por el *plus* de antijuridicidad predicable de los ataques a estos derechos, máxime cuando el sujeto pasivo es un menor; pues no solamente lesionan el honor, la intimidad o la propia imagen, sino que además pueden perturbar su correcto desarrollo físico, mental y moral, y empañan en definitiva su derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la futura estima social. Por tanto, la protección es reforzada y prevalente siguiendo el principio de interés superior del menor, interés superior consecuencia de la dignidad y desarrollo personal.

De conformidad con lo dispuesto tanto en el artículo 1 de la Convención de Derechos del Niño como en el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, puede afirmarse que son menores las personas de menos de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la Ley que les sea aplicable, hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad.

Aunque en principio la Ley nacional del menor de dieciocho años puede atribuirle la plena capacidad por debajo de dicha edad, para ello habrá de partirse conforme a las previsiones de la Circular 3/2001, de 21 de diciembre, y de la Instrucción 6/2004, de 26 de noviembre, que puede establecerse con carácter general la presunción *iuris tantum* que, es menor todo extranjero que, no haya cumplido aún los dieciocho años.

Respecto de los criterios para la determinación de la edad de los menores extranjeros indocumentados, habrá de estarse a las pautas introducidas por la Instrucción 2/2001, de 28 de junio.

De todas formas, conviene precisar, como señala en su Exposición de Motivos la Ley Orgánica 1/1996, que el Ordenamiento jurídico en general y en particular, esta Ley «refleja una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio

¹² GRIMALT SERVERA, P., «Los menores e Internet: capacidad *versus* protección de la vida privada», en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*, coordinadores: Matilde CUENA CASAS, Luis ANGUITA VILLANUEVA y Jorge ORTEGA DOMÉNECH, Dykinson, Madrid, 2013, pág. 180; MACÍAS CASTILLO, A., «El consentimiento del menor y los actos de disposición sobre su derecho a la propia imagen (1)», en *La Ley* núm. 6913, año XXIX, de 28 de marzo de 2008, pág. 2.

personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás». A lo que añade que, «no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos». Su concepción como sujetos activos se demuestra progresivamente en su participación en las redes sociales o en otros entornos virtuales que ofrecen Internet y otras plataformas digitales; si bien, la exigencia de cierta autonomía en su actuación como tales sujetos que, se plasma en la posibilidad de prestar su consentimiento ante determinadas actuaciones, no impide la necesaria protección que por razón de la edad, merecen en el seno de la propia familia, como por parte de los poderes públicos. Se debe lograr un adecuado equilibrio entre las necesidades del menor como sujeto activo y titular de sus derechos, y su protección como sujeto especialmente vulnerable.

En el caso de menores emancipados, el artículo 323 del Código Civil establece, no obstante, que están habilitados para regir su persona y bienes como si fueran mayores de edad, introduciendo una serie de excepciones a su capacidad —entre las que no se encuentra la disposición sobre su derecho al honor, intimidad y propia imagen— que, además, han de interpretarse restrictivamente. Las mismas consideraciones merecen los menores que hayan obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad (art. 321 CC).

Estos menores, a efectos civiles, con carácter general, habrán de ser considerados como asimilados a los mayores de edad, pudiendo ejercitar por sí los derechos al honor, intimidad y propia imagen y prestar los consentimientos previstos en el artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1982. Distinto debe ser el supuesto del menor emancipado por vida independiente. Conforme al artículo 319 del Código Civil se presume la emancipación del menor que a los dieciséis años viviere independiente de sus padres con el consentimiento de estos. Sin embargo, en estos supuestos de emancipación tácita, los padres pueden revocar tal consentimiento, por lo que no puede decirse que produzcan el efecto extintivo de la patria potestad. A *fortiori*, un inadecuado ejercicio de los derechos de la personalidad por parte de estos menores podría poner precisamente de relieve que, los mismos no estaban debidamente preparados para vivir independientemente de sus padres, por lo que no deben quedar en esta materia exentos *a priori* de las intervenciones tuitivas del juez y del Ministerio Fiscal.

El derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen participa de la naturaleza de los derechos de la personalidad¹³ y por tanto, de los

¹³ Para MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS, C., «Los derechos de la personalidad», en *Curso de Derecho Civil*, vol. I, *Derecho Privado. Derecho de la persona*, volumen coordinado por Pedro de PABLO CONTRERAS, 4.ª ed., Colex, Madrid, 2011, pág. 546, conceptúa los derechos de la personalidad, como «derechos subjetivos derivados de la naturaleza humana y de la dignidad inherente a la persona, dirigidos a proteger la esfera más inmediatamente personal del ser humano, tanto en su vertiente física (derechos a la vida y a la integridad física), como espiritual (derechos al honor, a la intimidad y la imagen)». Por su parte, O'CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho Civil, T. I, Parte General*, séptima edición corregida y puesta al día, Dijusa, Madrid, 2009, pág. 179, define los derechos de la personalidad como «el poder que el ordenamiento concede a la persona para la autoprotección de los intereses más inherentes a la misma, en su aspecto material, como moral».

Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de diciembre de 1997 (RJ 1997/9100), define los derechos de la personalidad como «derechos subjetivos

caracteres que le son propios, esto es, la irrenunciabilidad, inalienabilidad o intransmisibilidad por ser inseparables de la persona a que pertenecen; de ahí que, también resulten que, son inexpropiables e inembargables y que no cabe en relación con ellos el ejercicio de la acción subrogatoria (art. 1111 CC), y la imprescriptibilidad —en cuanto no se extinguen, como tales derechos, por su falta de ejercicio— *ex* artículo 13 de la Ley Orgánica 1/1982, así como también su carácter absoluto u oponibilidad *erga omnes*, ya sea frente a particulares, ya sea frente a poderes públicos, y su naturaleza esencial, inherente a la persona, pues, se trata de derechos innatos u originarios en cuando se adquieren como consecuencia del hecho de ser hombre. Finalmente, hay que destacar su contenido extrapatrimonial en cuanto lo bienes que se protegen son radicalmente personales y carecen de contenido patrimonial¹⁴. Si bien, no son ilimitados, pues, están sujetos como los demás derechos, a sus propios límites intrínsecos y límites extrínsecos derivados de la existencia y protección de los derechos y libertades de los demás.

Asimismo, son reconocidos en el artículo 18 de la Constitución Española como derechos fundamentales. Lo que hace que se les dote de las mayores garantías constitucionales, es decir, se protejan ante los Tribunales ordinarios mediante un procedimiento basado en los principios de preferencia, sumariedad, susceptibles de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y reservando su desarrollo a la necesidad de Ley Orgánica.

Precisamente, la Ley Orgánica 1/1982, que regula el derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen, no ofrece una definición de tales derechos, dejando esa labor a la doctrina y a la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo. Así, el derecho al honor se concibe como un concepto jurídico indeterminado en constante evolución, de contenido lábil, fluido y cambiante que, se concreta en cada caso en atención a las normas, valores e ideas y usos sociales vigente en cada momento; de ahí que, los órganos judiciales dispongan de un cierto margen de apreciación a la hora de concretar

que recaen sobre aspectos o manifestaciones inherentes a la persona como ser humano, y no constituyen un solo derecho con varios aspectos *ius in re ipsum*, sino un conjunto de derechos; entre ellos se hallan los del honor, intimidad e imagen». Y añade respecto a estos derechos que «no se trata de un derecho tricéfalo, sino de tres derechos».

¹⁴ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «Derecho al honor», en *Actualidad Civil, 1990-1*, págs. 3-4; del mismo autor; O'CALLAGHAN, X., «Compendio de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 181; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS, C., «Los derechos de la personalidad», *op. cit.*, págs. 552-555 y 566, quien, asimismo, en cuanto al significado de esos caracteres matiza: «1. Que aunque el derecho en sí es imprescriptible, las acciones concedidas para reaccionar frente a una concreta vulneración del mismo, sí pueden verse extinguidas por el transcurso del tiempo; en este caso la propia LOPDH dispone que las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducarán trascurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas; 2. Que lo que está excluido es la renuncia previa y general al derecho de que se trata, cuyo efecto sería la extinción del propio derecho; si cabe, como recuerda la propia ley tanto autorizar una determinada intromisión (que sin autorización podría resultar ilegítima), como no ejercitar (e incluso renunciar, una vez nacida la acción) las acciones concedidas por el ordenamiento, en caso de producirse efectivamente una intromisión ilegítima»; DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, duodécima edición, Tecnos, Madrid, 2012, págs. 324-235 y 342; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil, T. I, Parte General*, vol. 2, *Personas*, sexta edición revisada y puesta al día por Jesús DELGADO ECHEVARRÍA, Dykinson, Madrid, 2010, págs. 59-60. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 3 de diciembre de 2008 (RJ 2008/6942).

en cada caso, cuando debe tenerse lesionado un derecho fundamental como el derecho al honor¹⁵. Consiste en la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona, que aparece desdoblado en un aspecto trascendente que, se resume en la consideración externa de la persona, esto es, en su dimensión social y en un aspecto inmanente, subjetivo e individual,

¹⁵ Vid., las sentencias del Tribunal Constitucional 170/1994, de 7 de junio (*RTC* 170/1994); Sala Segunda, de 22 de mayo de 1995 (*RTC* 1995/76), en la que precisa que «en tal aspecto, parece evidente que el honor del hidalgo no tenía los mismos puntos de referencia que interesan al hombre en nuestros días. Si otrora la honestidad y recato de las mujeres era su componente principal, parigual con el valor o coraje del varón, hoy como ayer son honradez e integridad el mejor ingrediente del crédito personal en todos los sectores»; 180/1999, de 11 de octubre (*RTC* 180/1999); 112/2000, de 5 de mayo (*RTC* 2000/112); 49/2001, de 26 de febrero (*RTC* 2001/49), y 9/2007, de 15 de enero (*RTC* 2007/9). Asimismo, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Segovia, de 13 de junio de 2002 (*JUR* 2002/232154); de la Audiencia Provincial de Cádiz, Decisión 4.ª, de 3 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003/82012), que señala que el contenido del derecho fundamental al honor es, además, un derecho respecto al cual las circunstancias concretas en que se producen los hechos y las ideas dominantes que la sociedad tiene sobre la valoración de aquél son especialmente significativas para determinar si se ha producido o no lesión [STC 187/1999 (*RTC* 1999/187)]»; de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9.ª, de 5 de abril de 2003 (*JUR* 2003/171113), manifiesta que, es tan relativo el concepto al honor que, debe compaginarse la inevitable subjetivización con las circunstancias objetivas, al objeto de evitar que una exagerada sensibilidad de una persona transforme en su interés conceptos jurídicos como el honor. La calificación de ser atentatorio al honor una determinada noticia o expresión, debe hacerse en relación con el contexto y las circunstancias de cada caso (desde las sentencias de 7 de septiembre de 1990 (*RJ* 1990/6865) y de 12 de diciembre de 1991 (*RJ* 1991/8995) (...) y se deduce del artículo 2.1 de la Ley Orgánica citada al decir que la protección del honor se limita por los usos sociales»; de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 13.ª, de 23 de diciembre de 2004 (*AC* 2005/208), señala que, «el derecho al honor es un derecho relativo y circunstancial, de modo que se hace preciso destacar determinadas delimitaciones o matizaciones del concepto del honor. En primer lugar, por el contexto en que se producen las expresiones, ya que tienen importancia para la calificación de las mismas, el medio en que se vierten y las circunstancias que lo rodean. En segundo lugar, la proyección pública de la persona que se sienta ofendida, que al haber optado libremente por tal condición, debe soportar cierto riesgo de una lesión de sus derechos de la personalidad, tal como dice la sentencia del Tribunal Constitucional, de 27 de octubre de 1987 (*RTC* 1987/165), de modo que, según se dice, en las personas o actividades de proyección y trascendencia pública la protección del derecho al honor disminuye, la de la intimidad se diluye, y la de la imagen la excluye. Y, en tercer lugar, por la gravedad de las expresiones objetivamente consideradas, que no deben llegar al tipo penal por un lado, ni tampoco ser meramente intrascendentes por otro»; de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 9.ª, de 15 de abril de 2005 (*AC* 2005/1212), precisa que, se trata de un concepto dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento. Y añade que, «a pesar de la imposibilidad de elaborar un concepto incontrovertible y permanente sobre el derecho al honor, ello no ha impedido asociar el concepto de honor a buena reputación, como la fama y aun la honra consiste en la opinión que las gentes tienen de una persona buena o positiva si no va acompañadas de adjetivo alguno. Así como este anverso de la noción se da por sabido en las normas, éstas, en cambio, intentan aprehender el reverso, el deshonor, la deshonra o difamación o lo difamante. El denominador común de todos los ataques e intromisión ilegítima en el ámbito de protección de este derecho es el desmerecimiento en la consideración ajena»; de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 11 de octubre de 2005 (*AC* 2006/277); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13.ª, de 4 de abril de 2008 (*AC* 2008/1034); y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21.ª, de 31 de marzo de 2009 (*JUR* 2009/247469).

que es la consideración que, cada uno tiene de sí mismo¹⁶. En sentido negativo, al expresar lo que constituye una lesión o intromisión ilegítima, el artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982 entiende el derecho al honor como «la imputación de hechos o manifestaciones de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación». En la delimitación de su contenido, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, compartiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, declara en la sentencia de 18 de julio de 2007¹⁷, cuyos términos se reproducen en la de 16 de octubre de 2008¹⁸, señala que «el derecho al honor es un derecho esencialmente derivado de la dignidad humana a no ser escarnecido o humillado ante uno mismo o ante los demás, reconocido como derecho fundamental en el artículo 18 de la Constitución y cuya negación o desconocimiento produce, básicamente, a través de cualquier expresión proferida o cualidad atribuida respecto a determinada persona que, inexcusablemente, la haga desmerecer de su propia estimación o del público aprecio; por ello, conforme ha ido perfilándose a lo largo de constante y reiterada jurisprudencia —sentencias de 23 de febrero (*RJ* 1989/1394), 2 de marzo (*RJ* 1989/1748), y 12 de mayo (*RJ* 1989/3763) de 1989, 4 de enero (*RJ* 1990/6) y 4 de octubre de 1990 (*RJ* 1990/7469), 31 de julio de 1992 (*RJ* 1992/6508), 4 de febrero de 1993 (*RJ* 1993/824), entre otras muchas— el ataque al honor se desenvuelve tanto en el marco interno de la propia persona afectada e incluso de la familia, como en el externo o ámbito social, y por tanto, profesional, en el que cada persona desarrolla su actividad, por lo que no cabe olvidar que, el respeto al derecho, a la debida consideración social se integra en un doble aspecto: en cuanto afecta a la propia estimación que la persona hace de sí misma, y por la trascendencia, que se basa en el reconocimiento que los demás hacen de la propia dignidad y sin que la libertad de expresión pueda justificar la atribución y difusión a una persona, de hechos que indudablemente la hacen desmerecer del público aprecio y respeto. Así, por tanto, el honor, derecho de la personalidad que suele clasificarse dentro de los de proyección social, se manifiesta o como honra, especie de patrimonio moral de la persona, consistente en aquellas condiciones que ésta considera expresión concreta de su propia estimación, o en un sentido objetivo como reputación, esto es, la opinión o estima que de la persona, tienen los demás»¹⁹.

¹⁶ O'CALLAGHAN, X., «Compendio de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 185; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 91, aceptando la definición de DE CUPIS, considera el derecho al honor, como «la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona». Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 18 de junio de 2010 (*RJ* 2010/2381); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.ª, de 18 de noviembre de 1998 (*AC* 1998/8906); de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2.ª, de 8 de junio de 2001 (*JUR* 2001/227930); de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5.ª, de 22 de enero de 2002 (*JUR* 2002/111125); de la Audiencia Provincial de Ávila, 10 de junio de 2002 (*JUR* 2002/228827); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25.ª, de 24 de noviembre de 2004 (*AC* 2005/48); y de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 2 de marzo de 2005 (*AC* 2005/312).

¹⁷ *RJ* 2007/4686.

¹⁸ *RJ* 2008/5700.

¹⁹ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección única, de 5 de junio de 2003 (*RJ* 2003/4456), señala que «la dignidad es ante todo un valor ético al tiempo que jurídico; un valor “espiritual y moral inherente a la persona”. Y profundizando más, hay que decir que la idea de la dignidad humana viene a ser presupuesto de la validez ético-

De forma que es habitual en la doctrina y jurisprudencia distinguir dentro del derecho al honor un aspecto subjetivo inmanente e interno de íntima convicción que, estima de la persona hacia sí misma, sentimiento de la propia dignidad; y otro objetivo o trascendente, externo o de valoración social que, supone la estima de los demás hacia esa persona, reconocimiento que hacen los demás de nuestra propia dignidad²⁰. Un reflejo de esta distinción la podemos encontrar en el ya citado artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982 —redactado por la Ley Orgánica de 23 de noviembre de 1995— que considera intromisión ilegítima «la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de las acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama (aspecto objetivo) o atentando contra su propia estimación (aspecto subjetivo)». Sin embargo, la doctrina más reciente del Tribunal Constitucional pone el acento más en el aspecto objetivo —estima de los demás—, como el más propio de este derecho. Así la sentencia de este Tribunal, de 14 de diciembre de 1992²¹, señala que «el denominador común de todos los ataques o intromisiones (...) en el ámbito de protección de este derecho, es el desmerecimiento de la consideración ajena (...) como consecuencia de las expresiones proferidas en descrédito o menosprecio de alguien o que fueran tenidas en el concepto público por afrentosas». En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Pleno, de 16 de enero de 2009²² señala que «el honor, definido doctrinalmente, en su ámbito objetivo, como es la estimación por la persona en y por la sociedad, es considerado en nuestro ordenamiento un concepto jurídico cuya precisión dependen en cada caso de las normas, valores e ideas sociales vigente en el momento de que se trate» y continúa «esa formulación, sin embargo, no impide entender que, con su reconocimiento normativo, se pretende amparar la buena reputación de una persona, frente a expresiones o mensajes que la hagan desmerecer en la consideración ajena, por ir en su descrédito o menosprecio». De ahí añade que «el natural deseo del ser humano de vivir sin tener que soportar injerencias ajenas que no sean queridas, dentro del ámbito considerado como

jurídica, axiológica y antropológica de todo sistema de derecho. Idea que ya fue postulada en esa dimensión por la escuela salmantina de los siglos XVI y XVII (especialmente el Padre Victoria), y adquieren su reconocimiento pleno en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (Preámbulo y Declaración I), y luego en diversas Constituciones, entre ellas, la actual Constitución Española (art. 10.1)».

²⁰ DIEZ PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 340, señalan que «el derecho al honor comprende, desde luego, el buen nombre y la fama o el prestigio, que es el honor entendido como trato recibido de los demás; pero comprenden también un aspecto íntimo o personal consistente en la propia estimación por la persona de su propia dignidad; se le puede proteger contra ataques o vejaciones, que, aunque sin poner en absoluto en peligro la fama o el buen nombre, signifiquen menosprecio». Vid., asimismo, LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 91; GRIMALT SERVERA, P., «Los menores e Internet: capacidad *versus* protección de la vida privada», *op. cit.*, pág. 183; y las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 16 de febrero de 2010 (*RJ* 2010/1782); y de 14 de junio de 2010 (*RJ* 2010/5388); y las sentencias de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 6 de octubre de 1998 (*AC* 1998/7821); de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 25 de mayo de 1999 (*AC* 1999/5998); de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 3.ª, de 5 de abril de 2006 (*JUR* 2006/263294); y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19.ª, de 19 de mayo de 2008 (*AC* 2008/1137).

²¹ *RTC* 1992/223. Vid., también, la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de febrero de 2001 (*RTC* 2001/49).

²² *RJ* 2009/419.

propio o personal, se reconoce, no sólo como una condición imprescindible para una mínima calidad de vida, especialmente, en momentos en que los avances tecnológicos facilitan extraordinariamente las intromisiones sin conocimiento del titular, sino también como una garantía de desarrollo de la personalidad de cada individuo en su relación con los semejantes —en términos de la sentencia de 24 de junio de 2004 (TEDH 2004/45), del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Von Hannover contra Alemania—. Se protege así el derecho de la persona a llevar su propia existencia como ella la entienda, con el mínimo de interferencias exteriores, facultándole a controlar la información personal sobre ella misma, y a imponer a los demás el deber de abstenerse de intromisiones en ese espacio de privacidad —al respecto, sentencia 156/2001, de 2 de julio (*RTC* 2001/156), y 196/2004, de 15 de noviembre (*RTC* 2004/196), y las que se citan—. La importancia que en la vida de relación tienen los rasgos físicos que permiten la identificación exterior del ser humano, ha llevado al reconocimiento del derecho a la propia imagen, que se manifiesta, entre otras, en la facultad de impedir la obtención, reproducción o publicación de aquella por un tercero no autorizado»²³.

Por otra parte, aunque el honor en sentido estricto y el prestigio profesional son conceptos diferentes, sin embargo, están mutuamente implicados, hasta el punto que, en ocasiones, los ataques al prestigio profesional —inicialmente no cubiertos por la protección específica del derecho al honor— pueden ser considerados, por su alcance y circunstancias como lesiones al derecho al honor. De forma que, tras un cambio en la doctrina jurisprudencial el prestigio profesional es considerado como parte integrante del derecho al honor por constituir un ataque al mismo, un desmerecimiento en la consideración ajena. En este sentido, se pronuncia el Tribunal Constitucional en sentencia de 30 de marzo de 1992 cuando manifiesta que «conviene precisar que no son necesariamente lo mismo, desde la perspectiva de la protección constitucional, el honor de la persona y su prestigio profesional (...). Pero ello no debe llevarnos a negar rotundamente (...) que la difusión de hechos directamente relativos al desarrollo y ejercicio de la actividad profesional de una persona puedan ser constitutivos de una intromisión ilegítima en el derecho al honor, cuando exceden de la libre crítica a la labor profesional, siempre que por su naturaleza, características y forma en que se hace esa divulgación, lo hagan desmerecer en la consideración ajena de su dignidad como persona»²⁴.

Ahora bien, el derecho al honor no es un derecho absoluto, en cuanto que puede ser limitado por los derechos a informar y expresarse libremente²⁵.

²³ En esta línea, vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 4.ª, de 3 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003/82012).

²⁴ *RTC* 1992/49. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Constitucional, de 14 de diciembre de 1992 (*RTC* 1992/223); y las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de junio de 1990 (*RJ* 1990/4854); de 20 de diciembre de 1993 (*RJ* 1993/10087); de 27 de mayo de 1995 (*RJ* 1995/4135); de 20 de marzo de 1997 (*RJ* 1997/1985); de 15 de febrero de 2000 (*RJ* 2000/1157); de 26 de junio de 2000 (*RJ* 2000/5309); y de 4 de abril de 2001 (*RJ* 2001/3191); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21.ª, de 17 de marzo de 1998 (*AC* 1998/5100); Audiencia Provincial de Ávila, de 10 de junio de 2002 (*JUR* 2002/228827); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25.ª, de 24 de noviembre de 2004 (*AC* 2005/48); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17.ª, de 6 de septiembre de 2010 (*AC* 2010/1699).

²⁵ Las directrices fijadas por el Tribunal Constitucional para resolver en casos de conflicto son, en síntesis, tal y como lo recoge la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de junio de 1996 (*RJ* 1006/4819), las siguientes: «1.º Para establecer la delimitación

En cuanto al derecho a la intimidad aparece como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la personalidad, como señala la sentencia del Tribunal Constitucional 231/1988, de 2 de diciembre, y derivado de la dignidad de la persona, reconocida en el artículo 10 de la Constitución Española, frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean estos poderes públicos o simples particulares, de suerte que atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar, frente a la divulgación del mismo por terceros y a la publicidad no querida, evitando así las intromisiones arbitrarias en la vida privada, censuradas por el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos²⁶. Tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida. Es como señalan Díez-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, «el derecho a colocar la esfera reservada de la persona lejos de los ojos y de los oídos indiscretos y al mismo tiempo, el derecho a impedir la divulgación, los hechos, vicisitudes que pertenezcan a ella»²⁷. O'CALLAGHAN lo define, siguiendo a ALBALADEJO, como «el poder concedido a la persona siguiendo sobre el conjunto de actividades que forman su círculo más íntimo, personal y familiar; poder que le permite excluir a los extraños de entrometerse en él y de darle una publicidad que no desee el interesado»²⁸. Para GRIMALT SERVERA «es un espacio físico

de tales derechos es preciso examinar caso por caso, sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos; 2.º Para hacer la valoración debe tenerse en cuenta la posición preferente, no jerárquica, que sobre los derechos de la personalidad contenidos en el artículo 18 de la Constitución ostenta el derecho a la libertad de información del artículo 20.1.d) en función de su doble carácter de libertad individual y de garantía institucional de una opinión pública, libre e indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático, siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública que sean de interés público, pues, solo entonces puede «exigirse a aquellos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soportan en aras precisamente del conocimiento general y difusión de los hechos y situaciones que interesen a la comunidad»; 3.º Lo único que puede justificar que deba un sujeto soportar las molestias ocasionadas por la difusión de determinada noticia, es la información comprobada desde el punto de vista de la profesionalidad informativa [SSTS de 23 de marzo y 26 de junio de 1987 (*RJ* 1987/1716) y (*RJ* 1987/4824); SSTC de 12 de noviembre de 1990 (*RTC* 1990/171); y de 4 de octubre de 1993 (*RTC* 1993/286)]. Asimismo, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de marzo de 2001 (*RJ* 2001/2730); de 31 de julio de 2002 (*RJ* 2002/8552); y de 24 de octubre de 2003 (*RJ* 2003/7521).

En cualquier caso, es doctrina comúnmente admitida que de la protección constitucional que otorga el artículo 20 de la Constitución Española a la libertad de expresión están excluidas las actuaciones absolutamente vejatorias, es decir, las que en las circunstancias del caso y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas, resultando impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate [SSTC de 8 de junio de 1988 (*RTC* 1988/107); de 12 de enero de 1998 (*RTC* 1998/1); de 14 de septiembre de 1999 (*RTC* 1999/154); y 25 de octubre de 1999 (*RTC* 1999/192)], por cuanto en definitiva el derecho a la libertad de expresión debe ejercitarse sin que en caso alguno se contengan alusiones que pudieran ser vejatorias o injuriosas para nadie [SSTS de 5 de octubre de 1992 (*RJ* 1992/7526); de 12 de diciembre de 1995 (*RJ* 1995/9603); de 14 de marzo de 1996 (*RJ* 1996/2178); y de 18 de diciembre de 2002 (*RJ* 2003/210)].

²⁶ *RTC* 1988/231. Asimismo, vid., las sentencias del Tribunal Constitucional, de 17 de octubre de 1991 (*RTC* 1991/197); y de 10 de mayo de 2000 (*RTC* 2000/115). En esta línea, GARCÍA GARNICA, M.^a del C., *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2004, pág. 177.

²⁷ Díez-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 341.

²⁸ O'CALLAGHAN, X., «Compendio de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 186. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de septiembre de 2008 (*RJ* 2008/5580), define

y espiritual reservado al ser humano en el que éste puede desarrollar todas sus potencialidades como persona sin la intromisión injustificada de terceros, pudiendo decidir, en el ámbito de su libertad, quién puede entrar en él y quién queda excluido del mismo», y añade «también es espacio espiritual en el sentido de que la intimidad es información, esto es, se trata de un espacio en el que el titular del derecho puede controlar la información referente a su persona»²⁹. Junto con la imagen manifiesta DE PRIEGO FERNÁNDEZ, «implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás necesario —según las pautas de nuestra cultura— para mantener una calidad mínima de vida humana»³⁰. En el Derecho anglosajón se ha reconocido constantemente el *right of privacy* como el derecho del individuo a una vida retirada y anónima.

En todo caso, este derecho sugiere, en principio, el reconocimiento al individuo de una esfera de vida personal exclusiva y excluyente, de una zona de actividad que le es propia, y de la que puede prohibir el acceso a otros. Para el Tribunal Constitucional el derecho a la intimidad «implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana»³¹. Esta descripción contempla el aspecto negativo y más tradicional del derecho a la intimidad, consistente en la facultad de excluir cuanto atañe a la propia persona de la acción y conocimientos ajenos. Junto a él se habla más modernamente de un aspecto positivo, que consiste en «el control por su titular de los datos e información relativos a la propia persona»³². La presencia de este aspecto positivo es, precisamente, la que permite a su titular una cierta capacidad de disposición en relación con su intimidad³³.

el derecho a la intimidad como «la existencia de un ámbito propio y reservado de la vida frente a la acción y el conocimiento de los demás referido preferentemente a la esfera estrictamente personal de la vida o de lo íntimo, imponiendo a los terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en esa esfera y la prohibición de hacer uso de lo conocido, salvo justificación legal o consentimiento del afectado». En esta línea, vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 13 de septiembre de 2010 (RJ 2010/6968); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19.ª, de 19 de mayo de 2008 (AC 2008/1137), que lo configura como «derecho a la privacidad de un conjunto de actividades que vienen así a configurar o delimitar un ámbito estrictamente personal, y que debe quedar vedado a la publicidad y divulgación al carecer de interés el mismo respecto de terceros».

²⁹ GRIMALT SERVERA, P., «Los menores e Internet: capacidad *versus* protección de la vida privada», *op. cit.*, págs. 180-182, quien, asimismo, precisa que el espacio físico es el domicilio, es la habitación del menor, es el móvil del menor, es el ordenador del menor, es el correo del menor.

En todo caso, el contenido del ordenador, de los correos electrónicos y la navegación por Internet forma parte de la intimidad o del secreto de comunicaciones, vid., la sentencia del Tribunal Constitucional, de 7 de noviembre de 2011 (RTC 2011/173).

³⁰ DE PRIEGO FERNÁNDEZ, V., «La protección jurídica del derecho a la intimidad de los menores en la red», en *Los derechos de la personalidad de los menores y las nuevas tecnologías*, directoras: Eva JORDÁ CAPITÁN y Verónica DE PRIEGO FERNÁNDEZ, y coordinadores: Jesús Alberto MESSIA DE LA CERDA BALLESTEROS y Jesús FLORES RODRÍGUEZ, El Derecho, Madrid, 2012, pág. 37.

³¹ La sentencia del Tribunal Constitucional, de 2 de diciembre de 1988 (RTC 1988/231). En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 3 de diciembre de 2009 (RJ 2010/268).

³² LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 92.

³³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «Los derechos de la personalidad», *op. cit.*, pág. 563.

El derecho a la intimidad comprende tanto la intimidad corporal como los datos económicos o bancarios de la persona, aunque en ninguno de los dos casos con carácter absoluto³⁴. No obstante, hay que distinguir entre intimidad y vida privada. Así, mientras que la intimidad abarca aspectos personales (datos biológicos o profesionales, entre otros) que no son vida o vivencia, la vida privada comprende ámbitos —esfera profesional o económica— que por conocidos o cognoscibles no se integran en la intimidad. Por otro lado, cabe también diferenciar la intimidad de valores que no se identifican con ella o no siempre, tales como el secreto médico, profesional y la confidencialidad³⁵.

En este contexto, conviene precisar que, tanto la Ley Orgánica 1/1982, como el artículo 18 de la Constitución Española se refieren no sólo a la intimidad personal, sino también a la familiar por la especial proximidad que, media entre los componentes del grupo familiar³⁶.

Ahora bien, como sucede con el derecho al honor, este derecho se debe poner en relación con otros derechos con los que puede tener cierta tensión, al igual que el derecho al honor y la propia imagen, como son los consagrados en el artículo 20 de la Constitución Española como la libertad de expresión y derecho a la información; de ahí que, la limitación del derecho a la intimidad personal y familiar por la libertad de expresión o de información tiene lugar cuando se produce un conflicto entre tales derechos, el cual debe ser resuelto mediante las técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso³⁷. Por ponderación se entiende, tras la constatación de la existencia de una colisión entre derechos, el examen de la intensidad y trascendencia con la que cada uno de ellos resulta afectado, con el fin de elaborar una regla que permita, dando preferencia a uno u otro, la resolución del caso mediante su subsunción en ella³⁸. Asimismo, como dispone el artículo 18.4 del citado texto constitucional,

³⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS, C., *Últ. Lug. Cit.*

³⁵ LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 92.

³⁶ A este respecto, la sentencia del Tribunal Constitucional, de 2 de diciembre de 1988 (RTC 1988/231), ha señalado también que: «el derecho a la intimidad personal y familiar se extiende, no sólo a aspectos de la vida propia y persona, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarda una especial y estrecha vinculación, como es el familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del artículo 18 de la Constitución Española protegen (...). No cabe duda que ciertos eventos que puedan ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad, por lo que existe al respecto un derecho —propio y no ajeno— a la intimidad constitucionalmente protegido». Igualmente, la sentencia del Tribunal Constitucional, de 17 de octubre de 1991 (RTC 1991/197), ha establecido que lo que afecta a la intimidad personal de los hijos, afecta a la intimidad familiar de los padres.

³⁷ Vid., sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil del Pleno, de 6 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8268); de 16 de enero de 2009 (RJ 2009/419); y de 15 de enero de 2009 (RJ 2009/1354).

³⁸ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 23 de enero de 2012 (RJ 2012/3652), señala al respecto que «cuando se trata de libertad de información, la técnica de ponderación exige valorar, en primer término, el peso en abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión. Desde este punto de vista, la ponderación debe respetar la posición prevalente que ostenta el derecho a la libertad de información sobre el derecho a la intimidad personal por resultar esencial como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que

la ley puede limitar el uso de la informática en aras de garantizar un adecuado ejercicio de tales derechos al honor, intimidad y propia imagen.

En este contexto, cuando la actividad informativa se quiere ejercer sobre ámbitos que pueden afectar a otros bienes constitucionales, como la intimidad, es preciso, para que su proyección sea legítima, que lo informado resulte de interés público, pues sólo entonces puede exigirse de aquellos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soporten, en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesan a la comunidad (sentencias del Tribunal Constitucional, núm. 171/1990, de 12 de noviembre³⁹; núm. 20/1992, de 14 de febrero⁴⁰, y núm. 121/2002, de 20 de mayo⁴¹). El ejercicio de la libertad de información se justifica en relación con su conexión con asuntos públicos de interés general por las materias a las que se refieren y por las personas que en ellas intervienen (sentencia del Tribunal

exige el principio democrático. La protección constitucional de la libertad de información alcanza un máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción. Este criterio jurisprudencial es hoy admitido expresamente por el artículo 11 CDFUE, el cual, al reconocer los derechos a la libertad de expresión y a recibir y comunicar información, hace una referencia específica al respecto a la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo. La técnica de ponderación exige valorar, en segundo término, el peso relativo de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión. Desde esta perspectiva: 1. La ponderación debe tener en cuenta si la información tiene relevancia pública o interés general en cuanto puede contribuir al debate en una sociedad democrática cuando se proyecta sobre personas que desempeñan un cargo público o tienen una personalidad política y ejercen funciones oficiales o se trata, simplemente de satisfacer la curiosidad humana por conocer la vida de personas con notoriedad pública que no ejerzan tales funciones (SSTEDH 1991/51 *Observer y Guardian* 2004/36 *Plon, Von Hannover*; y Alemania, SSTC 115/2000 (*RTC* 2000/115) y 143/1999 (*RTC* 1999/143); y SSTS de 5 de abril de 1994, de 7 de diciembre de 1995, de 29 de diciembre de 1995, de 8 de julio de 2004 (*RJ* 2004/5243) y 21 de abril de 2005 (*RJ* 2005/4503); 2. La libertad de información, dado su objeto de puesta en conocimiento de hechos, cuando comporta la transmisión de noticias que redundan en descrédito de la persona, para que pueda prevalecer sobre el derecho al honor exige que la información cumpla el requisito de la veracidad, a diferencia de lo que ocurre con la libertad de expresión, que protege la emisión de opiniones. Este requisito resulta de menor trascendencia cuando se afecta al derecho a la intimidad personal; 3. Cuando la difusión de datos de carácter privado afecta no sólo al personaje público, sino también a terceras personas, debe valorarse en qué medida la difusión de los datos relativos a estas, está justificada por razón de su carácter accesorio en relación con el personaje público al que se refiere, la necesidad de su difusión para ofrecer la información de que se trate y la aceptación por el tercero de su relación con la persona afectada como personaje público; 4. La prevalencia del derecho a la información sobre el derecho a la imagen es mayor que sobre el derecho a la intimidad, por cuanto en relación con la vida privada de las personas debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad con el interés público en los aspectos de estas que se difunden y la forma en que tiene lugar la difusión; y 5. La ponderación entre los derechos en conflicto debe efectuarse teniendo en cuenta si la publicación de los datos de la vida privada está justificada por los usos sociales, o hay base para sostener que el afectado adoptó pautas de comportamiento en relación con su ámbito íntimo que permuta entender que, con sus propios actos, lo despojó total o parcialmente del carácter privado o doméstico (STS de 6 de noviembre de 2003 (*RJ* 2003/8268)).

³⁹ *RTC* 1990/171.

⁴⁰ *RTC* 1992/20.

⁴¹ *RTC* 2002/121.

Constitucional, núm. 138/1996, de 16 de septiembre⁴²). Cuando resulta afectado el derecho a la intimidad no resulta primordial la cuestión de si la noticia fue, en este caso, veraz o no, pues la veracidad no es paliativo, sino presupuesto, en todo caso, de la lesión⁴³. De todas formas, el derecho a informar, al venir reconocido como medio de formación de la opinión pública, solamente puede legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con esa finalidad, careciendo de efecto legitimador cuando se ejercite de modo desmesurado y exorbitante al fin, en atención al cual la Constitución Española le atribuye especial protección (sentencias del Tribunal Constitucional, núm. 138/1996, de 16 de septiembre⁴⁴, y núm. 185/2002, de 14 de octubre). Es necesario proceder a una previa acotación de los derechos y libertades que entran realmente en conflicto pues la importancia de los criterios que han de ser tenidos en cuenta al afrontar la ponderación de los derechos y libertades en colisión varía notablemente según se trate de la libertad de expresión o de información, por un lado, y de la protección del derecho al honor, la intimidad o a la propia imagen, por otro⁴⁵. La relevancia pública de la información no puede confundirse con el difuso objeto de un inexistente derecho a satisfacer la curiosidad ajena⁴⁶. Es esa relevancia comunitaria lo único que puede justificar la exigencia de que se asuman aquellas perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de una determinada noticia, y reside en tal criterio, por consiguiente, el elemento final de valoración para dirimir, en estos supuestos, el eventual conflicto entre las pretensiones de información y de reserva (sentencias del Tribunal Constitucional, núm. 171/1990, de 12 de noviembre⁴⁷; núm. 20/1992, de 14 de febrero⁴⁸; núm. 134/1999, de 15 de julio⁴⁹; núm. 121/2002, de 20 de mayo⁵⁰; núm. 185/2002, de 14 de octubre⁵¹, y núm. 127/2003, de 30 de junio⁵²). Así, es antijurídica una información relativa a los detalles de una adopción y de sus protagonistas, porque no posee relevancia pública al no servir al interés general en la información, y porque no se refiere a un asunto público entendido como acontecimiento que afecta al conjunto de los ciudadanos (sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 134/1999, de 15 de julio). El tratamiento informativo del menor debe, además, estar presidido por ese principio general de protección reforzada de sus derechos a la intimidad y a la propia imagen. Desde esta perspectiva, cuando los mismos estén inmersos en hechos noticiosos que efectivamente tengan relevancia pública, deberán preservarse sus derechos cuando su aparición en los medios pueda serle perjudicial.

⁴² RTC 1996/138.

⁴³ Vid., sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 197/1991, de 17 de octubre (RTC 1991/197); núm. 20/1992, de 14 de febrero (RTC 1992/20); núm. 115/2000, de 5 de mayo (RTC 2000/115); núm. 185/2002, de 14 de octubre (RTC 2002/185); y núm. 127/2003, de 30 de junio (RTC 2003/127).

⁴⁴ RTC 1996/138.

⁴⁵ Vid., las sentencias del Tribunal Constitucional 46/2002, de 25 de febrero (RTC 2002/46); núm. 148/2002, de 15 de julio (RTC 2002/148); y núm. 127/2003, de 30 de junio.

⁴⁶ Vid., las sentencias del Tribunal Constitucional, núm. 20/1992, de 14 de febrero (RTC 1992/20); y núm. 134/1999, de 15 de julio (RTC 1999/134).

⁴⁷ RTC 1990/171.

⁴⁸ RTC 20/1992.

⁴⁹ RTC 134/1999.

⁵⁰ RTC 2002/121.

⁵¹ RTC 185/2002.

⁵² RTC 127/2003.

La sentencia del Tribunal Constitucional, número 62/1982, de 15 de octubre⁵³, ha resaltado el valor de la protección de la infancia como uno de los límites constitucionales expresamente establecidos para el ejercicio de los derechos reconocidos en el artículo 20, al manifestar que, «el legislador puede fijar restricciones... dentro de la cual se comprende muy señaladamente —hasta el punto de que la Constitución alude expresamente a ello— la protección de la juventud y de la infancia».

En este mismo sentido, declara el citado Tribunal Constitucional que el legítimo interés de los menores a que no se divulguen datos relativos a su vida personal o familiar, viene a erigirse en «límite infranqueable al ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz» (sentencias del Tribunal Constitucional, núm. 134/1999, de 24 de mayo, y núm. 127/2003, de 30 de junio)⁵⁴.

El principio del interés del menor como límite infranqueable tanto a la libertad de expresión como al derecho fundamental a comunicar libremente información veraz es asumido por el Tribunal Supremo, «incluso, aunque la noticia merezca el calificativo de información neutral» (sentencia del Tribunal Supremo, núm. 704/2004, de 30 de junio)⁵⁵.

En la ponderación a realizar necesariamente debe tenerse presente un interés más: el superior interés del menor, que además y conforme al artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996 debe primar sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. En este sentido, declara la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, número 106/2000, de 15 de abril⁵⁶ que, «la incuestionable primacía del interés del hijo... preferencia que no decae ante el indudable interés social también perseguido, y sin duda obtenido, con el reportaje litigioso». También merece aludir a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 11.ª, de 16 de octubre de 2002, recurso 46/2001 que proclama «la incuestionable primacía del interés del hijo menor, valor prevalente». Determinadas informaciones de interés público que, justificarían la identificación de los protagonistas como parte de la noticia, no la justifican cuando tal protagonista es menor de edad. En estos casos si la difusión de la misma puede ser contraria a sus intereses, lo procedente será limitar los datos identificativos a las iniciales del nombre del menor. Al tratar del requisito de la relevancia pública y la inserción en la noticia de los datos o señas de identidad de las personas intervinientes en el hecho, la sentencia del Tribunal Supremo, número 321/2001, de 29 de marzo⁵⁷, tras declarar con carácter general que el derecho de información no tiene limitaciones que, puedan imponer los órganos jurisdiccionales, tales como los datos de identidad, pues «la información comprende toda la noticia, no parte de ella», reconoce no obstante que «la limitación puede ser impuesta por Ley como las relativas a los menores que impone el artículo 4.2 y 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996...».

En este sentido, se han considerado antijurídicas informaciones que, aun referidas a hechos noticiosos, incluyen la identidad del menor, conteniendo la noticia aspectos negativos para el mismo⁵⁸.

⁵³ *RTC* 1982/62.

⁵⁴ *RTC* 1999/134; y *RTC* 2003/127.

⁵⁵ *RJ* 2004/4286.

⁵⁶ *JUR* 2000/156259.

⁵⁷ *RJ* 2001/6637.

⁵⁸ La sentencia del Tribunal Supremo, núm. 631/2004, de 28 de junio (*RJ* 2004, 4279); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.ª, núm. 96/2003, de 13 de febrero (*JUR* 2003/186572).

Para armonizar el derecho a informar y los derechos del menor habrá de partirse de que estará justificada la difusión de información veraz y de interés público, aunque afecte a un menor; siempre que no sea contraria a sus intereses. También estará justificada la difusión de información veraz y de interés público pese a que afecte a un menor y aunque sea contraria a sus intereses, siempre que se empleen los medios precisos para garantizar su anonimato. Es admisible ilustrar la noticia con imágenes, siempre que, se utilicen medios técnicos que, distorsionen los rasgos faciales. El derecho a la información puede preservarse, pues, con la adopción de las cautelas que, en cada caso dicten las circunstancias, tales como no incluir el nombre ni la imagen del menor, o distorsionar el rostro de modo que sea imposible su identificación, o no aportar datos periféricos que, puedan llevar a su identificación, como por ejemplo, pixelar las imágenes⁵⁹.

Siguiendo estas pautas se ha considerado ajustada a derecho la información sobre menores veraz y de interés público cuando se adoptan cautelas tales como aplicar una franja negra cubriendo los ojos en las imágenes publicadas identificándolos sólo por las iniciales⁶⁰.

Por su parte, en su configuración autónoma respecto de los derechos al honor y la intimidad⁶¹, el derecho a la propia imagen para O'CALLAGHAN es «la representación gráfica de la figura humana visible y reconocible»⁶²; mientras que, para Díez-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS consiste, en última esencial «en el poder de decidir, consentir o impedir la reproducción de la imagen de nuestra persona por cualquier medio (fotografía, grabado, dibujo, etc.), así como su exposición o divulgación sin el consentimiento del interesado»⁶³. Las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de abril de 1987⁶⁴, seguida por las de 29 de marzo y 9 de mayo de 1988⁶⁵, de 9 de febrero de 1989⁶⁶, de 19 de octubre de 1992⁶⁷, y de 3 de octubre de 1996⁶⁸ define la imagen «como la figura,

⁵⁹ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 18 de febrero de 2013 (La Ley 5157/2013), señala que es ilegítima la utilización no consentida de imágenes de los menores, pues no están suficientemente pixeladas. Prevalece la protección del superior interés de los menores afectados frente a la libertad de información.

⁶⁰ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16.ª, de 1 de junio de 1999 (AC 1999/1506); de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 6.ª, núm. 99/2004, de 23 de febrero (JUR 2004/105596); y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13.ª, núm. 83/2003, de 14 de noviembre (AC 2004/1165).

⁶¹ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 22 de julio de 2008 (RJ 2008/4495).

⁶² O'CALLAGHAN, X., «Compendio de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 186.

⁶³ Díez-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 341.

⁶⁴ RJ 1987/2703.

⁶⁵ RJ 1988/2480; y RJ 1988/4049.

⁶⁶ RJ 1989/822.

⁶⁷ RJ 1992/8079.

⁶⁸ RJ 1996/7012. Asimismo, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de enero de 1998 (RJ 1998/358); de 18 de julio de 1998 (RJ 1998/6278); de 27 de marzo de 1999 (RJ 1999/72370); de 24 de abril de 2000 (RJ 2000/2673); de 9 de julio de 2004 (RJ 2004/5115); de 13 de julio de 2004 (RJ 2004/5563); de 13 de julio de 2006 (RJ 2006/4969); Sección 1.ª, de 25 de septiembre de 2008 (RJ 2008/5572); Sección 1.ª, de 10 de noviembre de 2008 (RJ 2008/7702); Sección 1.ª, de 28 de noviembre de 2008 (RJ 2009/1352); Sección 1.ª, de 29 de abril de 2009 (RJ 2009/3169); y Sección 1.ª, de 14 de mayo de 2010 (RJ 2010/3699). También, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19.ª, de 19 de mayo de 2008 (AC 2008/1137); y de la misma Audiencia Provincial, Sección 21.ª, de 25 de noviembre de 2008 (AC 2009/113).

representación, semejanza o apariencia de una cosa, entendiéndose por aquélla a efectos de protección civil por la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1992, la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción y en sentido jurídico, es la facultad del interesado a difundir o publicar su propia imagen y por ende, su derecho a evitar su reproducción, en tanto en cuanto se trata de un derecho de la personalidad». En esta línea, se configura en el seno de la doctrina del Tribunal Constitucional como «un derecho de la personalidad que, como tal garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona. Es por ello que, atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos, que le hagan reconocible y que puede ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por un tercero no autorizado» (sentencias del Tribunal Constitucional, Sala Segunda 117/1994, de 25 de abril, y 158/2009, de 29 de junio)⁶⁹.

En este contexto, el derecho a la imagen, como derecho a reproducir y publicar la propia imagen y de impedir a tercero no autorizado a obtenerla, reproducirla y publicarla, tiene un contenido positivo de disponibilidad de la propia imagen —en sentido amplio, imagen física, voz—; de forma que otorga al propio sujeto la facultad de decidir acerca de la reproducción y divulgación de su imagen, lo que incluye la posibilidad de comerciar con ella; y un contenido negativo de la exclusión de los demás, consistente en la facultad de impedir que terceras personas obtengan, reproduzcan, o divulguen la imagen de una persona sin su consentimiento⁷⁰.

Si bien, sobre todo atendiendo a su aspecto negativo, conceptualmente, el derecho a la propia imagen se encuentra muy próximo al derecho a la intimidad, hasta el punto de que ha sido considerado parte del mismo, y que el Tribunal Constitucional en sentencia de 11 de abril de 1994, ha afirmado que la imagen de una persona «constituye el primer elemento configurador de su intimidad y la de su esfera personal»⁷¹. Sin embargo, no cabe duda que tanto en la Constitución Española como en la Ley Orgánica 1/1982 han optado por configurarlo legalmente como un derecho autónomo. De nuevo, el Tribunal Constitucional ha reconocido también que el derecho a la propia imagen es un derecho autónomo, aunque esté estrechamente relacionado con los derechos al honor y la intimidad (sentencias de 26 de marzo y 18 de junio de 2001)⁷².

⁶⁹ RTC 1994/117; y RTC 2009/158.

⁷⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS, C., «Los derechos de la personalidad», *op. cit.*, pág. 564. *vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de marzo de 2003 (RJ 2003/2596); y Sección 1.ª, de 24 de julio de 2008 (RJ 2008/4628).

⁷¹ RTC 1994/99.

⁷² RTC 2001/81 y RTC 2001/139. Asimismo, *vid.*, la sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de enero de 2003 (RTC 2003/14); y las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de noviembre de 1989 (RJ 1989/7873); de 17 de julio de 1993 (RJ 1993/6458); de 5 y 19 de julio de 2004 (RJ 2004/5265 y RJ 2004/6790); de 22 de febrero de 2006 (RJ 2006/830); Sección 1.ª, de 22 de julio de 2008 (RJ 2008/4495); Sección 1.ª, de 24 de julio de 2008 (RJ 2008/4628); Sección 1.ª, de 13 de noviembre de 2008 (RJ 2009/407); y Sección 1.ª, de 3 de diciembre de 2008 (RJ 2008/6942).

Lo cierto es que en el origen de la protección del derecho fundamental a la propia imagen que se encuentra en la jurisprudencia norteamericana, no le dotaba de autonomía, considerándolo como una simple manifestación del derecho a la intimidad personal.

En todo caso, en nuestro ordenamiento este derecho vendrá delimitado por la voluntad del propio titular que será el que decidirá, si quiere que su imagen sea o no captada, reproducida o difundida y con qué propósitos⁷³. Además, la imagen es por mandato legal un dato de carácter personal en virtud de lo establecido por el artículo 5.1 del Reglamento aprobado por Real Decreto-ley 1720/2007, de 21 de diciembre, que desarrolla la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Por otra parte, este derecho, como cualquier otro, no puede considerarse que sea absoluto, hallándose delimitado su contenido por el de los demás derechos y bienes constitucionales⁷⁴. Así, en determinadas ocasiones puede admitirse la existencia de un interés público en la captación o difusión de la imagen, que llegue a ser calificado de prevalente a fin de evitar que, tales actuaciones puedan ser invocadas por el sujeto afectado⁷⁵.

Ahora bien, cuando estamos ante la imagen de un menor, se refuerza la actuación de los poderes públicos, pues, se impone un especial rigor en la tutela de estos derechos. Así la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 13 de julio de 2006, señala que «el derecho a la propia imagen está protegido constitucionalmente, pero la imagen del menor tiene una consideración legal especialmente protectora»⁷⁶; y cuando la intromisión tiene lugar a través de un

⁷³ JORDÁ CAPITÁN, E., «La utilización y protección jurídico-civil de la imagen de los menores en la red; aspectos legales y la praxis judicial», *op. cit.*, pág. 81.

⁷⁴ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 19 de julio de 2004 (*RJ* 2004/5462), con respecto al derecho a la intimidad personal y a la propia imagen, señala que «se trata de derechos de la personalidad con una estrecha relación entre sí, pero autónomos (sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de marzo de 2001 (*RTC* 2001/81), y con un contenido propio y específico (sentencias de Tribunal Constitucional de 2 de julio de 2001 (*RTC* 2001/156); y de 22 de abril de 2002 (*RTC* 2002/83), por lo que el enjuiciamiento de cada una de las lesiones reclama un examen singular. No en vano la captación y reproducción de una imagen puede lesionar conjuntamente el derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen; tal sucede en los casos en los que la imagen difundida, además de mostrar los rasgos físicos que permiten la identificación de una persona determinada, revele aspectos de su vida privada y familiar que se han querido reservar del público conocimiento. El derecho a la intimidad personal tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, excluido tanto del conocimiento como de las intromisiones de terceros, se trate de poderes públicos o de particulares (entre otras sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de julio de 1999 (*RTC* 1999/144); de 5 de mayo de 2000 (*RTC* 2000/115); de 24 de mayo de 2001 (*RTC* 2001/119); de 30 de noviembre de 2000 (*RTC* 2000/292); de 22 de abril de 2002 (*RTC* 2002/83); y de 30 de junio de 2003 (*RTC* 2003/127). El derecho a la propia imagen atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica, generada por los rasgos físicos que le hagan reconocible, que pueda ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado (sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de marzo de 2002 (*RTC* 2001/81); y de 2 de julio de 2002 (*RTC* 2001/156)).

⁷⁵ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección única, de 4 de noviembre de 2003 (*RJ* 2003/8014).

⁷⁶ *RJ* 2006/4969.

medio de comunicación y afecta a un menor, no se legitima la utilización de la imagen de éste sin recabar los necesarios consentimientos, y mucho menos, del control y la intervención de la autoridad judicial y del Ministerio Fiscal en su caso, pues, como dispone la sentencia del citado Alto Tribunal, Sala de lo Civil, de 22 de julio de 2008, «el ordenamiento jurídico preserva con especial énfasis a los menores de las intromisiones señaladas en la Ley Orgánica 1/1982»⁷⁷.

En todo caso, hemos de recordar que los derechos al honor, intimidad y propia imagen no tienen un contenido ilimitado y puede entrar en colisión con otros derechos fundamentales como el derecho a la libertad de información y libertad de expresión. Desde la sentencia del Tribunal Constitucional, de 31 de marzo de 1982⁷⁸, se ha afirmado el valor prevalente de las libertades de información y expresión sobre los citados derechos. Sin embargo, esta prevalencia no opera siempre igual, de manera que no se pueden considerar preponderantes en todo caso tales libertades sobre los derechos al honor, intimidad y propia imagen, pues, es preciso como señala el Tribunal Constitucional y así lo hemos expuesto en líneas precedentes, una ponderación casuística entre las libertades y los derechos, a fin de determinar, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso, si la actuación de quien emitió la información o la opinión se ha llevado a cabo dentro del ámbito protegido constitucionalmente, o si se ha trasgredido ese ámbito⁷⁹. Este mismo Tribunal distingue a estos efectos entre la libertad de expresión —emisión de juicio y opiniones—, y la de información —manifestación de hechos—. La primera tiene un campo más amplio, en cuanto las opiniones o ideas no son susceptibles de un juicio de veracidad⁸⁰. Su único límite lo constituye la ausencia de expresiones injuriosas relacionadas con las ideas u opiniones que se expongan, e innecesarias para dicha exposición. En concreto, la libertad de expresión no ampara el derecho al insulto, que nada tiene que ver con la crítica⁸¹. La libertad de expresión, en cambio, tiene como requisitos característicos: 1. La veracidad de la información, lo que exige que el informador desarrolle una conducta diligente en la comprobación de la veracidad de los hechos⁸²; 2. Que se trate de una información con relevancia pública, ya sea por el hecho en sí mismo, ya sea por el carácter público de la persona a la que se refiere⁸³; y 3. Que lo informado sea de interés público, de forma que quepa identificar un interés legítimo de la opinión pública en dicha información⁸⁴. De

⁷⁷ *RJ* 2008/4614.

⁷⁸ *RTC* 1982/12. Asimismo, vid., las sentencias del Tribunal Constitucional, de 12 de noviembre de 1990 (*RTC* 1990/172); de 7 de junio de 1994 (*RTC* 1994/170); de 13 de febrero de 1995 (*RTC* 1995/42); y de 13 de enero de 1997 (*RTC* 1997/3).

⁷⁹ Las sentencias del Tribunal Constitucional, de 3 de diciembre de 1992 (*RTC* 1992/219); y de 13 de febrero de 1995 (*RTC* 1995/42). La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 13 de abril de 2011 (*RJ* 2011/3582), aclara que, por ponderación se entiende, tras la constatación de la existencia de una colisión entre derechos, el examen de la intensidad y trascendencia con la que cada uno de ellos resulta afectado, con el fin de elaborar una regla que permita, dando preferencia a uno u otro, la resolución del caso mediante su subsunción en ella.

⁸⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional, de 4 de junio de 2007 (*RTC* 2007/139).

⁸¹ Las sentencias del Tribunal Constitucional, de 6 de junio de 1990 (*RTC* 1990/105); de 13 de febrero de 1997 (*RTC* 1997/3); y de 26 de febrero de 2001 (*RTC* 2001/49).

⁸² Las sentencias del Tribunal Constitucional, de 13 de enero de 1997 (*RTC* 1997/3); de 15 de septiembre de 2003 (*RTC* 2003/158); y de 26 de enero de 2009 (*RTC* 2009/29).

⁸³ Sentencia del Tribunal Constitucional, de 12 de noviembre de 1990 (*RTC* 1990/171).

⁸⁴ La sentencia del Tribunal Constitucional, de 13 de enero de 1997 (*RTC* 1997/3).

todas formas, se admite la crítica dura y desabrida, siempre que tenga relación con el objeto de la información, afecte a asuntos de interés público y se haya comprobado razonablemente la verosimilitud de lo informado⁸⁵.

Asimismo, a través de la imagen, se dañan o pueden llegar a vulnerarse el honor, la fama, la reputación y la intimidad personal y familiar, que se multiplica de forma exponencial en Internet por la multitud de usuarios que, pueden acceder a la red y utilizar dicha imagen.

Por otra parte, el derecho a la imagen goza con respecto al honor y a la intimidad de un doble contenido. Uno que se puede definir como específico, en cuanto que, la imagen sirve para identificar a una persona, y supone la expresión de un ámbito propio y reservado en el que aquélla desarrolla libremente su personalidad, y por tanto, constituye un vehículo hábil para llegar a otros aspectos más íntimos de privacidad, a la vez que, puede llegar a vulnerar su dignidad personal; y con relación a este último aspecto, ha de hacerse referencia a otro contenido, que se puede denominar compartido o confluyente con los otros derechos de la personalidad, en cuanto se puede vulnerar los derechos al honor y a la intimidad, cuando se utiliza indebidamente la propia imagen⁸⁶.

Ahora bien, no se duda que entre los derechos fundamentales de la personalidad (honor, intimidad y la propia imagen) tienen todos ellos su base en el mismo principio, el de la dignidad de la persona proclamado en el artículo 10 de la Constitución Española; si bien, no son lo mismo, pues, cada uno da protección a un específico bien jurídico, aunque en ocasiones puede ocurrir que, una misma conducta pueda atentar al mismo tiempo a dos o tres derechos⁸⁷.

2.2. LA DELIMITACIÓN LEGAL DEL ÁMBITO DE PROTECCIÓN: LAS INTROMISIONES ILEGÍTIMAS Y LEGÍTIMAS EN LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN, Y EL CONSENTIMIENTO DEL TITULAR DEL DERECHO

La construcción de la teoría de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen se erige alrededor del poder que los medios de comunicación van acumulando desde finales del siglo XIX. La relación entre el progresivo avance de la denominada sociedad de la información y el desarrollo dogmático y jurisprudencial de estos derechos no ha hecho sino acentuarse hasta nuestros días. Al hilo de esta evolución, la ley cuando regula estos derechos no hace una enumeración de las facultades que lo integran, sino que se limita a tipificar que intromisiones se consideran legítimas en los artículos 2.2 y 8 de la Ley Orgánica 1/1982, y las que se considera ilegítimas, en el artículo 7⁸⁸.

⁸⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, de 8 de junio de 1992 (RTC 1992/85).

⁸⁶ JORDÁ CAPITÁN, E., «La utilización y protección jurídico-civil de la imagen de los menores en la red; aspectos legales y la praxis judicial», *op. cit.*, pág. 83.

⁸⁷ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 26 de febrero de 2009 (RJ 2009/1516); y de 14 de mayo de 2010 (RJ 2010/3699).

⁸⁸ El Tribunal Supremo en sentencias de 28 de octubre y 4 de noviembre de 1986 (RJ 1986/6015) y (RJ 1986/6205), y de 5 de mayo de 1988 (RJ 1988/3881), entre otras, ha venido entendiendo que los supuestos enumerados en el artículo 7 de la Ley Orgánica 2/1982 no constituye un *numerus clausus* al señalar que: «...la protección a los bienes de la personalidad ha de dispensarse dentro de una intensa relativización correlativa a la índole de los mismos, protección que se manifestará, de una parte, permitiendo extenderla a supuestos distintos de los casos enumerados en el artículo 7 de la ley que no constituye *numerus clausus*, a

Respecto a estas últimas, tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas, en el derecho al honor: 1. La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre (art. 7.3): con lo que se vulnera no sólo el derecho al honor, sino también a la intimidad personal y familiar; 2. La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación (número siete del art. 7)⁸⁹; y 3. La utilización del delito por el condenado en sentencia penal firme para conseguir notoriedad pública u obtener provecho económico, o la divulgación de datos falsos sobre los hechos delictivos, cuando ello suponga el menoscabo de la dignidad de las víctimas (número ocho del art. 7). De forma que, no es elemento esencial para declarar la intromisión ilegítima del derecho al honor la divulgación, siendo suficiente la mera imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor, en los términos expresados.

En este contexto, el Tribunal Supremo ha considerado la veracidad de los hechos como elemento negativo del derecho al honor. Por ello, para que sea protegido el honor de una persona constituye elemento esencial que, se falte a la verdad. Un ataque veraz no es un ataque al honor, porque no hay honor que proteger. Un elemento esencial del derecho al honor, o de la protección del derecho al honor es la falta de veracidad en los hechos que se expresan y que atenten contra el mismo. Por lo que se destaca que la veracidad elimina el concepto de intromisión ilegítima en el derecho al honor, no incurriendo en ilicitud cuando se opera sobre una base fáctica veraz⁹⁰.

Así, se pueden considerar intromisiones ilegítimas para el honor de la persona, el subir a Internet imágenes de naturaleza vejatoria o humillante, que vulneren la dignidad de la persona, de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la Constitución Española, fotomontajes, igualmente, ofensivos dirigidos a procurar su daño y descrédito y además que no sean veraces. En todo caso, las lesiones al derecho al honor de los menores resultan especialmente lesivas y perjudiciales cuando informaciones relativas a su persona que, afecten a su dignidad son publicadas en medios de comunicación como Internet.

HERAS HERNÁNDEZ destaca como prácticas más frecuentes y atentatorias del derecho al honor de los menores: «1. Manifestaciones, mensajes, dibujos, consideraciones o expresiones divulgadas en redes sociales, foros, blogs, correos electrónicos, móviles, que hacen desmerecer al menor en la consideración ajena y provocan su menosprecio o descrédito frente a los demás; 2. Manifestaciones

la manera de acacimientos significativos o frecuentes y ejemplificadores de agresiones ilegítimas a la intimidad, destacados del principio general de *alterum non laedere*. Por otra parte, se manifestarán tratando la personalidad y correlativa o confrontación de la norma con la ocurrencia concreta; ésta, pues, será configurada, caracterizada e individualizada por o a través de esas circunstancias, escogiendo el juez, al efecto, las más relevantes...». Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, de 13 de junio de 2002 (JUR 2002/232154).

⁸⁹ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9.ª, de 21 de julio de 1998 (AC 1998/1485).

⁹⁰ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de mayo de 1988 (RJ 1988/3880); de 5 de diciembre de 1989 (RJ 1989/8799); de 25 de junio de 1990 (RJ 1990/4890); de 2 de marzo de 1991 (RJ 1991/1710); de 11 de abril de 1992 (RJ 1992/3094); y de 28 de abril de 1993 (RJ 1993/2950). Asimismo, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.ª, de 18 de noviembre de 1998 (AC 1998/8906); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 11.ª, de 14 de junio de 2001 (AC 2001/2148).

que contengan insultos, comentarios vejatorios o injurias u opiniones innecesarias para el mensaje final que se quiere dar a conocer; 3. Divulgación de contenidos falsos dirigidos a terceras personas, o a través de las propias redes sociales con la finalidad de denigrar al menor o enfrentarle con su grupo de compañeros o amigos; 4. Facilitar datos falsos sobre hechos delictivos, con la finalidad de provocar el menosprecio de la persona del menor; 5. La organización por Internet de actividades que atenten contra sus derechos fundamentales, que consiste en organizar concursos para que un menor sea votado como el más raro, el más feo o el más tonto. Todas estas prácticas deben ser calificadas como atentatorias de la dignidad del menor; 6. La creación de perfiles falsos utilizados en páginas web, fotoblog o blog con la finalidad de almacenar información verdadera, o falsa de la vida de un menor para perjudicar su estima; 7. Puesto que, el derecho al honor está ineludiblemente conectado con otros derechos fundamentales como la intimidad y la propia imagen, las grabaciones de situaciones comprometidas del menor con la finalidad de denigrarle públicamente mediante la divulgación de imágenes en MySpace, Youtube, Tuenty o Facebook, deben considerarse intromisiones ilegítimas a su derecho al honor; y 8. Subir fotomontajes en los que aparezca un menor, perfectamente identificado, en situaciones denigrantes o en situaciones que ridiculizan al menor»⁹¹.

Con relación al derecho a la intimidad, tienen la consideración de intromisiones ilegítimas que afectan a tal derecho: 1. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas (art. 7.1). 2. La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción (art. 7.2). 3. La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre⁹², así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo (art. 7.3). 4. La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela (art. 7.4).

En cuanto al derecho a la propia imagen, constituyen intromisiones ilegítimas: 1. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2 (número cinco del art. 7)⁹³; y 2. La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una

⁹¹ HERAS HERNÁNDEZ, M.^a del M., «La protección jurídica del derecho al honor de los menores en Internet», en *Los derechos de la personalidad de los menores y las nuevas tecnologías*, directoras: EVA JORDÁ CAPITÁN y VERÓNICA DE PRIEGO FERNÁNDEZ, y coordinadores: JESÚS ALBERTO MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS y JESÚS FLORES RODRÍGUEZ, El Derecho, Madrid, 2012, págs. 18-19.

⁹² Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 20.^a, de 8 de julio de 2009 (La Ley 141131/2009), publicación en Internet de circunstancias personales de los menores.

⁹³ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2.^a, de 25 de abril de 2011 (La Ley 66549/2011), intromisión en el derecho a la intimidad y propia imagen de dos menores y su madre, víctimas de un atentado terrorista, al publicar en edición digital y escrita de un periódico de una fotografía que las identificaba plena y completa en un acto de la Fundación Guardia Civil.

persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga (número seis del citado art. 7). Asimismo, se puede considerar como tal, la utilización de imágenes de menores sin ocultación, deformación o pixelación de su rostro⁹⁴. Si bien, la protección de este derecho no impedirá «la información gráfica de un suceso o acontecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio» [art. 8.2.c) de la LO 1/1982]⁹⁵.

De todas formas, en la previsión legal sobre la utilización del nombre, la voz o imagen de una persona para fines publicitarios es donde la doctrina resalta la vertiente patrimonial o comercial del derecho a la propia imagen. Asimismo, se indica la estrecha relación entre el derecho a la propia imagen y la protección de la identidad de la persona, considerándose lesivo, la apropiación o utilización comercial de la identidad de una persona, a través del empleo de diferentes formas de identificarla: el nombre, la voz o la imagen⁹⁶.

Por su parte, como hemos señalado, la Ley Orgánica 1/1996 introduce un régimen protector reforzado frente a intromisiones ilegítimas en los derechos de los menores de edad perpetradas por medios de comunicación —Internet sin duda actúa como tal—. Así, en el apartado 2.º del artículo 4 se establece que la difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados.

Por su parte, el apartado 3.º declara que se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales. Y a continuación, dando una dimensión funcional privilegiada al Ministerio Fiscal, el apartado 4.º declara que sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del menor, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal su ejercicio, que podrá actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública.

La intensificación en los niveles de protección y su publicidad se justifican teniendo en cuenta que la entidad del daño se multiplica exponencialmente cuando el ataque a los derechos del menor se realiza a través de los medios de comunicación.

⁹⁴ Vid., la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 12 de Sevilla, de 11 de marzo de 2010 (La Ley 74878/2010).

⁹⁵ Respecto de la enumeración de los supuestos de excepción contenido en el artículo 8.2, tiene declarado el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, en sentencias de 28 de diciembre de 1996 (*RJ* 1996/9510); de 25 de septiembre de 1998 (*RJ* 1998/7069); y 2 de julio de 2004 (*RJ* 2004/5262), que sus apartados son meramente enumerativos y no pueden considerarse relación exhaustiva y cerrada a cualquier otra excepción que proceda según las circunstancias del caso.

⁹⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS, C., «Los derechos de la personalidad», *op. cit.*, pág. 569; MACÍAS CASTILLO, A., «El consentimiento del menor y los actos de disposición sobre su derecho a la propia imagen (1)», *op. cit.*, pág. 2.

Con ello, claramente se supera el sistema establecido en la Ley Orgánica 1/1982, de manera que en el ámbito de las intromisiones realizadas a través de medios de comunicación, el consentimiento de los progenitores o del propio menor, como veremos, será irrelevante, aunque se trate de un menor maduro, cuando pueda resultar un perjuicio para sus intereses⁹⁷.

Si en estos casos el consentimiento proyectado se pone en conocimiento del Ministerio Fiscal conforme a lo previsto en el artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1982, éste deberá oponerse en el plazo de los ocho días concedido.

Ahora bien, los apartados 2 y 3 del artículo 4 pueden originar la duda de si para los menores de edad son intromisiones ilegítimas sólo las que en ellos se establece, o son concurrentes o especificaciones de las contenidas en el artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982. Parece como señalan DIEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS que «no se hace más que volver a concretar lo que ya está establecido en el citado artículo 7, aunque de forma bastante infeliz»⁹⁸.

De todas formas, el apartado 1 del mencionado artículo 4 después de señalar que los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, precisa que, este derecho comprende también la inviolabilidad de domicilio familiar, y de la correspondencia, así como el secreto de las comunicaciones. Un reconocimiento de derechos que resulta sorprendente, si tenemos en cuenta que ya la propia Constitución Española los protege y los reconoce dentro del Capítulo segundo, Sección 1.ª del Título I, y por supuesto, no excluye de su ámbito de protección a los menores de edad.

En este contexto, no habrá intromisión ilegítima: 1. Cuando estuviese expresamente autorizada por la ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso (art. 2.2 de la LO 1/1982); 2. Cuando haya sido acordada o autorizada por la autoridad competente de acuerdo con la ley —art. 8.1—; 3. Cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante (art. 8.1); y 4. Dispone el artículo 8.2 que el derecho a la propia imagen no impedirá: a) «Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abierto al público». Así la tutela de los derechos a la intimidad y a la propia imagen se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información, cuando sus titulares son personas públicas o con notoriedad pública, estando obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos resulten afectados por opiniones sobre cuestiones de interés general⁹⁹. Si bien, el principio general de la notoriedad pública como factor modulador de la intensidad del derecho a la intimidad, y a la propia imagen en cada caso solamente es aplicable a los progenitores que están revestidos de tal nota, sin que puedan transferir tales efectos a sus hijos menores¹⁰⁰; b) «La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social»;

⁹⁷ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de julio de 2000 (*RJ* 2000/6753); y las sentencias y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12.ª, de 30 abril 2001 (*AC* 2002/250); y de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.ª, de 13 de febrero de 2003 (*JUR* 2003/186572).

⁹⁸ DIEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 343.

⁹⁹ Las sentencias del Tribunal Constitucional, de 10 de mayo de 2000 (*RTC* 2000/115); de 26 de febrero de 2001 (*RTC* 2001/49); y de 6 de mayo de 2002 (*RTC* 2002/99).

¹⁰⁰ La sentencia del Tribunal Constitucional, de 15 de julio de 1999 (*RTC* 1999/134).

y c) «La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público, cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio».

Como hemos señalado, no cabe apreciar intromisión ilegítima en el ámbito protegido por la ley cuando el titular del derecho la hubiera consentido expresamente. La Ley exige que el consentimiento sea expreso, con lo que se excluye el consentimiento presunto, pero no el tácito; en todo caso, ha de ser inequívoco. No se exige, sin embargo, que el consentimiento sea escrito, ni siquiera anterior a la intromisión, de forma que, puede ser simultáneo o posterior. El consentimiento debe recaer sobre cada acto de intromisión diferenciado¹⁰¹. Asimismo, este consentimiento podrá revocarse en cualquier momento, siendo indemnizables, en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas.

Cuando el titular del derecho es un menor de edad o incapaz, el consentimiento «deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días, el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el juez» (art. 3.1 de la LO 1/1982). Esta regla concuerda con lo previsto, con carácter general, en el artículo 162.1 del Código Civil en sede de patria potestad, como analizaremos¹⁰². Si el menor no tiene las condiciones de madurez suficiente para tomar por sí mismo una decisión, pero sí bastante juicio, deberá ser oído antes de adoptar decisiones que le afectan (art. 154, penúltimo párrafo del CC, y art. 9 de la LOPJM). No obstante, la madurez del menor, éste sigue bajo la patria potestad, y dado que los titulares de la misma han de velar por su hijo menor de edad, podrán los progenitores solicitar el auxilio de la autoridad (art. 154 CC), y si estiman que la decisión del hijo perjudica su interés, instar la adopción de medidas judiciales apropiadas (art. 158)¹⁰³. En cuanto a los incapacitados, será la sentencia de incapacitación la que determine los actos que puede realizar el propio incapacitado. Si la sentencia no dice nada, habrá que estar a la capacidad natural de entender y de querer. En todo caso, si hay duda acerca de las condiciones de madurez y puesto que, estamos ante una medida pensada en beneficio de los menores e incapaces, lo razonable es comunicar previamente al Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado.

De todas formas, el consentimiento que, contempla la Ley como causa excluyente de la intromisión ilegítima, como hemos manifestado en líneas precedentes, ha de ser expreso, esto es, aquel que ha sido inequívocamente manifestado, requiriéndose para los menores de edad que esa expresión tenga forma escrita¹⁰⁴, pero además este previo consentimiento expreso y escrito que, por ser menor de edad, habrá de ser llevado a cabo por el representante legal del menor «no basta

¹⁰¹ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de octubre de 1998 (RJ 1998/8068), intromisión ilegítima por la publicación en el tablón de anuncios de una plaza pública de una fotografía de un niño de catorce años, totalmente desnudo sin su consentimiento. Responsabilidad de los padres de los menores que facilitaron la publicación de la fotografía.

¹⁰² Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de marzo de 2003 (RJ 2003/2596).

¹⁰³ DIEZ GARCÍA, H., «Comentario al artículo 162 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1673.

¹⁰⁴ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 11.ª, de 16 de octubre de 2002 (JUR 2003/105156).

para la validez del acto de disposición, por cuanto es necesario, para que surta eficacia, la cooperación del Ministerio Fiscal, cuya intervención actúa a modo de asentimiento, autorización y ratificación»¹⁰⁵. El representante legal está obligado a poner previamente en conocimiento del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado (art. 3.2 de la LO 1/1982).

La cooperación del Ministerio Fiscal se constituye así en una intervención «a modo de asentimiento, autorización o ratificación»... sólo con la intervención del fiscal el consentimiento surte efecto o, en caso de oponerse el fiscal, mediante resolución judicial que lo apruebe. El consentimiento para realizar un acto de disposición de cualquiera de las facultades que constituyen el contenido de los derechos fundamentales regulados en la Ley Orgánica 1/1982, cuando se trata de menores sin condiciones de madurez, sólo se logra, por tratarse de una categoría jurídica perteneciente a los actos complejos, con la intervención de su representante legal y del Ministerio Fiscal¹⁰⁶.

La Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/1993 declaró que «la intencionada omisión del camino legal puede acarrear una deficiencia estructural en el negocio jurídico concebido —si éste existiera— para legitimar la intromisión. Su posible anulabilidad por el propio menor si el consentimiento hubiera sido otorgado por él mismo sin la madurez suficiente —art. 1301 CC— y la hipotética responsabilidad exigible al representante legal por una negligente administración del patrimonio del menor —arts. 164 y 168 CC— son sólo alguno de los efectos predicables del desprecio voluntario al régimen legal».

Sin embargo, debe constataarse que, estadísticamente son escasísimos los supuestos en los que los representantes legales cumplen con las prescripciones que marca la Ley y en consecuencia, ponen en conocimiento del fiscal esos consentimientos proyectados.

Por otra parte, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996, el consentimiento del menor o de sus representantes legales no será suficiente para excluir el carácter ilegítimo de la intromisión, cuando se trata de la utilización del nombre o imagen en los medios de comunicación, y puede implicar un menoscabo de su honra o reputación, o ser contraria a los intereses del menor¹⁰⁷. Sí parece que será bastante, en cambio, la autorización judicial, en caso de haberse opuesto el Ministerio Fiscal, cuando le fue comunicado el consentimiento proyectado.

Lo protegido aquí no son sólo los derechos al honor, la intimidad o la imagen, sino más ampliamente, los «intereses» del menor¹⁰⁸.

Ahora bien, cuando procede, el consentimiento ha de otorgarlo el menor, si tiene suficientes condiciones de madurez, pues, si carece de la misma, habrán de prestarlo sus representantes legales (padres o tutores). El artículo 3.1 de la Ley Orgánica 1/1982 se remite a la legislación civil a los efectos de determinar qué deba entenderse por menor con condiciones de madurez suficiente. Pero el Código Civil no contiene un precepto específico que defina con carácter general cuándo debe considerarse maduro a un menor. Existen, eso sí, en el Código Civil

¹⁰⁵ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de octubre de 1996 (*RJ* 1996/7058); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13.ª, de 30 de abril de 2003 (*JUR* 2004/160714).

¹⁰⁶ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo 816/1996, de 7 de octubre (*RJ* 1996/7058).

¹⁰⁷ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 11 de junio de 2012 (*La Ley* 141282/2012).

¹⁰⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «Los derechos de la personalidad», *op. cit.*, pág. 571.

y en Leyes especiales, preceptos en relación con materias concretas en los que se dota al menor (en unos casos al mayor de doce años, en otros al mayor de catorce y en otros al mayor de dieciséis) de autonomía para la realización de actos con trascendencia jurídica o se exige su audiencia. Asimismo, el artículo 162.1 del citado Código Civil, recordemos, excluye de la representación paterna: *«los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, puede realizar por sí mismo»*. En todo caso, hemos de señalar que, los intentos de la doctrina científica para tratar de llegar a principios generales partiendo de las disposiciones específicas han sido múltiples a la vez que infructuosos. La inexistencia de una *communis opinio* en la materia certifica el fracaso de estos intentos de precisar en abstracto y con carácter general la edad cronológica a partir de la cual puede un menor ser considerado maduro. Ello lleva a la necesidad de integrar este concepto jurídico indeterminado valorando todas las circunstancias concurrentes en cada caso, partiendo de que la capacidad general de los menores no emancipados es variable o flexible, en función de la edad, del desarrollo emocional, intelectual y volitivo del concreto menor y de la complejidad del acto de que se trate. De ahí que, resulte crucial la intervención judicial para determinar cuando un menor tiene suficientes condiciones de madurez.

Cuando no estamos ante un menor maduro, el consentimiento han de prestarlo sus representantes legales, siempre pensando en el interés del menor y teniendo presente su deber de velar por él. Ahora bien, a los efectos de ponderar el valor de dicho consentimiento, deberán distinguirse los supuestos en los que estos tienen privada o suspendida la patria potestad, están imposibilitados para accionar, tienen un conflicto de intereses con los hijos o adoptan una irrazonable actitud de inhibición o pasividad, de aquellos otros supuestos en los que se trata de progenitores en pleno y adecuado ejercicio de las funciones derivadas de la patria potestad. Sólo en este último caso, será válido el consentimiento.

Precisamente, la Ley Orgánica 1/1996, en relación con las potestades de los progenitores, contempla especialmente los supuestos en los que los progenitores tienen conflictos de intereses con sus hijos en relación con sus derechos personales al honor, intimidad y propia imagen. Así, la Exposición de Motivos de esta Ley declara que «con el fin de reforzar los mecanismos de garantía de la Ley Orgánica 1/1982... se pretende proteger al menor, que puede ser objeto de manipulación incluso por los representantes legales...». Para ello, el artículo 4.4 introduce expresamente la legitimación directa y autónoma del Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de parte interesada, física, jurídica o entidad pública, sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del menor cuando la intromisión se produce a través de un medio de comunicación. De forma que, el Ministerio Fiscal no tiene en este ámbito funcional una legitimación subsidiaria sino que deberá actuar cuando proceda aun cuando el menor esté representado por progenitores que ejerzan adecuadamente la patria potestad. Sin duda en la Ley subyace un interés en que la protección de los derechos de los menores trascienda o desborde al deber de protección de los titulares de la patria potestad, en tanto que se configura como una obligación para este órgano público.

En todo caso, la intervención del Ministerio Fiscal y del juez resultará operativa ante ataques al honor, intimidad y propia imagen de menores desamparados, de menores que sin estar declarados en desamparo son inadecuadamente tratados por sus progenitores, de menores carentes de representantes legales o de menores en conflicto de intereses con sus representantes legales.

Ahora bien, conviene señalar que, en el artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1996 se ha obviado lo que ha sido un logro en la Ley Orgánica 1/1982, en coherencia con las reformas operadas en el Código Civil en 1981, como es el consentimiento del menor. Esta ineficacia del consentimiento del menor de edad supone una notable disminución de lo que hasta ahora era un reconocimiento de su capacidad de obrar y contrasta con la propia *ratio* de la Ley de fomentar la consideración del menor de edad como un sujeto activo, participativo y creativo. En todo caso, tal ineficacia sólo será operativa cuando la intromisión ilegítima tenga lugar en los medios de comunicación.

En todo caso, en la defensa de los derechos al honor, intimidad personal y familia y propia imagen no sólo se necesita contar con la protección de los representantes legales, sino que también resulta esencial la labor preventiva e informativa de los poderes públicos con el objeto de preservar al menor de que tales derechos resulten dañados. Asimismo, la indispensable labor de la autoridad judicial y del Ministerio Fiscal no sólo este último mediante el reconocimiento como legitimado activo para iniciar acciones en defensa de tales derechos, sino también para actuar ante posibles colisiones de intereses entre los representantes legales y el propio menor, y «abusos» derivados de un excesivo control por parte de aquellos (por ejemplo, controlar el móvil, el ordenador, o la tablet a todas horas).

Por otra parte, el contenido patrimonial o económico del derecho a la propia imagen y la intimidad personal determina que, es posible su disposición a través de negocios jurídicos. De forma que si la intromisión es ilícita, el negocio patrimonial deviene necesariamente nulo¹⁰⁹. Para determinar la capacidad necesaria para la celebración de estos negocios habrá de estarse a las normas generales de contratación (art. 1263 CC). Si el negocio entraña para el menor una obligación personal habrá de estarse a lo dispuesto en el artículo 161 *in fine* del citado cuerpo legal.

III. LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y LAS REDES SOCIALES

La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal (en adelante LOPD) siguiendo la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre, dispone en su artículo 3 un elenco de definiciones relativas a los sujetos, objetos y operaciones y demás aspectos relacionados con la materia que deben concurrir para la aplicación de esta normativa protectora. Así, según el artículo 3.a) son datos de carácter personal «*cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables*». Por su parte, el artículo 5.1.f) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal conceptúa datos de carácter personal: «*Cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables*». En esta última definición se amplía el alcance y se proporciona una mayor claridad en cuanto a las formas y medios de manifestación de la información. La información personal a la que se refiere sendos preceptos puede afectar a personas identificadas como también a los que no lo están, aunque sean susceptibles de ello. En consonancia con los que dispone el artículo 5.1.o) del Reglamento se considera persona identificable

¹⁰⁹ DÍEZ GARCÍA, H., «Comentario al artículo 162 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1675.

«toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, mediante cualquier información referida a su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social. Una persona física no se considerará identificable si dicha identificación requiere plazos o actividades desproporcionados». Con ello se trata de proteger los datos personales no sólo con el fin de evitar que se sepa de forma indebida quienes somos, sino también cómo somos¹¹⁰. En cuanto al fichero, tanto el artículo 3.b) de la LOPD como el artículo 5.1.k) de su Reglamento señalan que, es «todo conjunto organizado de datos de carácter personal, que permita el acceso a los datos con arreglo a criterios determinados, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso»; respecto al tratamiento que corresponde a cada dato, el artículo 3.c) de la LOPD lo entiende como «las operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias»; y finalmente, en cuanto a la cesión o comunicación de datos señala el artículo 3.i) de la citada Ley supone «toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado».

En cuanto a los principios configuradores del derecho a la protección de datos y privacidad son: 1. El de información en los términos establecidos en el artículo 5 de la LOPD, así se ha de informar del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas; de las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos; de la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición; de la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante; 2. El de calidad del dato, pues, éste ha de ser adecuado, pertinente, no excesivo, que responda a la situación actual del afectado (art. 4); 3. El de finalidad, ya que, los datos se recaban con una finalidad legítima, explícita y legítima, lo cual es importante, como veremos, en el ámbito de las redes sociales; 4. El de seguridad, pues, para asegurar que el titular mantenga el control de sus datos, es necesario que el tratamiento se lleve a cabo implantando las medidas de índole técnica y organizativa necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado (art. 9 de la LOPD); y 5. El principio de control independiente, resulta necesario que exista una autoridad independiente de control que garantice el derecho a la protección de datos¹¹¹.

Además de los principios anteriores, es necesario respetar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición. Ahora bien, no es posible ignorar que el derecho al olvido no es siempre tan efectivo como se querría, y resulta casi imposible en las redes sociales, pues, hacer desaparecer la información del usuario en éstas, a través de la correspondiente cancelación de la cuenta, resulta

¹¹⁰ MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. A., «Algunas consideraciones sobre la protección de datos personales de las personas menores de edad en Internet», en *Los derechos de la personalidad de los menores y las nuevas tecnologías*, coordinadores: Eva JORDÁ CAPITÁN, Verónica DE PRIEGO FERNÁNDEZ; coordinadores: Jesús Alberto MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS y Jesús FLORES RODRÍGUEZ, El Derecho, Madrid, 2012, pág. 112.

¹¹¹ PIÑAR MAÑAS, J. L., «Los menores y las redes sociales. La necesaria protección de la privacidad», en *Menores y nuevas tecnologías*, coordinadoras: Isabel E. LÁZARO GONZÁLEZ, NORA MORA PRATO, y Carmen SORZANO VOLART, Tecnos, Madrid, 2012, págs. 141-146.

un reto de imposible resultado práctico, cuando la información está a disposición de cientos o miles de personas¹¹².

Sobre tales bases, como regla general, el consentimiento opera como título habilitante para el tratamiento legítimo de los datos. Así el artículo 8.2 de la Carta Europea de Derechos Humanos establece que los datos «*se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley*». Con relación a los menores, el artículo 13 del Reglamento dispone en su apartado primero que «*podrá procederse al tratamiento de los datos de los mayores de catorce años con su consentimiento, salvo en aquellos casos en los que la Ley exija para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela. En el caso de los menores de catorce años se requerirá el consentimiento de los padres o tutores*». Se opta en línea con el artículo 162.1 del Código Civil por fijar en catorce años la edad bajo la cual en ningún caso será suficiente el consentimiento del menor. Pero el apartado 2 prescribe que «*en ningún caso podrán recabarse del menor datos que permitan obtener información sobre los demás miembros del grupo familiar, o sobre las características del mismo, como los datos relativos a la actividad profesional de los progenitores, información económica, datos sociológicos o cualesquiera otros, sin el consentimiento de los titulares de tales datos*». Sólo los mayores de edad, pues, podrán otorgar el consentimiento en estos casos. No obstante, el Reglamento añade que «*no obstante, podrán recabarse los datos de identidad y dirección del padre, madre o tutor con la única finalidad de recabar la autorización prevista en el apartado anterior*».

Ahora bien, uno de los problemas más complicados es el de acreditación de la obtención del consentimiento sobre todo a través de Internet, donde no existe relación directa con los afectados. Al efecto dispone el apartado 4 del citado artículo 13 que «*corresponderá al responsable del fichero o tratamiento articular los procedimientos que garanticen que se ha comprobado de modo efectivo la edad del menor y la autenticidad del consentimiento prestado en su caso, por los padres, tutores o representantes legales*». En algunas redes sociales como Tuenti se exige el DNI a los usuarios respecto de los que se sospeche o se tenga indicios de que su edad es menor de catorce años.

En relación con el consentimiento se ha sostenido que es necesario que el mismo sea expreso y escrito cuando, como establece el artículo 7, se trate de datos que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias. No se establece la necesidad de cubrir esa exigencia formal en relación al consentimiento prestado por los padres respecto a los datos de sus hijos menores, salvo que se trate de los señalados datos especialmente protegidos.

Ahora bien, es especialmente importante el cumplimiento del deber de información, de forma que el titular de los datos debe ser previamente informado, en primer lugar, de la existencia de un fichero y de un tratamiento con sus datos personales, de todas las finalidades del tratamiento y de los cesionarios o destinatarios de la información; en segundo lugar, del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas; en tercer lugar, de las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos; en cuarto lugar, de la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación,

¹¹² Vid., el Auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, de 27 de febrero de 2012 (La Ley 8670/2012), que plantea una cuestión prejudicial al TJUE sobre el derecho al olvido frente a Google.

cancelación y oposición; y en quinto lugar, de la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante (art. 5 LOPD). En cuanto a la información que ha de prestarse a los menores, señala el artículo 13 en su apartado 3 del Reglamento que *«cuando el tratamiento se refiera a datos de menores de edad, la información dirigida a los mismos deberá expresarse en un lenguaje que sea fácilmente comprensible por aquellos, con expresa indicación de lo dispuesto en este artículo»*.

En este contexto, la expansión del acceso a Internet y la mejora en la velocidad de conexión han posibilitado en los últimos años el nacimiento de redes sociales —Tuenti, MySpace, Twitter—, etc. Son, como señala TRONCOSO REIGADA esencialmente «una aplicación *on line* que permite a los usuarios generar un perfil con sus datos en páginas personales y compartirlo con otras personas, haciendo pública esta información, lo que facilita la interrelación con otros usuarios a partir de los perfiles publicados. Es una herramienta que favorece las relaciones sociales»¹¹³. Suponen tales redes sociales cierta renuncia de los usuarios a su privacidad —al publicar su perfil social—, además de ser grandes fuentes de información no sólo de sus miembros, sino también de otras personas que aquellos conocen o con las que han contactado, y asimismo, suponen tratamientos masivos de datos personales. De ahí que, el fundamento de las redes sociales sea la publicación por parte de los usuarios de información y datos personales a través de sus perfiles, que facilitan el acceso rápido a datos de contacto, preferencia y hábitos del usuario. Además, durante la prestación de estos servicios los proveedores de la red recopilan otros datos como la dirección IP —en el caso de utilización de cookies— que se utilizan para segmentar la publicidad que se dirige a los distintos usuarios, así como para aumentar el contacto entre usuarios¹¹⁴.

Ahora bien, en la mayoría de los casos, se trata de tratamiento de datos que se encuentran excluidos del régimen de protección de datos personales al tratarse de «ficheros mantenidos por personas físicas en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas» [art. 2.2.a) LOPD], al ser datos personales que afecten a la esfera familiar y de amistad y que cubren aquellos tratamientos que, no tienen otra finalidad que las relaciones propias de estos ámbitos, y por tanto se excluyen de tal regulación. En todo caso, la privacidad en la red no sólo implica el respeto a nuestros datos personales sino también la información relativa a los demás, de ahí que, para incluir en las redes sociales datos de otras personas —por ejemplo, la publicación de una fotografía— se debería requerir el consentimiento de tales personas. Sin embargo, en la mayoría de las redes sociales —y más, en general, de las web 2.0— se ceden sin contar con tal consentimiento y aunque un modelo ideal sería contar con el mismo, la realidad es que no es fácil solicitar ni obtener tal consentimiento.

Por otra parte, los titulares de los servicios de redes sociales son responsables del tratamiento de los datos personales y si están establecidos en algún Estado miembro de la Unión Europea o utilizan medios de tratamiento ubicados en la misma, deben cumplir la normativa europea sobre protección de datos personales. Así, la Directiva 95/46/CE señala en su artículo 4 que serán de aplicación las

¹¹³ TRONCOSO REIGADA, A., «Redes sociales y protección de datos personales», en *Menores y nuevas tecnologías*, coordinadoras: Isabel E. LÁZARO GONZÁLEZ, Nora MORA PRATO, y Carmen SORZANO VOLART, Tecnos, Madrid, 2012, pág. 84.

¹¹⁴ PÉREZ SAN-JOSÉ, P., «La seguridad y la privacidad de los menores en las redes sociales», *op. cit.*, págs. 127-128.

disposiciones nacionales que traspongan la Directiva a todo tratamiento de datos cuando el responsable no esté establecido en la Unión Europea pero recurra, para el tratamiento de datos personales, a medios situados en el territorio de dicho Estado, salvo que tales medios se utilicen únicamente con fines de tránsito. Las redes sociales utilizan medios ubicados en la Unión Europea, cuando se valen de *cookies* o *barriers*, o cuando recogen datos en parte dentro de la Unión Europea. En todo caso, los proveedores del servicio de red social son responsables del tratamiento de datos, pues, deciden sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento [art. 3.d) LOPD].

Lógicamente el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición se realiza ante los responsables del tratamiento que, serán las empresas proveedoras del servicio de red social, no ante el resto de los usuarios de tal red social, salvo que estos tengan también el carácter de responsables del tratamiento. Asimismo, la recogida de datos personales por tales proveedores así como las posibles cesiones tienen que hacerse mediante el consentimiento libre, inequívoco, específico, e informado del interesado [art. 3.h) LOPD].

Las redes sociales no sólo tienen beneficios, sino también riesgos especialmente relacionados con la seguridad de la información, la privacidad, la intimidad y la protección de menores, estos como usuarios de las redes sociales podrán integrarse conforme el artículo 13 del Reglamento en una red social a partir de los catorce años, que es cuando se permite que puedan consentir la cesión de sus datos. Lo cierto es que, con respecto a estos menores dos serían los bienes jurídicos protegidos más relevantes que podrían verse afectados directamente en relación con el uso de las redes sociales como son los datos personales y el derecho al honor, intimidad y la propia imagen.

En todo caso, podemos señalar como el primero de los riesgos, la ausencia de sistemas efectivos para identificar la edad de los usuarios, a la hora de dar el alta y usar las redes sociales; en segundo lugar, la facilidad de publicación de información sensible, fotografías, videos y la enorme fluidez de circulación de la información a través de Internet; y el acceso por menores a contenidos inapropiados, sin dejar de mencionar situaciones graves como el fenómeno del *ciberbullying* o acoso entre iguales, que incluye actuaciones de insultos, vejaciones, chantaje de niños a niños a través de medios de comunicación como el correo electrónico, la mensajería instantánea o la publicación de videos o fotografías en plataformas de difusión de contenidos, o, en fin del *grooming* o el acoso ejercido por un adulto con un contenido sexual explícito o implícito¹¹⁵.

En este contexto, el Dictamen 5/2009, del Grupo de Trabajo del artículo 29 establece un conjunto de directrices relativas a los tratamientos de datos personales de menores por parte de las redes sociales, así no se puede pedir datos sensibles en formularios de registro, no realizar comercialización directa destinada específicamente a los menores, establecimiento de grados adecuados de separación lógica entre las comunidades de niños y de adultos, etc., sin perjuicio de las posibilidades que brinda la autorregulación para la protección de datos personales, mientras no se estén aprobados unos estándares internacionales sobre protección de datos.

¹¹⁵ PÉREZ SAN-JOSÉ, P., «La seguridad y la privacidad de los menores en las redes sociales», en *Menores y nuevas tecnologías*, coordinadoras: Isabel E. LÁZARO GONZÁLEZ, Nora MORA PRATO, y Carmen SORZANO VOLART, Tecnos, Madrid, 2012, págs. 126-127.

De todas formas, conviene recordar que los usuarios —incluyendo los menores— pueden ejercer el derecho de cancelación y oposición sobre su información personal sometida a tratamiento que aparece en la red social¹¹⁶.

IV. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y COMERCIO ELECTRÓNICO Y DE LOS PADRES O TUTORES Y CENTROS DOCENTES. LA REPARACIÓN DEL DAÑO

La LSSICE que tiene por objeto la regulación del régimen de los servicios de la sociedad de la información y de la contratación por vía electrónica, se incorpora en nuestro ordenamiento la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior. La citada Ley dedica, dentro del Título II, el Capítulo II, titulado «Obligaciones y régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de la información», la Sección 1.^a a regular las obligaciones de los artículos 9 a 12 bis, y la Sección 2.^a a regular el régimen de responsabilidad, en concreto los artículos 13 a 17. La Ley no contempla, sin embargo, la responsabilidad de los autores de los contenidos subidos a la red. En todo caso, la mejor doctrina ha considerado que la regulación de la responsabilidad se hace de forma redundante y farragosa¹¹⁷.

Antes de profundizar en la concreta responsabilidad de tales prestadores de servicio, conviene señalar que, se parte de un concepto amplio de «servicios de la sociedad de la información»¹¹⁸, que permite diferenciar cuatro tipos de prestado-

¹¹⁶ Vid., la Resolución número R/00668/2011, de la Agencia de Protección de Datos de 7 de abril de 2011 (La Ley 717/2011).

¹¹⁷ TEJEDOR MUÑOZ, L., «Hosting o administradores de servicios de páginas web e intrusión al derecho al honor: la responsabilidad civil en el marco de la sociedad de la información», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXXVII, núm. 727, septiembre-octubre de 2011, pág. 2907.

¹¹⁸ En el Anexo de la ley se entiende por «servicios de la sociedad de la información» o «servicios»: *«todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario. El concepto de servicio de la sociedad de la información comprende también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios. Son servicios de la sociedad de la información, entre otros, y siempre que representen una actividad económica, los siguientes: 1. La contratación de bienes o servicios por vía electrónica; 2. La organización y gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales; 3. La gestión de compras en la red por grupos de personas; 4. El envío de comunicaciones comerciales; 5. El suministro de la información por vía telemática; 6. El vídeo bajo demanda, como servicio en que el usuario pueda seleccionar a través de la red, tanto el programa deseado como el momento de su suministro y recepción, y en general, la distribución de contenidos previa petición individual»*.

No tendrán la consideración de servicios de la sociedad de la información los que no reúnan las características señaladas en el primer párrafo de este apartado, y en particular los siguientes: 1. Los servicios prestados por medio de telefonía vocal, fax, o télex; 2. El intercambio de información por medio de correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente u otro medio de comunicación electrónica equivalente para fines ajenos a la actividad económica de quienes lo utilizan; 3. Los servicios de radiodifusión televisiva (incluidos los servicios de cuasivídeo a la carta), contemplados en el artículo 3.a) de la Ley 25/1994, de 12 de julio, por

res de servicios que puede ejercitar actividades de intermediación: 1. Operadores de redes y proveedores de acceso a Internet (art. 14); 2. Prestadores de servicios que realizan copia temporal de los datos para su ulterior transmisión a otros destinatarios (art. 15); 3. Prestadores de servicios de alojamiento o almacenamientos de datos —*hosting*— (art. 16); y 4. Prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o a instrumentos de búsqueda —*linking*— (art. 17). Debe observarse que la regulación de la responsabilidad se establece, al igual que en la Directiva, en función de los servicios prestados por cada uno de ellos, en su actividad de intermediación; y asimismo, establece un sistema de exoneración de responsabilidad, según qué actividad de intermediación se preste, pues, como afirma DÍAZ-AMBRONA, «en realidad la Ley enumera los casos de exoneración de responsabilidad de los distintos operadores que intervienen en el proceso, según su ámbito de actuación»¹¹⁹. Así, en cuanto a la responsabilidad de los operadores de redes de telecomunicaciones y proveedores de acceso a una red de telecomunicaciones que presten un servicio de intermediación que, consista en la transmisión de datos, el artículo 14 los considera responsables cuando sean ellos mismos los que hayan originado la transmisión, modificado los datos o seleccionado estos, o a los destinatarios de dichos datos, no lo serán fuera de esos casos por la información transmitida. Tratándose de prestadores de servicios que realizan copia temporal de los datos solicitados por los usuarios, el artículo 15 establece que, no serán responsables del contenido de los datos ni de la reproducción temporal de los mismos, cuando den cumplimiento a las conductas exigidas en el mismo, tales como la no introducción de modificaciones en la información; permitir el acceso a ella sólo a los destinatarios que cumplan las condiciones impuestas a tal fin, por el destinatario cuya información se solicita; respetar las normas aceptadas y aplicadas al sector para la actualización de la información, y no incurrir en una utilización ilícita de la tecnología, cumplido el deber de «reacción diligente» y consiguiente retirada de la información. En cuanto a los prestadores de servicios de alojamiento y almacenamiento se considera responsables en dos supuestos: 1. Cuando tengan «conocimiento efectivo» de que la actividad o la información almacenada o el objeto de enlace de búsqueda es ilícita o puede lesionar los bienes o derechos de un tercero (menor o menores) generando un daño susceptible de ser indemnizado; 2. Cuando teniendo ese conocimiento no actúan con la diligencia necesaria para retirar los datos o hacer imposible el acceso a los mismos¹²⁰. Se entenderá que el prestador del servicio conoce la ilicitud de esa información al que presta un servicio determinado «cuando el órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenando su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio

la que se incorporara al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, del Consejo de 3 de octubre, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, o cualquier otra que la sustituya; 4. Los servicios de radiodifusión sonora, y 5. El teletexto televisivo y otros servicios equivalente como guías electrónicas de programas ofrecidas a través de las plataformas televisivas».

¹¹⁹ DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.^a D., «La contratación y la firma electrónica», en *Derecho Civil de la Unión Europea*, dirigida por María Dolores DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, 4.^a ed., Colex, Madrid, 2010, pág. 186.

¹²⁰ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7.^a, de 28 de julio de 2011 (La Ley 214304/2011).

de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse» (art. 16)¹²¹.

Con relación a la responsabilidad de los prestadores servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, el legislador en el artículo 17 utiliza los mismos criterios de imputación subjetiva que los establecidos para los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento¹²².

Parece que con respecto a estos dos últimos prestadores de servicios, la norma les exime de la necesidad de una supervisión previa de la licitud de los contenidos que aparecen en la web, pues, tal «fiscalización» se entiende que supondría un atentado contra el derecho a la libertad de expresión, prevaleciendo el principio de actuación neutral. Asimismo, cabe destacar que, la mera creación de daño no lleva aparejada de forma inapelable el deber de reparar, sino que, en principio, se excluye la responsabilidad de los intermediarios por los contenidos ilícitos de los usuarios. Ahora bien, esta exención no funciona siempre y en consecuencia, existe responsabilidad cuando el destinatario del servicio actúe bajo la dirección, actividad o control de su prestador, es decir, cuando los propios intermediarios hayan también intervenido en la elaboración de la información transmitida, originándola, seleccionándola o modificándola¹²³, o cuando se den las siguientes circunstancias: a) «Tenga conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización» o «tenga conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización», o b) Si tienen conocimiento, no actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos o, para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente¹²⁴.

En todo caso, el contenido de los artículos 16 y 17 de la LSSICE coinciden sustancialmente con lo previsto en la Directiva, no obstante, el legislador español incluye como novedad qué se entiende por «conocimiento efectivo» al disponer que existirá «cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenando su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse»¹²⁵.

¹²¹ CONTRERAS NAVIDAD, S., *La protección del honor, la intimidad y la propia imagen en Internet*, Aranzadi Thomosn Reuters, Navarra, 2012, págs. 134-136. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1.ª, de 9 de julio de 2009 (La Ley 121462/2009); y de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 2.ª, de 4 de noviembre de 2010 (La Ley 266290/2010).

¹²² Vid., las sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 9.ª, de 19 de febrero de 2010 (La Ley 24379/2010); y de la misma Audiencia, Sección 19.ª, de 14 de junio de 2012 (La Ley 127973/2012).

¹²³ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18.ª, de 8 de octubre de 2007 (La Ley 190041/2007).

¹²⁴ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 10 de febrero de 2011 (La Ley 1536/2011).

¹²⁵ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 9 de diciembre de 2009 (RJ 2010/131).

En consecuencia, existe exoneración de la responsabilidad: *a)* Si hay ausencia de una relación de dependencia o subordinación entre proveedores de los alojamientos y almacenamientos de datos y los contenidos; *b)* En caso de desconocer efectivamente que la información almacenada es ilícita o lesiona los derechos de un tercero susceptibles de indemnización; y *c)* Cuando conociendo esta ilicitud, actúe con la diligencia y retire los datos con prontitud o impida el acceso a los mismos¹²⁶.

En la determinación del contenido de la responsabilidad de los prestadores de servicios resulta necesario poner esta en relación con las obligaciones que, tienen tales prestadores cuando realicen sus actividades. Así el artículo 10 impone a aquellos la obligación de poner a disposición de los destinatarios y de los órganos competentes, los medios necesarios para permitir el acceso por medios electrónicos de forma permanente, fácil, directa y gratuita de la información referida a su nombre o denominación social; su residencia o domicilio, o, en su defecto, la dirección de uno de sus establecimientos permanentes en España; su dirección de correo electrónico y cualquier otro dato que permita establecer con él una comunicación directa y efectiva; así como los datos de su inscripción en el Registro a que se refiere el artículo 9 de la LSSICE; los datos de la autorización administrativa previa que permite su actividad; así como otros datos relativos a su profesión en caso de ejercer una profesión regulada. La obligación de facilitar esta información se entiende que se ha cumplido por el prestador cuando la incluye en su página o sitio de Internet en los términos anteriormente señalados. De tal forma, que se garantiza que, en caso de conflicto, se pueda identificar al prestador, y en consecuencia, se pueda cumplir de modo diligente la obligación de eliminar todo contenido ilícito o atentario al honor de determinada persona, evitando así contribuir a su difusión y su prolongación en el tiempo. Por otra parte, se impone un deber específico a los prestadores de servicios de intermediación de diligencia y colaboración, en el artículo 11, al establecer una serie de obligaciones de colaboración con las autoridades públicas para localizar e imputar responsabilidades a los autores de las actividades o contenidos ilícitos que se difundan por la red o para impedir que, estos se sigan divulgando. De todas formas, hay que destacar la posibilidad de establecer restricciones a la prestación de servicios y procedimientos de cooperación intracomunitarios, en el caso que un determinado servicio de la información atente o pueda atentar o vulnerar respecto a la dignidad de la persona. En tal caso, los órganos competentes para su protección, en el ejercicio de sus funciones que tengan legalmente atribuidas, podrán adoptar las medidas necesarias para que se interrumpa la prestación o para retirar los datos que los vulneren (art. 8 de la LSSICE).

En cuanto a la naturaleza de la responsabilidad atribuible a los prestadores de la sociedad de la información será la de una responsabilidad extracontractual

¹²⁶ TEJEDOR MUÑOZ, L., «*Hosting* o administradores de servicios de páginas web e intromisión al derecho al honor: la responsabilidad civil en el marco de la sociedad de la información», *op. cit.*, pág. 2909. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 18 de mayo de 2010 (La Ley 55546/2010); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10.ª, de 16 de julio de 2008 (La Ley 179186/2008); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 19.ª, de 3 de marzo de 2010 (La Ley 51161/2010); de Audiencia Provincial de Madrid, Sección 8.ª, de 8 de noviembre de 2010 (La Ley 240845/2010); y de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 8.ª, de 15 de julio de 2011 (La Ley 311714/2011).

por hecho ajeno en relación a los contenidos suministrados por los distintos usuarios que, ejercita el perjudicado frente a aquellos¹²⁷.

Ahora bien, en la citada regulación no existe referencia explícita a medidas específicas de control o supervisión de contenidos o instrumentos de búsqueda, cuando los usuarios sean menores de edad, salvo los denominados códigos de conducta voluntarios en los que se puede tener en cuenta para su elaboración la protección de menores y de la dignidad humana, pudiendo, como señala HERAS HERNÁNDEZ, en caso de ser necesario códigos específicos sobre estas materia *ex* artículo 18 de la LSSICE¹²⁸.

Por otra parte, sin ánimo de exhaustividad, el artículo 1903, apartado primero del Código Civil, regula la llamada responsabilidad civil por hecho ajeno en virtud de la cual ciertos sujetos responden civilmente por el hecho dañoso cometido por personas con las cuales les unen determinados vínculos de dependencia. Estamos ante una responsabilidad directa y no subsidiaria, al poder exigir directa y únicamente la reparación de los sujetos enumerados en el citado precepto, sin perjuicio de que las personas por las cuales se responde, puedan ser condenados conjuntamente con aquellos, con base en el artículo 1902 del Código Civil, siendo en tal caso la responsabilidad solidaria¹²⁹.

Entre las personas a las que se refiere el artículo 1903, se indica en su apartado segundo a los padres como responsables de los daños causados por sus hijos mientras se encuentren bajo su guarda. Se trata de una responsabilidad subjetiva o por culpa propia¹³⁰, en concreto por culpa *in vigilando* o *in custodiando*¹³¹ o *in educando*¹³²; en la que se responde por hecho ajeno estableciendo una *presunción iuris tantum* de culpa del que debe responder por otro¹³³; aunque los padres pueden exonerarse de responsabilidad si prueban que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, lo cierto es que, son escasas las resoluciones que admiten la prueba exonerativa, tendiendo actualmente hacia una cuasiobjetivación de la responsabilidad o la inserción de un matiz objetivo en

¹²⁷ HERAS HERNÁNDEZ, M.^a del M., «La protección jurídica del derecho al honor de los menores en Internet», *op. cit.*, pág. 24.

¹²⁸ HERAS HERNÁNDEZ M.^a del M., «La protección jurídica del derecho al honor de los menores en Internet», *op. cit.*, pág. 27.

¹²⁹ PEÑA LÓPEZ, F., «Comentario al artículo 1903 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinador: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 3.^a ed., Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, pág. 2158; DIEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. II (Tomo 2), 10.^a ed., Tecnos, Madrid, 2012, pág. 344. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de septiembre de 2006 (*RJ* 2006/6521); y de 13 de junio de 2007 (*RJ* 2007/3509).

¹³⁰ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, Sección única, de 29 de noviembre de 2000 (*AC* 2000/2417).

¹³¹ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de junio de 1980 (*RJ* 1980/2409); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 5.^a, de 25 de octubre de 1999 (*AC* 1999/8748); de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.^a, de 5 de diciembre de 2001 (*JUR* 2002/44482); y de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2.^a, de 4 de abril de 2002 (*JUR* 2002/163928).

¹³² Vid., las sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de marzo de 2000 (*RJ* 2000/1520); Sección 1.^a, de 8 de marzo de 2006 (*RJ* 2006/1076); y Sección 1.^a, de 10 de noviembre de 2006 (*RJ* 2006/7170); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8.^a, de 10 de diciembre de 2009 (*JUR* 2010/117452).

¹³³ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de enero de 1991 (*RJ* 1991/304).

dicha responsabilidad, pasando prácticamente a obedecer a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad¹³⁴. Los presupuestos para que tenga lugar la responsabilidad de los padres son: 1. Que el acto dañoso del hijo sea objetiva y comúnmente negligente; 2. Que los hijos se encuentren bajo su guarda¹³⁵; 3. La culpa de los padres que, responden solidariamente, sin impedir que uno de los padres pueda demostrar su ausencia de culpa¹³⁶. Si el régimen económico es de gananciales, los bienes comunes responden sobre la base de lo dispuesto en el artículo 1367 del Código Civil; si es el de separación de bienes, las obligaciones contraídas por cada cónyuge son de exclusiva responsabilidad (art. 1440.1 CC); la misma regla se aplica al régimen de participación de bienes por expresa remisión del artículo 1413, si bien el artículo 1426 permite que el cónyuge que pagó lo que ambos debieron hacer, ostente un crédito contra su consorte, que se computará en los respectivos patrimonios finales a la finalización del régimen¹³⁷.

Respecto de los tutores, procede declarar su responsabilidad cuando además de acreditar la efectiva constitución de la tutela, se demuestre la convivencia del tutor con el pupilo. Si hubiera más de un tutor viviendo en compañía del pupilo, habrá que estar al reparto de funciones entre ellos, y si éstas fuera indistintamente ejercitables por todos, la responsabilidad será conjunta¹³⁸.

En cuanto a los centros docentes de enseñanza no superior responden de los daños que causen los alumnos menores de edad cuando se encuentren bajo el control del profesorado desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias. Se trata de responsabilidad directa por culpa *in eligiendo* o

¹³⁴ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1.ª, de 27 de mayo de 1998 (AC 1998/5619); de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2.ª, de 26 de enero de 1999 (AC 1999/187); de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 4.ª, de 14 de marzo de 2000 (JUR 2000/182841); de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7.ª, de 19 de noviembre de 2001 (JUR 2004/33028); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.ª, de 31 de marzo de 2003 (AC 2003/1801); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18.ª, de 17 de mayo de 2005 (JUR 2005/166449); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10.ª, de 28 de septiembre de 2010 (JUR 2011/24867); y de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7.ª, de 23 de enero de 2012 (JUR 2012/171580).

¹³⁵ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 5.ª, de 30 de noviembre de 2002 (JUR 2002/64000).

¹³⁶ PEÑA LÓPEZ, F., «Comentario al artículo 1903 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 2158-2159; YZQUIERDO TOLSADA, M., «La responsabilidad civil de padres, tutores y guardadores por daños a terceros», en *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. VI, *Las relaciones paternofiliales (II). La protección penal de la familia*, directores: Mariano YZQUIERDO TOLSADA y Matilde CUENA CASAS, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2011, págs. 919 a 923; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «Comentario al artículo 1903 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por Cándido PAZ ARES, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Luis DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN y Pablo SALVADOR CODERCH, T. II, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 2011. Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de marzo de 1984 (RJ 1984/1193); y de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 2.ª, de 30 de junio de 2010 (JUR 2010/370378), responsabilidad solidaria de los padres del menor, en este último caso, consecuencia de acoso escolar.

¹³⁷ YZQUIERDO TOLSADA, M., «La responsabilidad civil de padres, tutores y guardadores por daños a terceros», *op. cit.*, págs. 925-926; PEÑA LÓPEZ, F., «Comentario al artículo 1903 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, T. IX, coordinador: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 13.011.

¹³⁸ PEÑA LÓPEZ, F., «Comentario al artículo 1903 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 2159.

*in vigilando*¹³⁹. En cuanto a la posibilidad de exonerarse mediante la demostración de una actuación diligente (art. 1903 último párrafo), el Tribunal Supremo, aunque ha ido agravando la diligencia exigible, no ha aplicado la doctrina del riesgo a este régimen de responsabilidad¹⁴⁰; incluso alguna vez se ha estimado la exoneración de responsabilidad por falta de culpa¹⁴¹. En todo caso, los deberes de vigilancia de los padres y tutores de sus hijos menores se traspasan a los centros docentes desde el momento de la entrada en el centro educativo hasta su salida del mismo al finalizar la jornada escolar¹⁴².

Finalmente, si el menor de edad sufre un daño en su intimidad, su honor o su propia imagen, puede reclamar la reparación del daño por sí o por sus representantes legales (art. 9.2 de la LO 1/1982 que, incluye además de la concreción de una serie de acciones para la tutela judicial de los derechos —acciones de cesación, de abstención, tutela cautelar— la obtención de indemnización de daños y perjuicios causados y la apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión)¹⁴³. Asimismo, en toda lesión de tales derechos hay daños morales indemnizables —además de los perjuicios materiales y económicos— siendo cuantificables por el juez ya que no son tangibles¹⁴⁴; de ahí que, para cuya valoración se atenderá a las circunstancias del caso, la gravedad de la lesión, teniendo en cuenta la difusión o audiencia del medio en que se ha producido, y el beneficio eventualmente obtenido por el causante de la vulneración¹⁴⁵. La indemnización corresponde al perjudicado, que es titular del derecho y en caso de que haya fallecido, se transmite a sus herederos. En todo caso, el deber de reparar el daño existirá tanto si el agresor es otro menor de edad como si se trata de un mayor de edad, y siendo aquél menor se podrá exigir responsabilidad, en los términos

¹³⁹ Vid., la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, de 4 de diciembre de 1995 (*RJ* 1995/9667); las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de junio de 1999 (*RJ* 1999/4286); y de 10 de abril de 2000 (*RJ* 2000/2358); las sentencias de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 5.ª, de 28 de abril de 2003 (*AC* 2003/1779); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14.ª, de 27 de octubre de 2005 (*AC* 2005/1977); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18.ª, de 11 de octubre de 2007 (*AC* 2007/2382); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10.ª, de 18 de diciembre de 2008 (*AC* 2009/124); y de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 6.ª, de 10 de julio de 2012 (*AC* 2012/1503) estas dos últimas por acoso escolar o *bullying*.

¹⁴⁰ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de octubre de 1995 (*RJ* 1995/7186); y de 10 de diciembre de 1996 (*RJ* 1996/8975), y la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1.ª, de 10 de junio de 2010 (*JUR* 2010/408508). Por su parte, la sentencia de este mismo Tribunal, de 5 de noviembre de 2004 (*RJ* 2004/6656), pese a que solventan el litigio sobre la base de la culpa, menciona, no obstante, la teoría del riesgo.

¹⁴¹ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de diciembre de 2001 (*RJ* 2001/30941).

¹⁴² Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Soria, de 10 de noviembre de 1999 (*AC* 1999/2508).

¹⁴³ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 15 de noviembre de 2012 (La Ley 195365/2012), señala que, el perjuicio se presume conforme a lo dispuesto en el artículo 9.3 LPDH.

¹⁴⁴ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14.ª, de 29 de noviembre de 2010 (La Ley 274756/2010); y de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4.ª, de 14 de mayo de 2012 (La Ley 131266/2012).

¹⁴⁵ GARCÍA SERRANO, F., «El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil», en *Anuario de Derecho Civil*, T. XXV 1972, pág. 807, define el daño moral como «aquel daño antijurídico, extrapatrimonial y no físico». Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 24 de noviembre de 2008 (La Ley 176077/2008).

vistos, a los padres, tutores y centros docentes. Por su parte, las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducan pasados cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas. El plazo se cuenta desde el momento en que el legitimado pudo ejercitarlas, lo que parece presuponer que se refiere al momento en que conozca la existencia de la lesión¹⁴⁶.

En todo caso, también se deben reparar los daños causados a los datos de carácter personal (art. 19 LOPD). Así, los responsables de los ficheros y los encargados de los tratamientos estarán sujetos al régimen sancionador establecido en los artículos 44 a 45 LOPD; y a tal efecto, la Agencia Española de Protección de Datos habrá de actuar cuando hay un tratamiento ilícito de datos personales del menor o de cualquier otra persona.

V. BIBLIOGRAFÍA

- CONTRERAS NAVIDAD, S.: *La protección del honor, la intimidad y la propia imagen en Internet*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2012.
- DE PRIEGO FERNÁNDEZ, V.: «La protección jurídica del derecho a la intimidad de los menores en la red», en *Los derechos de la personalidad de los menores y las nuevas tecnologías*, El Derecho, Madrid, 2012.
- DÍEZ GARCÍA, H.: «Comentario al artículo 162 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, T. II, director: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- HERAS HERNÁNDEZ, M.^a del M.: «La protección jurídica del derecho al honor de los menores en Internet», en *Los derechos de la personalidad de los menores y las nuevas tecnologías*, El Derecho, Madrid, 2012.
- YZQUIERDO TOLSADA, M.: «La responsabilidad civil de padres, tutores y guardadores por daños a terceros», en *Tratado de Derecho de Familia*, vol. VI, directores: Mariano YZQUIERDO TOLSADA y Matilde CUENA CASAS, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2012.
- GRIMALT SERVERA, P.: «Los menores e Internet: capacidad *versus* protección de la vida privada», en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Joaquín Rams Albesa*, Dykinson, Madrid, 2013.
- PEÑA LÓPEZ, F.: «Comentario al artículo 1903 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, T. IX, director: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- PIÑAR MAÑAS, J. L.: «Los menores y las redes sociales. La necesaria protección de la privacidad», en *Menores y Nuevas Tecnologías*, Tecnos, Madrid, 2012.
- TRONCOSO REIGADA, A.: «Redes sociales y protección de datos personales», en *Menores y Nuevas Tecnologías*, Tecnos, Madrid, 2012.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC de 2 de diciembre de 1988 (RTC 1988/231).
- STC de 14 de diciembre de 1992 (RTC 1992/223).
- STC de 15 de julio de 1999 (RTC 1347/1999).
- STC de 20 de mayo de 2002 (RTC 2002/12).

¹⁴⁶ DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 353.

- STS, Sala de lo Civil, de 11 de junio de 1990 (*RJ* 1990/4854).
- STS, Sala de lo Civil, Sección única, de 5 de junio de 2003 (*RJ* 200374456).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 3 de diciembre de 2009 (*RJ* 2010/268).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 16 de febrero de 2010 (*RJ* 2010/1782).
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 10 de febrero de 2011 (La Ley 1536/2011).
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 11 de junio de 2012 (La Ley 141282/2012).
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 18 de febrero de 2013 (La Ley 5157/2013).
- SAP de Cádiz, Sección 4.ª, de 3 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003/82012).
- SAP de Madrid, Sección 25.ª, de 24 de noviembre de 2004 (AC 2005/48).

RESUMEN

MENORES, INTERNET, DERECHO AL HONOR, INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIA, PROPIA IMAGEN, DATOS DE CARÁCTER PERSONAL, CONSENTIMIENTO, INTROMISIÓN

La protección de los derechos del menor al honor, intimidad y propia imagen frente a cualquier intromisión ilegítima, y la cesión o utilización ilícita de los datos de carácter personal en un entorno como internet es el objeto del presente estudio.

ABSTRACT

MINORS, INTERNET, RIGHT TO THE HONOR, PERSONAL INTIMACY AND FAMILY, OWN IMAGE, INTERFERENCE, ASSENT

The protection of the rights of the minor to the honor, intimacy and own image opposite to any illegitimate interference, and the transfer or illicit utilization of the information of personal character in an environment like Internet is the object of the present study.

EVOLUCIÓN DE LA SUPRESIÓN Y RESTRICCIÓN DEL DERECHO
DE VISITA DEL PROGENITOR NO CUSTODIO DESDE EL ESTUDIO
JURISPRUDENCIAL

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Profesora Contratada Doctora Acreditada a Titular
Derecho Civil. UCM

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. SUPRESIÓN Y RESTRICCIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS.—II. SUPRESIÓN POR PELIGRO REAL Y CONCRETO PARA LA SALUD FÍSICA, PSÍQUICA O MORAL DEL MENOR.—III. OTRAS CAUSAS PRÁCTICAS: LA FALTA DE VINCULACIÓN REAL EN LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES.—IV. LA ORIENTACIÓN SEXUAL DE UNO DE LOS PROGENITORES: ¿SUSPENDE O LIMITA EL RÉGIMEN DE VISITAS?—V. LOS INCUMPLIMIENTOS OBLIGACIONALES Y LA SUSPENSIÓN O LIMITACIÓN DEL DERECHO DE VISITAS: A) EL INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE VISITAS. B) EL DE LAS OBLIGACIONES ALIMENTICIAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS (POR ORDEN CRONOLÓGICO).—VIII. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN. SUPRESIÓN Y RESTRICCIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS

El artículo 94 del Código Civil hace referencia a aquellos progenitores que no tengan consigo (bajo su guarda y custodia) a los menores para establecer el derecho que les asiste a *visitarlos*. Dicho derecho sólo podrá ser limitado o suspendido cuando se dan graves circunstancias que así lo aconsejen.

En esos casos de *limitación o suspensión* está actuando como excepción a la regla general de carácter imperativo —el precepto emplea el término «gozará»—, en cuanto a las relaciones personales entre padres e hijos, y como toda excepción ha de ser cumplidamente probada¹.

Por otro lado, el artículo 160 del Código Civil contempla aquellos casos en que el padre o la madre no ejerzan la patria potestad, para reconocerles el *derecho a relacionarse* con sus hijos, lo que podrá *impedirse* si concurren justas causas².

El derecho de visitas debe estar subordinado al *interés y beneficio del menor*. Así se recoge en la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989. Su artículo 9, en relación con el 3, permite a los Tribunales decretar la separación del menor de sus padres, cuando, conforme a la Ley y procedimientos aplicables, tal separación sea necesaria, en interés

¹ Como ejemplo tenemos el supuesto de la supresión de la pernocta de la hija menor en el domicilio del padre dos días entre semana por suponer una custodia compartida *no acordada por los progenitores ni aconsejada por el equipo psicosocial del juzgado*. STS, Sala Primera de lo Civil, de 28 de septiembre de 2009, rec. 200/2006. Ponente: Encarnación Roca Trias. Número de sentencia: 614/2009. Número de recurso: 200/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 184085/2009.

² Tampoco podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados, según el citado precepto

superior del niño. En este sentido, la Ley Orgánica de 15 de enero de 1996, de Protección Jurídica del Menor, sienta como principio general la primacía del interés como superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir (arts. 2 y 11-2-a).

Principio que ha de ser respetado por todos los poderes públicos, padres, familiares y ciudadanos y sobre todo por los juzgadores, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del menor; evitando que pueda ser manipulado o sujeto de actuaciones reprobables, pues progresivamente, con el transcurso de los años³, se encontrará en condiciones de decidir lo que más pueda convenirle para su integración tanto familiar como social⁴.

El derecho de visitas ha de ceder ante los supuestos de presentarse peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor y en este sentido se ha pronunciado el Parlamento Europeo el 17 de noviembre de 1992, aunque con referencia a los divorcios de parejas europeas que no tuviesen la misma nacionalidad⁵, para establecer que el derecho de visitas ha de suspenderse cuando

³ En beneficio del menor y a la vista de los hechos probados, se atribuye un amplio régimen de visitas entre el progenitor no custodio y el hijo y elimina solamente una pernocta, lo que no es esencial en el régimen amplio de relaciones parentales que se fija, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el caso. Por ello, hay que entender que se ha aplicado correctamente el principio del interés del menor a los efectos de la determinación del régimen de las visitas y la Sala no puede entrar a juzgar sobre los criterios utilizados para su determinación cuando sean razonables y se ajusten a dicho interés. *En cualquier caso, se podrá pedir el cambio del régimen establecido inicialmente por medio del procedimiento de modificación de medidas, cuando sea conveniente para el interés del niño*». STS, Sala Primera de lo Civil, de 13 de julio de 2012, rec. 1148/2010. Ponente: Encarnación ROCA TRIAS. Número de sentencia: 499/2012. Número de recurso: 1148/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 134899/2012.

⁴ Reconocida la característica de orden público del interés del menor, «el problema procesal se plantea en torno al órgano que debe apreciar dicho interés, porque como señala la doctrina más autorizada, en esta cuestión, la discusión sobre si se ha aplicado o no la norma fundando la decisión en el interés del menor tiene aspectos casacionales, mientras que la delimitación de la realidad que determina en cada caso concreto cuál es el interés del menor, no los tendrá. Este Tribunal ha considerado que por tratarse de una facultad discrecional del juzgador, en el segundo aspecto no cabe impugnación casacional, a menos que en las actuaciones figuren “esas graves circunstancias que aconsejen otra cosa” (STS de 17 de julio de 1995), así como que “el interés superior del menor es un bien jurídico protegido en esta materia [la privación de la patria potestad], tal como se deriva de la Convención de 1989 y de la LO de 1996, y acreditado aquél en autos, no puede ser objeto de recurso de casación”». STS, Sala Primera de lo Civil, de 28 de septiembre de 2009, rec. 200/2006. Ponente: Encarnación ROCA TRIAS. Número de sentencia: 614/2009. Número de recurso: 200/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 184085/2009.

⁵ La STS de 9 de julio de 2002 (RJ 2002/5905) estableció que: «El derecho de visitas no debe ser objeto de interpretación restrictiva por su propia fundamentación filosófica y tratarse de un derecho que actúa válidamente para la reanudación de las relaciones entre los padres y los hijos, evitando rupturas definitivas o muy prolongadas por el tiempo, que resultan difíciles de recuperar. Este derecho sólo cede en caso de darse peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor (sentencias de 30-4-1991, 19-10-1992 [RJ 1992/8083] y 22-5 y 21-7-1993 [RJ 1993/6175]). En este sentido se pronunció el Pleno del Parlamento Europeo, el 17 de noviembre de 1992, con referencia a los casos de divorcio de las parejas europeas que no tuvieran la misma nacionalidad. Según la Cámara, la suspensión del derecho de visitas sólo ha de aplicarse si se pone con elevada probabilidad, directa y seriamente en peligro la salud física o psíquica del hijo y también si existe una resolución incompatible ya ejecutable al respecto».

se pone con elevada probabilidad directa y seriamente en peligro la salud del hijo en todas sus dimensiones y lo mismo si existe una resolución incompatible ya ejecutable al respecto⁶.

A fin de iniciar nuestro estudio jurisprudencial en relación con la supresión o eliminación del derecho de visitas, hay que indicar que este derecho está, a nuestro juicio, mal denominado. Como veremos a continuación, la filiación crea una serie de deberes-derechos genéricos derivados de la patria potestad⁷, que hace que el derecho de visita sea algo más profundo y continuado que lo que indica su denominación. Así los progenitores deben:

- *Velar por los hijos*, es decir, cuidar, vigilar y asegurarse del crecimiento del menor en todos los ámbitos (físico, intelectual y moral), donde no sólo es importante el derecho de visita sino la comunicación permanente con el hijo y con el otro progenitor. De modo que se exigirá del padre no custodio una necesidad de comunicación continua a fin de saber las necesidades del menor y comprobar que el proceso de desarrollo y desenvolvimiento del menor se produce correctamente en base también a la actuación del otro progenitor (que es el custodio)⁸.
- *Alimentar a los hijos menores* (art. 154 CC). Además se configura como obligación de todo progenitor independientemente de que ostente o no la patria potestad (arts. 110 y 111 CC). El posible incumplimiento de este deber lo analizaremos posteriormente.
- *Relacionarse con ellos*: el progenitor no custodio no solo deberá relacionarse con los hijos menores durante los periodos de convivencia que se establezcan entre ambos, sino también deberá comunicarse de forma permanente con ellos (carta, teléfono, mail...).

Cuestiones que han sido puestas de manifiesto por la SAP de Madrid, Sección 22.^a, de 11 de enero de 2013, que insiste en que el derecho de visita incluye además de la visita propiamente dicha, la comunicación y la convivencia, sin

⁶ Recordemos además que «la normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores, como se afirma en la STC 141/2000, de 29 de mayo, que lo califica como “estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional”, destacando como relevantes a estos efectos la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 1989, ratificada por España en 1990, la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (Resolución A 3-0172/92, de 8 de julio) y la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor». Como dice la STS, Sala Primera de lo Civil, de 28 de septiembre de 2009, rec. 200/2006. Ponente: Encarnación ROCA TRIAS. Número de sentencia: 614/2009. Número de recurso: 200/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 184085/2009.

⁷ En torno a este tema, ver: AGUILERA RODERO, Juan, «El progenitor no custodio ante el ejercicio de la patria potestad», en *Diario La Ley*, núm. 7826, Sección Doctrina, de 27 de marzo de 2012, año XXXIII, Ref. D-134, Editorial LA LEY. LA LEY 2852/2012.

⁸ STS de 2 de julio de 2004 (LA LEY 1714/2004), al señalar que «es deber de los padres el de velar por sus hijos sujetos a la patria potestad, deber que no cesa por la atribución de la guarda y custodia al otro padre en procedimiento matrimonial; por ello, la adopción del progenitor separado de sus hijos de medidas dirigidas a comprobar que estos hijos se encuentren correctamente atendidos por aquel a cuya guarda y custodia han sido confiados, encuentran plena justificación ya que, en otro caso, el padre o madre separado de sus hijos se vería imposibilitado de cumplir con este deber impuesto por la patria potestad de la que no ha sido privado».

que pueda constituir una excusa a través de la cual se proyecten las tensiones, enemistades y discrepancias entre los padres, puesto que su fin no es otro que el de facilitar de manera real y posible los contactos entre el progenitor no custodio y sus hijos, exigiéndose una colaboración entre ambos progenitores presidida por el principio de la buena fe⁹.

Como todas las cuestiones referidas al Derecho de Familia, el derecho de visitas también está en continua evolución. Además, el progresivo aumento en la práctica de la figura de la custodia compartida tiene como ventaja real que según como se configuran los periodos de custodia se podría suprimir el régimen de visitas y consecuentemente el problema que vamos a estudiar a continuación, pues origina numerosos conflictos y desavenencias entre las partes y siempre en detrimento del menor¹⁰.

Pero también haremos hincapié en que la tendencia actual con la asunción de roles diferentes por parte de ambos progenitores (y la madurez de la sociedad en estos temas) está en la práctica modificando la realidad de este derecho, pues las nuevas vías que se abren tienden a suprimir toda referencia al tradicional derecho de visita (por ejemplo, la custodia compartida o la posibilidad de ser designado el padre como progenitor custodio). Esto implica además que atrás quedan muchos de los problemas iniciales de los años noventa en torno a este derecho¹¹.

Por otro lado, la Administración, consciente de los numerosos problemas existentes, ha creado unos mecanismos que facilitan el derecho de visita en supuestos especiales, uno de ellos son los Puntos de Encuentro Familiar, que facilitan la práctica real del derecho¹².

⁹ SAP de Madrid, Sección 22.ª, de 11 de enero de 2013, rec. 1564/2011. Ponente: María del Rosario HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ. Número de sentencia: 10/2013. Número de recurso: 1564/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 7505/2013.

¹⁰ GODOY MORENO, A., «La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternada», en *Diez años de Abogados de Familia*, LA LEY, Madrid, 2003, págs. 318 y sigs.

PASTOR VITA, Francisco Javier, «Una primera aproximación al Proyecto de Ley de reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio», en *Diario La Ley*, núm. 6235, Sección Doctrina, de 20 de abril de 2005, Ref. D-93, Editorial LA LEY. LA LEY 1096/2005.

¹¹ CARRETERO SÁNCHEZ daría una nueva redacción del artículo añadiendo un nuevo párrafo del tenor siguiente: «El juez podrá también privar de la custodia de los hijos menores o incapacitados al cónyuge titular de la misma cuando incumpliera o perturbara dos o más veces el derecho de visita del otro cónyuge. En estos casos, la custodia pasará automáticamente al cónyuge privado del derecho de visita, salvo que el juez, en resolución motivada, atribuyera la custodia a otro pariente o a un extraño». Con ello se evitará la situación actual del derecho de visita, institución que sirve para que los progenitores transmitan su mutuo rencor a los hijos menores utilizándolas y convirtiéndolas en víctimas de su fracaso (CARRETERO SÁNCHEZ, Adolfo, «El nuevo planteamiento del derecho de visita», en *Diario La Ley*, 1994, pág. 1020, tomo 2, Editorial LA LEY. LA LEY 13053/2001).

¹² La creación de PEF obedeció inicialmente a la necesidad de contar con un recurso social apto para garantizar la efectividad del régimen de visitas en casos de grave conflicto entre los progenitores. Además, la introducción de la prohibición de aproximación a la víctima en la lucha contra la violencia doméstica y de género ha disparado el número de derivaciones al PEF para la implementación del régimen de visitas reconocido al agresor. Ello ha provocado una masiva utilización judicial de los PEF que justifica sobradamente el análisis de su problemática (vid. GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, «Algunas consideraciones sobre el régimen de visitas, los puntos de encuentro familiar y la orden de alejamiento», en *Diario La Ley*, núm. 6998, Sección Doctrina, de 28 de julio de 2008, año XXIX, Ref. D-238, Editorial LA LEY. LA LEY 38862/2008).

A continuación vamos a analizar, desde el punto de vista de las resoluciones judiciales, cuáles son las circunstancias graves que aconsejan limitar o suspender el derecho de visita.

II. SUPRESIÓN POR PELIGRO REAL Y CONCRETO PARA LA SALUD FÍSICA, PSÍQUICA O MORAL DEL MENOR

En el supuesto de que el progenitor no custodio se encuentre incurso en un *procedimiento penal por violencia de género*, el ejercicio del régimen de visitas del progenitor imputando o ya condenado presenta numerosos problemas que van surgiendo al hilo de la realidad práctica y que han sido tratados por la Jurisprudencia como ha recogido GUTIÉRREZ ROMERO¹³.

Así, la jurisprudencia posibilita la supresión o restricción del régimen de visitas en los casos de violencia de género, cuando, por ejemplo,

- El padre ha incumplido los deberes inherentes a la patria potestad, como son velar por los hijos, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, por lo que debe ser *privado totalmente de su potestad*¹⁴.

¹³ GUTIÉRREZ ROMERO, Francisco Manuel, «Incidencias de la violencia de género en el Derecho de Familia: especial tratamiento del régimen de visitas», en *Diario La Ley*, núm. 7480, año XXXI, de 1 de octubre de 2010, Ref. D-291, Editorial LA LEY.

¹⁴ SAP de Zaragoza, Sección 4.ª, de 5 de febrero de 2002, rec. 216/2001. Ponente: José Javier SOLCHAGA LOITEGUI. Número de sentencia: 71/2002. Número de recurso: 216/2001. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 28483/2002.

Que va más allá y establece la privación de la patria potestad y de las visitas, respecto del padre ante su carácter violento, las agresiones y amenazas proferidas por éste a la madre en presencia de sus hijos, las cuales continuaron tras la separación. «De lo actuado en el procedimiento entendemos acreditado que Herminia T. A. convivió como pareja con José María D. durante siete años, de cuya unión nacieron Mónica y Juan José, que cuentan en la actualidad con diez y siete años de edad.

En los años de convivencia, tanto Herminia como sus hijos fueron sometidos a episodios de violencia física y amenazas, como a cambios continuos de domicilio, motivados por los conflictos vecinales y laborales provocados por el señor D., que terminó por abandonar sistemáticamente sus respectivos trabajos, lo que creó en la familia una situación de inestabilidad y precariedad económica, así como absentismo escolar en los menores, ya que Mónica a los cuatro años de edad no se hallaba escolarizada.

En abril de 1994, tras uno de los episodios de violencia referidos, el señor D. abandonó la finca en la que trabajaba de pastor y vivía con la familia, dejando a Herminia que contaba con veintidós años de edad y a Mónica y Juan José de cuatro años y dieciocho meses, respectivamente, totalmente desasistidos, siendo acogidos durante unos días por la familia para la cual había trabajado, pasaron posteriormente y a través del Servicio Social de Base de Ariz a la Casa de Acogida para mujeres maltratadas del Ayuntamiento de Zaragoza.

Las agresiones y amenazas del señor D. han continuado pese a la separación, extendiéndose a otros miembros de la familia de Herminia T., como queda acreditado a través de la testifical practicada.

En la actualidad, la situación de los menores se encuentra normalizada, gozan de seguridad económica y afectiva, que no conviene alterar, así, según informe efectuado por la psicóloga, Mónica presenta pequeños pero intensos recuerdos de vivencias de agresión y tensiones unidas al recuerdo que tiene de su padre, que le provocan angustia y rechazo.

- El padre es condenado por *sentencia penal firme* por haber causado lesiones al hijo, acordándose la *suspensión* del régimen de visitas¹⁵.
- El padre se halla en prisión y además existe un informe psicosocial que desaconseja que los menores visiten a su padre en el centro penitenciario por considerarla perturbadoras para el desarrollo de su personalidad, y por ello se suspende el régimen de visitas¹⁶.
- El progenitor no custodio es alcohólico y se suspende el régimen de visitas¹⁷.

Juan José, por el contrario, no tiene ningún recuerdo de su padre biológico, presentando un fuerte vínculo afectivo hacia el compañero de su madre. Por tanto, la irrupción del padre biológico con toda la problemática que arrastra consigo, solo lograría desestabilizar, la situación que la madre ha creado durante estos años.

Pese a los esfuerzos, efectuados por el señor D. y su familia, para demostrar su interés por los menores, véase procedimiento 176/95 del Juzgado número 2 de Calatayud, en demanda de guarda y custodia sobre los mismos, cuentas abiertas en Argentina por la abuela, Ana D., a favor de sus nietos, de fechas 21 de diciembre de 1999 y 6 de agosto de 1999, entendemos que el señor D. ha incumplido los deberes inherentes a la patria potestad, como son velar por los hijos, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, por lo que debe ser privado totalmente de su potestad».

¹⁵ STS, Sala Primera de lo Civil, de 21 de noviembre de 2005, rec. 5030/2000. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de sentencia: 903/2005. Número de recurso: 5030/2000. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 10112/2006. En ella se dice que: «Aquí tenemos una sentencia firme penal condenatoria que vincula a la Jurisdicción Civil en cuanto a los hechos declarados probados (sentencias de 26-9-1994, 28-3-1996 y 31-10-1998) y los mismos ponen bien de manifiesto la conducta agresiva y violenta del padre hacia el hijo y con ello el peligro que para éste puede suponer mantener relaciones personales en los actuales momentos, al concurrir tanto graves circunstancias como justas causas para poder decretar la suspensión del derecho de visita, respecto a lo cual los juzgadores gozan de amplias facultades discrecionales, que aquí no se establece con carácter definitivo para dejar abierta su modificación según las circunstancias futuras concurrentes».

¹⁶ SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 7 de febrero de 2000, rec. 829/1999. Ponente: José M.^a BACHS ESTANY. Número de recurso: 829/1999. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 31669/2000. Tras el internamiento en prisión del padre de los menores y existencia además, de drogodependencia, son los propios hijos los que muestran reticencias a visitar al padre en prisión. Escasez de visitas a los hijos en los últimos años, y cuando éstas se produjeron fueron psicológicamente perjudiciales para los menores. Posibilidad de reanudación de las relaciones, una vez haya cumplido sus actuales condenas y rehabilitado de su dependencia de la droga.

En su fallo se acuerda «la suspensión de presente de las visitas y contactos entre el demandado y sus hijos, en el sentido de que procede establecer que, para cuando salga en libertad definitiva, siempre y cuando se constate merced a un seguimiento del SATAV que se halle rehabilitado de su tóxicodependencia y se esté en condiciones —que ello no perjudique a los menores, no les resulte traumático y se haya trabajado la situación con colaboración de ambos— se instaurará un régimen progresivo de encuentros primero y de visitas después, que deberá cumplimentarse en ejecución de sentencia cuando se reúnan todas estas condiciones».

¹⁷ SAP de Cuenca de 3 de febrero de 1999: «Para ello tuvo en cuenta el juzgador el informe de la Unidad de Salud Mental Infanto-juvenil acerca del alcoholismo del ahora recurrente, informe ciertamente escueto y no apoyado en oportuno seguimiento del interesado, y sobre todo, en los resultados de la exploración de los menores Yésica y Gabriel, lo que conduce al juez a la necesidad en que se encuentra de acordar el mantenimiento de la suspensión del derecho de visitas, si bien articulando las condiciones para que en ejecución de sentencia se restablezca la relación paterno-filial».

- El *padre tiene una patología mental* que afecta directamente a su capacidad para hacerse cargo del cuidado de sus hijos y se suspende el derecho de visita¹⁸.
- El *padre es drogadicto* y tras previo informe psicológico se limita el derecho de la visita sin pernocta¹⁹.
- El padre al estar *incurso en un proceso penal por malos tratos*, ha mantenido poco contacto con sus hijos y en interés del menor ha ido estableciéndose progresivamente un régimen de visitas²⁰.

Por otro lado, hay Resoluciones de las Audiencias Provinciales donde, pese a la concurrencia de condenas por malos tratos, no suprime, ni restringe, el derecho de visitas del condenado, sino que por el contrario *se alientan en interés del menor*, resoluciones judiciales que comienzan a despuntar a comienzos de siglo:

En la SAP de Albacete, Sección 1.^a, de 28 de abril de 2005, el padre presenta *problemas con el alcohol, tiene esquizofrenia paranoide y envía mensajes amenazadores al móvil de la madre, lo cual no prueba que afecte a sus deberes como padre*, pues «estando la enfermedad del padre actualmente controlada, no hay razones para privarle del contacto con su hijo, aunque la Sala considera oportuno introducir una cautela adicional: exigir al demandante que acredite

¹⁸ SAP de Barcelona, Sección 1.^a, 11 de febrero de 1999, psicosis maníaco depresiva; SAP de Barcelona, Sección 12.^a, 19 de junio de 2002: «El perito también expuso que el informado no tiene consciencia de su naturaleza y está en la creencia que las relaciones con su hijo son muy buenas. Su padecimiento le priva de capacidad crítica y su inmadurez le impide tener consciencia del límite entre lo correcto y lo incorrecto, y le conduce a un comportamiento a veces irresponsable, precisando de un tratamiento psicoanalítico».

¹⁹ SAP de Cuenca, de 7 de julio de 1999, rec. 362/1998. Ponente: Leopoldo PUENTE SEGURA. Número de recurso: 362/1998. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 107240/1999. En este supuesto ambos padres han sido adictos a las drogas, pero actualmente la madre está rehabilitada. No obstante la hija mayor se niega a convivir con su padre. «El juzgador de instancia ha resuelto suspender las visitas con pernocta y limitarlas a los días domingo de cada semana, de diez de la mañana a ocho de la tarde, resolución que nos parece medida y perfectamente ajustada a lo que se juzga como el preferente interés de las menores en este caso. No obstante, también compartimos los razonamientos del juzgador de instancia en el sentido de que, precisamente, en esas visitas dominicales que van a seguir manteniéndose, es donde podrán potenciarse las hoy delicadas relaciones entre padres e hijas y conforme conviene a los deseos del padre y a la conveniencia de las propias menores, acaso no esté lejano el día en que el régimen de visitas que ahora se confirma pueda ser ampliado de forma notable, sin necesidad de violentar los deseos de las menores y desde luego y sobre todo, sin poner en riesgo el mejor desarrollo de su propia personalidad».

²⁰ SAP de Granada, Sección 5.^a, de 25 de enero de 2008, rec. 522/2007. Ponente: José MALDONADO MARTÍNEZ. Número de sentencia: 30/2008. Número de recurso: 522/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 144900/2008, indica que: «Considerándose por esta Sala ajustada a los mismos el progresivo régimen de visitas establecido, sobre la base de las indicaciones del informe psicosocial, dadas las nulas relaciones entre progenitor y su hija y la necesidad de que la menor cuente con la referencia paterna. El temor que puede abrigar la recurrente, dada la conducta previa del demandado, no ha dejado de tenerlo en cuenta la juzgadora de instancia, y de ahí la inicial limitación de las visitas a hora y media semanal los viernes progresivamente ampliada si la supervisión de los profesionales que las controlan evidencia un beneficio para el menor, hasta llegar a un régimen normalizado si se confirma la evolución favorable y supeditada a un procedimiento de modificación. Es un régimen prudente y equilibrado que debe ser mantenido en sus propios términos no procediendo pues la suspensión del mismo por el momento y sin perjuicio de los resultados de su evolución».

a satisfacción del responsable del “Punto de Encuentro” y mediante certificado emitido por el centro sanitario público donde se le atienda, que ha seguido el tratamiento psiquiátrico que le haya pautado durante el mes anterior a la visita, y que su enfermedad está compensada. Con ello se evitan los posibles peligros que las visitas pudieran entrañar para el menor»²¹.

En la SAP de Valencia, Sección 10.ª, de 29 de junio de 2004, el padre tenía un amplio historial delictivo, había sido condenado por maltrato de obra y amenazas a la madre e incumplir las obligaciones de carácter económico, *aunque al probarse que haya perpetrado conductas específicamente lesivas para el interés de los hijos no se le priva de la patria potestad. Ni se restringe o suprime el derecho de visita*²².

La SAP de Murcia, Sección 5.ª, de 2 de marzo de 2001, *estableció un régimen de visitas a favor de un padre que asesinó al compañero sentimental de la madre en presencia del hijo*. En la sentencia se dice que «el contacto del hijo con el padre ha de ser beneficioso para el mismo en cuanto aceptación de la realidad y el percibo del cariño y la atención del otro progenitor... en todo caso, los encuentros entre padre e hijo deben ser paulatinos». De hecho establece como régimen de visitas todos los domingos alternos desde las 9,00 horas de la mañana a las 9,00 horas de la noche, en que el padre podrá de esta forma verse con su hijo un domingo sí y otro no, durante todo el día en que podrá recogerlo y estar con él durante toda la jornada²³.

²¹ SAP de Albacete, Sección 1.ª, de 28 de abril de 2005, rec. 71/2005. Ponente: Manuel MATEOS RODRÍGUEZ. Número de sentencia: 113/2005. Número de recurso: 71/2005. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 95218/2005.

²² La madre solicita que se suspenda el ejercicio de la patria potestad del padre en base a su historial delictivo en el que consta una condena por robo y hurto de uso de vehículos, otra por conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y por negativa a someterse a pruebas de alcoholemia, así como una condena por dos faltas de maltrato de obra y amenazas a la actora.

Pero la AP entiende que como «no se comprueba que haya perpetrado conductas específicamente lesivas para el interés de su hijo, y por lo tanto, estos hechos no revisten la gravedad necesaria para desencadenar la consecuencia jurídica pretendida por la demandante».

Sin embargo, el dato reconocido por el padre consistente en que hace siete u ocho meses que no ve a su hijo, y la necesidad de distribuir mejor entre los dos progenitores los periodos de ocio del menor, aconsejan por un lado, no permitir al demandado la relación con su hijo en los periodos vacacionales, pues la relación en estos periodos prolongados no casa bien con que el niño no duerma en el domicilio de su padre en los fines de semana, y por otro, acordar que los contactos en los fines de semana tengan lugar con carácter alterno, porque de esta manera la madre podrá estar con su hijo en fines de semana.

Medidas que se establecen sin perjuicio de que a la vista del *fortalecimiento de los vínculos paterno-filiales, al que sin duda ayudará tanto el cumplimiento de sus obligaciones económicas como el respeto a las normas penales, pueda en el futuro intensificarse la relación paterno-filial*.

SAP de Valencia, Sección 10.ª, de 29 de junio de 2004, rec. 437/2004. Ponente: Carlos ESPARZA OLCINA. Número de sentencia: 417/2004. Número de recurso: 437/2004. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 153078/2004.

²³ SAP de Murcia, Sección 5.ª, de 2 de marzo de 2001, rec. 269/2000. Ponente: Matías Manuel SORIA FERNÁNDEZ-MAYORALAS. Número de sentencia: 57/2001. Número de recurso: 269/2000. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 48813/2001. En el momento del examen por la AP del caso «el menor acaba de cumplir doce años, ha manifestado su deseo de no ver al padre. Pero no es menos cierto que el día en que ocurrieron los hechos del asesinato del compañero de su madre, el menor se encontraba con el padre. Y cuando la madre acudió con el amigo con la pretensión de llevarse al menor el hijo exteriorizó su deseo de permanecer con su padre lo que demuestra que en aquellos momentos existía una buena sintonía

En otras ocasiones, son los *menores quienes rechazan tener contacto con el progenitor no custodio*, padeciendo síntomas ansioso-depresivos, con problemas de insomnio, alimentación, falta de concentración, bajo rendimiento escolar, angustia. Pero en tales casos, como así se indica por la SAP de Guadalajara, teniendo en cuenta la actual situación del menor, se establece un régimen de visitas supervisado a realizar en el Punto de Encuentro, por ser un entorno que ofrece seguridad al niño y que a la vez dispone de profesionales que pueden colaborar para conseguir la normalización de la relación paterno-filial; proponiendo además un régimen progresivo de las visitas, hasta que el menor supere el sentimiento de rechazo hacia su padre²⁴.

Todo ello porque el TS insiste en que en interés del menor, se acuerda mantener el régimen de visitas señalado, condicionándolo a los resultados del programa de seguimiento psicológico de las relaciones paterno filiales (vid. STS, Sala Primera de lo Civil, de 12 de julio de 2004)²⁵.

Más innovadora resulta la SAP de Asturias, Sección 7.ª, sentencia de 11 de marzo de 2013, que además de no suprimir el régimen de visitas con el padre,

entre padre e hijo. Y que tras el ingreso en prisión del padre se ha producido una larga separación entre ambos. Conocido es la necesidad de la figura del padre en la educación de los hijos, siempre que aquella no consista en una malévola influencia, que no cabe esperar del padre en este caso, ya que su ingreso en prisión, ha sido por un hecho puntual relativo a la situación conyugal y no por una habilidad delictiva. Y por otro lado, la larga separación entre hijo y padre, y la influencia de la madre a tan corta edad, determina que la manifestación del hijo de no desear ver a su padre, deba acogerse como encuadrada en dichas circunstancias.

Dicho lo anterior, pensamos, que el contacto del hijo con el padre, ha de ser beneficioso para el mismo, en cuanto aceptación de la realidad y el percibo del cariño y la atención del otro progenitor. Y ello solo puede tener valor, si se reanuda la relación lo antes posible, pues este es el momento en el que cabe adoptar disposiciones sobre los hijos, aun en contra de la voluntad de los mismos, pensando siempre en su beneficio. Porque luego más tarde, ya serán ellos los que decidirán por sí mismos».

²⁴ Es el supuesto tratado en la SAP de Guadalajara, de 11 de mayo de 2006 que, tras apreciar dichos síntomas en el menor que repercuten en su estabilidad emocional, descartar la existencia de manipulación por parte de la madre y la constatación por el equipo psicossocial, acuerda suspender el régimen de visitas.

Pero previamente había señalado que «el derecho de visitas, pues, no debe ser objeto de interpretación restrictiva y sólo debe ceder en caso de darse peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor (SSTS de 30-4-1991, 22-5 y 21-7-1993); habiendo señalado la STS de 19 de octubre de 1992, que el derecho de visitas del cónyuge separado constituye continuación o reanudación de la relación paterno-filial, evitando la ruptura por falta de convivencia, de los lazos de afecto que deben mediar entre ellos, argumentos que sólo ceden en caso de peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del hijo, sin que para privar de este régimen de visitas quepa utilizar (añade el TS) la inconciliable postura de enfrentamientos de la pareja; de semejante tenor STS 720/2002, de 9 de julio, al señalar que el artículo 160 del Código Civil establece el derecho del padre o de la madre a relacionarse con sus hijos, aunque no ejerzan la patria potestad, añadiendo que dicho precepto resulta imperativo al declarar que no podrán impedirse las relaciones personales sin justa causa y al tiempo, en caso de conflicto, se autoriza a los jueces a resolver lo más conveniente, atendiendo a las circunstancias». SAP de Guadalajara, sentencia de 11 de mayo de 2006, rec. 130/2006. Ponente: María Ángeles MARTÍNEZ DOMÍNGUEZ. Número de sentencia: 79/2006. Número de recurso: 130/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 54720/2006.

²⁵ STS, Sala Primera de lo Civil, de 12 de julio de 2004, rec. 4793/1999. Ponente: José Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL. Número de sentencia: 653/2004. Número de recurso: 4793/1999. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 163830/2004.

en base a que debe establecerse un modo en el que la figura paterna pueda estar presente en la vida del hijo y éste en la de aquél. Insiste en que al tener el hijo una hermana menor fruto de un segundo matrimonio del progenitor común, con la que debe relacionarse no solo por los lazos biológicos que les unen, sino porque su interés, que este aspecto debería ser coincidente con el de la madre, lo aconseja toda vez que ello contribuirá al *desarrollo integral de ambos hermanos*²⁶.

III. OTRAS CAUSAS PRÁCTICAS: LA FALTA DE VINCULACIÓN REAL EN LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES

Ya hemos indicado cómo será el juez o tribunal, quienes por imperativo legal (art. 94 CC) concretarán en cada supuesto la limitación o supresión del derecho de visita cuando se den graves circunstancias que así lo aconsejen, o simplemente como vamos a ver a continuación, *cuando la realidad práctica de ambas partes imposibiliten las relaciones personales entre padres e hijos*.

Así, la SAP de Valencia, Sección 10.^a, de 17 de enero de 2013, ante *la falta de vinculación paterno-filial* suspende el régimen de comunicación de la hija con su padre, tanto respecto a las vacaciones escolares como a los fines de semana, por ser lo más beneficioso para la menor. Teniendo en cuenta esta falta de vinculación, el juez considera desaconsejable mantener el régimen de visitas en su día establecido *hasta que* las pruebas periciales consideren apropiado reanudar el contacto²⁷.

La SAP de Asturias, Sección 4.^a, de 8 de marzo de 2013, suprime el régimen de visitas del padre biológico del menor por el *cambio de residencia del progenitor no custodio a Canadá*. El demandado carece de cualquier relación con sus hijos desde hace más de cinco años. Aun en el hipotético supuesto de que reapareciera y pretendiese reanudar la relación con sus hijos, ésta debería ser de forma progresiva y tutelada pues es un auténtico desconocido para los menores²⁸.

La SAP de Murcia, Sección 4.^a, de 17 de enero de 2013, modifica el régimen de visitas fijado en la sentencia de divorcio por alteración sustancial de las circunstancias, señalándose que será el que libremente acuerden el progenitor no custodio y su hija, estableciéndose uno de carácter supletorio en caso de desacuerdo aunque limitado temporalmente hasta que la hija cumpla catorce años, siendo ésta la edad que, con carácter general y en atención al grado de madurez del menor, se establece para otorgar viabilidad a la libre voluntad de los hijos.²⁹

²⁶ SAP de Asturias, Sección 7.^a, sentencia de 11 de marzo de 2013, rec. 575/2012. Ponente: Paz FERNÁNDEZ-RIVERA GONZÁLEZ. Número de sentencia: 115/2013. Número de recurso: 575/2012. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 33416/2013.

²⁷ SAP de Valencia, Sección 10.^a, de 17 de enero de 2013, rec. 1289/2011. Ponente: Motta José Enrique DE GARCÍA-ESPAÑA. Número de sentencia: 33/2013. Número de recurso: 1289/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 24410/2013.

²⁸ SAP de Asturias, Sección 4.^a, de 8 de marzo de 2013, rec. 51/2013. Ponente: María Nuria ZAMORA PÉREZ. Número de sentencia: 89/2013. Número de recurso: 51/2013. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 33015/2013.

²⁹ SAP de Murcia, Sección 4.^a, de 17 de enero de 2013, rec. 1162/2012. Ponente: Carlos MORENO MILLÁN. Número de sentencia: 22/2013. Número de recurso: 1162/2012. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 5800/2013.

IV. LA ORIENTACIÓN SEXUAL DE UNO DE LOS PROGENITORES: ¿SUSPENDE O LIMITA EL RÉGIMEN DE VISITAS?

Ya hemos indicado que sólo se producirá la supresión o restricción de las visitas si el juez considera que el supuesto en concreto es grave. Cabe preguntarse si la orientación sexual —o el cambio de la misma— de uno de los progenitores conformarían un supuesto grave, y consiguientemente suspendería el derecho de visitas y en tal caso se iría en contra del principio de igualdad por razón de sexo (art. 14 CE)³⁰.

El caso fue estudiado por el TC, que se centró en un supuesto concreto, como fue el de la transexualidad del padre. Ante esta situación, el menor pudo sentir confusión, sorpresa... al ver cómo su padre se transformaba en «otra persona», con una identidad sexual diferente a la que hasta ese momento había poseído³¹.

El derecho fundamental del progenitor podría afectar al desenvolvimiento de las relaciones paterno-filiales, y repercutir negativamente en el desarrollo de la personalidad del menor. No olvidemos que siempre se considera como prioritario el *favor filii* (ya que el menor es la parte más débil), lo cual, a su vez, implicaría que el progenitor vería limitado su derecho de visita.

No obstante, dentro del derecho más amplio de comunicación que permite el derecho de visitas y los medios actuales de comunicación (móvil, wassap, mail...) permitiría que las relaciones paterno-filiales continuasen, al menos inicialmente y el choque sería menos traumático en el menor, pues recordemos que la feminización del transexual puede crear un trauma en el niño.

El supuesto fue estudiado en 2008 y se determinó la restricción del régimen de visitas, pero que no se produjo como resultado de la transexualidad del progenitor, sino por la situación de *inestabilidad emocional* por la que éste atravesaba, «pues no cabe duda que un cambio de sexo comporta una serie de transformaciones tanto a nivel físico cuanto psíquico, lo cual es innegable y puede, efectivamente, repercutir en la estabilidad emocional y afectiva del hijo menor de seis años y la etapa evolutiva en la que se encuentra».

Esto concluye que la orientación sexual de los progenitores no siempre va a constituir un riesgo relevante para el hijo, pero si la inestabilidad emocional del progenitor no custodio.

³⁰ ROMERO COLOMA, Aurelia María, «Transexualidad del progenitor y derecho de visitas, sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de diciembre de 2008 y las limitaciones al derecho de visitas», en *Diario La Ley*, núm. 7471, Sección Tribuna, de 20 de septiembre de 2010, año XXXI, Ref. D-276, Editorial LA LEY. *Abogados de Familia*, núm. 58, Sección Tribuna Abierta, cuarto trimestre de 2010, Editorial LA LEY. LA LEY 3990/2010.

³¹ ROMERO COLOMA, Aurelia María («Transexualidad del progenitor y derecho de visitas», en *Diario La Ley*, núm. 7471, año XXXI, 20 de septiembre de 2010, Ref. D-276, Editorial LA LEY, *Abogados de Familia*, núm. 58, cuarto trimestre de 2010, Editorial LA LEY) e IGLESIA MONJE, María Isabel DE LA («Transexualidad y restricción del régimen de visitas», en *RCDI, Sección: Análisis Crítico de jurisprudencia. Derecho Civil*, 2009, núm. 713, págs. 1518-1524 - Vlex: 58031144).

V. LOS INCUMPLIMIENTOS OBLIGACIONALES Y LA SUSPENSIÓN O LIMITACIÓN DEL DERECHO DE VISITAS

A) EL INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE VISITAS

El incumplimiento del derecho-deber de visitas surge si se obstaculiza, se impide o si no se realizan las visitas pactadas de acuerdo al régimen. Puede haber cumplimiento defectuoso si no se van los días pactados, o si se «devuelve al menor» al progenitor custodio antes del tiempo estipulado, o si se va tarde a recogerle, o si se le deja en manos de terceros, o lo desatienda.

La cuestión a dilucidar es si tales incumplimientos darán lugar o no a la supresión o suspensión del derecho de visitas (siempre que no haya causa que justifique tales actuaciones, obviamente). Incumplimientos que pueden derivar en una responsabilidad civil con derecho a indemnización o a sanción³².

ROMERO COLOMA considera que en tales casos hay un abuso de derecho, esto es, un abuso del ejercicio del régimen de visitas, ya que se sobrepasan manifiestamente los límites normales del ejercicio de este derecho. Pero si ese ejercicio abusivo, «se sitúa dentro del ámbito o del marco de lo antijurídico, al ser muy manifiesto, en la práctica forense hay que hablar ya de un auténtico y verdadero incumplimiento»³³.

Los efectos de estos incumplimientos producen una frustración e incluso un daño en el menor en vez de ser un enriquecimiento desde el punto de vista personal, humano, en el marco de las relaciones paterno-filiales para ambos.

Cabía preguntarse si en relación con estos incumplimientos, y el nacimiento del Síndrome de Alienación Parental daría lugar a la supresión del régimen de visitas, por el juez³⁴. Pensemos que, cuando hay un incumplimiento en el marco de las obligaciones paterno-filiales, lo lógico es establecer una sanción para esa

³² ROMERO COLOMA propone la posibilidad de acudir al artículo 776.2 LEC, que establece que en los supuestos de incumplimiento de obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo, no procederá la sustitución automática por el equivalente pecuniario previsto en el apartado 3 del artículo 709 LEC, pero sí la imposición de multas coercitivas. Recoge el Auto de la AP de Barcelona, de 14 de junio de 2005, que confirmó, a su vez, el Auto dictado en primera instancia, en un supuesto en el que el progenitor de unos menores había incumplido todo el mes de vacaciones que le correspondía. Se acudió al artículo 712 LEC y se le condenó al pago de los gastos de la «canguro», más una cantidad de seis euros diarios por manutención del hijo menor.

El matiz del Auto es importante, no impone sanción, sino el pago de los gastos por un incumplimiento, tanto de alimentación como de la canguro. No se habla de compensación económica del custodio, o de compensación por daños morales del hijo quien es el perjudicado porque ve frustrado su derecho.

³³ ROMERO COLOMA, Aurelia María, «Incumplimientos del régimen de visitas por el progenitor no custodio: problemática jurídica», en *Diario La Ley*, núm. 7550, año XXXII, de 19 de enero de 2011, Ref. D-22, Editorial LA LEY. *Abogados de Familia*, núm. 60, segundo trimestre de 2011, Editorial LA LEY. E «Incumplimientos del régimen de visitas y daños morales», en *RCDI. Análisis Crítico de jurisprudencia. Derecho Civil*, año 2012, núm. 729, págs. 419-432.

³⁴ Síndrome de Alienación Parental: conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual el progenitor no custodio transforma, o intenta transformar, la conciencia de su hijo, mediante diversas estrategias, al objeto de destruir los vínculos afectivos, el cariño y el amor filial que el hijo, de forma natural, siente por su progenitor. Se produce cuando tienen lugar las visitas y comunicaciones con su hijo. Trabajo que puede desembocar en un clima de inestabilidad emocional y afectiva para el hijo.

dejación de funciones, pues queda en manos de la voluntad del progenitor el cumplimiento o incumplimiento del derecho. Y recordemos que debemos reforzar el interés del menor en todo momento. Además conforme al artículo 94 del Código Civil, una vez que el progenitor a favor del cual se haya establecido el derecho de visitas incumpla grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial, podrá ser acordada por el órgano jurisdiccional la limitación o la suspensión de esas visitas.

B) EL DE LAS OBLIGACIONES ALIMENTICIAS

El incumplimiento del deber de pago en la *pensión alimenticia* que a favor de los hijos se establezca en la resolución judicial puede constituir el presupuesto fáctico de la limitación o suspensión del régimen de visitas. Para ello será necesario que dicho incumplimiento pueda ser *calificado de grave o que sea reiterado*. Será el juez quien lo valore teniendo en cuenta que, en ocasiones de perentoria necesidad, bastará incluso con el impago de un mes para que pueda considerarse grave.

Incumplimiento que debe ser voluntario, pues no puede sancionarse al progenitor obligado a algo que no puede cumplir. Esta es la tesis que mantiene cierto sector doctrinal, pues con dicha medida se consigue la protección de los hijos³⁵. Aunque hay otro sector doctrinal que opina lo contrario argumentando que dicha solución distanciaría a los hijos del progenitor³⁶.

El artículo 94 utiliza dos términos muy concretos: «limitación o suspensión del derecho de visitas», y el artículo 160 «impedirá». En ningún caso se habla de la supresión, de modo que la doctrina se ha planteado si cabría dicha supresión en los casos más graves e irreversibles de incumplimiento de los deberes impuestos al progenitor. Quien argumenta a favor alega que no existe ningún precepto en contra, y que el juez podrá acordar tal medida siempre en beneficio del menor.

Entiendo que sería una medida excesivamente radical, cuya adopción por el órgano judicial será difícil de acordar, teniendo en cuenta que el derecho de visitas es un derecho recíproco del progenitor y del menor; en interés de ambos y establecido en beneficio del menor. Generalmente se procederá a la suspensión indefinida del derecho hasta que desaparezcan los motivos que la originaron, de manera que si las circunstancias no cambian, no se producirá el levantamiento de la suspensión, por lo que los *efectos* serán los mismos que si de una supresión se tratara.

En base a estos argumentos y viendo las resoluciones judiciales comentadas, el juez no va a condicionar el derecho de visitas al pago de los alimentos. Aunque el juez podrá advertir al cónyuge obligado de la posibilidad de verlo limitado o suprimido a fin de que no se produzca el incumplimiento de su obligación.

Ahora bien, condicionar en la sentencia el régimen de visitas al pago de los alimentos supondría dejar en manos del progenitor custodio la consideración de si se dan o no los presupuestos que el artículo 94 del Código Civil exige para limitar o suspender el régimen de visitas. Por imperativo legal sólo el juez podrá

³⁵ PALACIOS GONZÁLEZ, M.^a Dolores, «Limitación y suspensión del régimen de visitas por incumplimiento de las obligaciones alimenticias», en *Diario La Ley*, 1992, pág. 942, tomo 1, Editorial LA LEY.

³⁶ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José Antonio, *Curso de Derecho de Familia. Matrimonio y Régimen económico*, 1.^a ed., Civitas, Madrid, 1988.

determinar cuándo el incumplimiento es grave o reiterado y si se ha producido por la voluntad del deudor³⁷.

Frente a esta postura, el Alto Tribunal mantiene la importancia de la consideración del derecho de visita como un derecho-deber donde prima el *favor filii*, y no debe de acudirse a la suspensión o limitación del mismo ante el impago de la pensión sino que deben utilizarse otros mecanismos correctores (STS, Sala Primera de lo Civil, de 26 de diciembre de 2002)³⁸.

En el mismo sentido que la Jurisprudencia del Supremo expuesta, la SAP de Valladolid, Sección 3.ª, de 25 de febrero de 2002, entiende que no debe suprimirse el régimen de visitas del padre al menor por el incumplimiento del pago de la pensión, ya que no es causa suficiente de justificación. La comunicación de los hijos con su padre es necesaria para la educación y desarrollo de los niños. La supresión del régimen de visitas solo se produce cuando exista una razón de suficiente entidad, esto es, que el contacto del hijo con su progenitor sea más perjudicial para el niño que la supresión de dicha comunicación³⁹.

Incluso podría producir el efecto contrario: de modo que si se suspenden las visitas del padre hacia la hija, que no son perjudiciales para ésta sino todo lo contrario, podría privarla de su ayuda económica por más que a la madre le parezca un medio de conseguir que el demandado cumpla con sus obligaciones económicas. Se insiste siempre en que la comunicación entre el progenitor y los hijos no es solo un deber de aquel sino un derecho de ambos (SAP de Albacete, Sección 1.ª, de 22 de septiembre de 2005)⁴⁰.

³⁷ Medida que deberá solicitarse por el procedimiento previsto por la ley de *modificación de medidas*, que cuenta con todas las garantías y donde el juez ponderará todas las circunstancias concurrentes a fin de llegar a una solución.

En esta ponderación y dentro de las circunstancias que concurren, el juzgador para valorar si el progenitor obligado al pago de la pensión que no cumple puntualmente con su obligación puede hacerlo y por tanto, si procede decretar la limitación o suspensión de las visitas, utilizará módulos indicativos del nivel de vida del mismo. En la mayoría de los casos serán trabajadores que pueden ocultar sus ingresos, habrán de arbitrase criterios jurisprudenciales que puedan ayudar a determinar cuál sea el nivel de vida y de ingresos del deudor de la pensión alimenticia.

³⁸ STS, Sala Primera de lo Civil, de 26 de diciembre de 2002, rec. 1899/1997. Ponente: Antonio ROMERO LORENZO. Número de sentencia: 1285/2002. Número de recurso: 1899/1997. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 11422/2003, establece que: «La relación de los padres con los hijos que no estén confiados a su cuidado debe ser considerada como un derecho y a la vez como un deber de aquellos en la que adquiere una especial relevancia el interés del menor y que, por ello, no puede hacerse depender de otras circunstancias, como podría ser el puntual cumplimiento de la obligación alimenticia, pues la posible inobservancia de ésta podría obedecer en ocasiones a causas justificadas, siendo susceptible —en otros supuestos— de ser corregida a través de las amplias facultades que al juez se confieren en el artículo 158 del Código Civil, sin que deba olvidarse que puede llegar a determinar la privación parcial o total de la patria potestad (art. 170) y a entenderse constitutiva de los delitos tipificados en los artículos 226 y 227 CP».

³⁹ SAP de Valladolid, Sección 3.ª, de 25 de febrero de 2002, rec. 397/200. Ponente: Miguel Ángel SENDINO ARENAS. Número de sentencia: 53/2002. Número de recurso: 397/2001. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 43061/2002.

⁴⁰ (SAP de Albacete, Sección 1.ª, de 22 de septiembre de 2005), rec. 191/2005. Ponente: Manuel MATEOS RODRÍGUEZ. Número de sentencia: 199/2005. Número de recurso: 191/2005. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 183257/2005.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José Antonio: *Curso de Derecho de Familia. Matrimonio y régimen económico*, 1.ª ed., Civitas, Madrid, 1988.
- CARRETERO SÁNCHEZ, Adolfo: «El nuevo planteamiento del derecho de visita», en *Diario La Ley* 1994, pág. 1020, tomo 2, Editorial LA LEY. LA LEY 13053/2001.
- DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel: «Transexualidad y restricción del régimen de visitas», en *RCDI, Sección: Análisis Crítico de jurisprudencia. Derecho Civil*, 2009, núm. 713, págs. 1518-1524 - Vlex: 58031144.
- «Alteración del régimen de visitas de los progenitores», en *RCDI, Sección: Análisis Crítico de Jurisprudencia. Derecho Civil*, 2009, núm. 712, págs. 925-931 - Vlex: 57716912.
- GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo: «Algunas consideraciones sobre el régimen de visitas, los puntos de encuentro familiar y la orden de alejamiento», en *Diario La Ley*, núm. 6998, Sección Doctrina, de 28 de julio de 2008, año XXIX. Ref.: D-238, Editorial LA LEY. LA LEY 38862/2008.
- GUTIÉRREZ ROMERO, Francisco Manuel: «Incidencias de la violencia de género en el Derecho de Familia: especial tratamiento del régimen de visitas», en *Diario La Ley*, núm. 7480, año XXXI, de 1 de octubre de 2010. Ref.: D-291, Editorial LA LEY.
- PALACIOS GONZÁLEZ, M.ª Dolores: «Limitación y suspensión del régimen de visitas por incumplimiento de las obligaciones alimenticias», en *Diario La Ley*, 1992, pág. 942, tomo 1, Editorial LA LEY.
- ROMERO COLOMA, Aurelia Marfa: «Incumplimientos del régimen de visitas por el progenitor no custodio: problemática jurídica», en *Diario La Ley*, núm. 7550, año XXXII, de 19 de enero de 2011. Ref.: D-22, Editorial LA LEY. *Abogados de Familia*, núm. 60, segundo trimestre de 2011, Editorial LA LEY.
- «Incumplimientos del régimen de visitas y daños morales», en *RCDI. Análisis Crítico de Jurisprudencia. Derecho Civil*, año 2012, núm. 729, págs. 419-432.
- «Transexualidad del progenitor y derecho de visitas», en *Diario La Ley*, núm. 7471, año XXXI, de 20 de septiembre de 2010. Ref.: D-276, Editorial LA LEY. *Abogados de Familia*, núm. 58, cuarto trimestre de 2010, Editorial LA LEY.

VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS (POR ORDEN CRONOLÓGICO).

- STS, Sala Primera de lo Civil, de 24 de mayo de 2013, rec. 732/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Número de sentencia: 359/2013. Número de recurso: 732/2012. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 45896/2013.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 13 de julio de 2012, rec. 1148/2010. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 499/2012. Número de recurso: 1148/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 134899/2012.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 28 de septiembre de 2009, rec. 200/2006. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 614/2009. Número de recurso: 200/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 184085/2009.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 21 de noviembre de 2005, rec. 5030/2000. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de sentencia: 903/2005. Número de recurso: 5030/2000. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 10112/2006.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 12 de julio de 2004, rec. 4793/1999. Ponente: José Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL. Número de sentencia: 653/2004. Número de recurso: 4793/1999. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 163830/2004.

- STS, Sala Primera de lo Civil, de 26 de diciembre de 2002, rec. 1899/1997. Ponente: Antonio ROMERO LORENZO. Número de sentencia: 1285/2002. Número de recurso: 1899/1997. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 11422/2003.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 20 de septiembre de 2002, rec. 577/1997. Ponente: José DE ASÍS GARROTE. Número de sentencia: 858/2002. Número de recurso: 577/1997. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 7868/2002.
- SAP de Asturias, Sección 7.^a, sentencia de 11 de marzo de 2013, rec. 575/2012. Ponente: Paz FERNÁNDEZ-RIVERA GONZÁLEZ. Número de sentencia: 115/2013. Número de recurso: 575/2012. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 33416/2013.
- SAP de Asturias, Sección 4.^a, de 8 de marzo 2013, rec. 51/2013. Ponente: María Nuria ZAMORA PÉREZ. Número de sentencia: 89/2013. Número de recurso: 51/2013. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 33015/2013.
- SAP de Murcia, Sección 4.^a, de 17 de enero de 2013, rec. 1162/2012. Ponente: Carlos MORENO MILLÁN. Número de sentencia: 22/2013. Número de recurso: 1162/2012. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 5800/2013.
- SAP de Valencia, Sección 10.^a, de 17 de enero 2013, rec. 1289/2011. Ponente: José Enrique DE MOTTA GARCÍA-ESPAÑA. Número de sentencia: 33/2013. Número de recurso: 1289/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 24410/2013.
- SAP de Madrid, Sección 22.^a, de 11 de enero de 2013, rec. 1564/2011. Ponente: María del Rosario HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ. Número de sentencia: 10/2013. Número de recurso: 1564/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 7505/2013.
- SAP de Granada, Sección 5.^a, de 25 de enero de 2008, rec. 522/2007. Ponente: José MALDONADO MARTÍNEZ. Número de sentencia: 30/2008. Número de recurso: 522/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 144900/2008.
- SAP de Albacete, Sección 1.^a, de 22 de septiembre de 2005, rec. 191/2005. Ponente: Manuel MATEOS RODRÍGUEZ. Número de sentencia: 199/2005. Número de recurso: 191/2005. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 183257/2005.
- SAP de Valladolid, Sección 3.^a, de 25 de febrero de 2002, rec. 397/200. Ponente: Miguel Ángel SENDINO ARENAS. Número de sentencia: 53/2002. Número de recurso: 397/2001. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 43061/2002.
- SAP de Zaragoza, Sección 4.^a, de 5 de febrero de 2002, rec. 216/2001. Ponente: José Javier SOLCHAGA LOITEGUI. Número de sentencia: 71/2002. Número de recurso: 216/2001. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 28483/2002.
- SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 7 de febrero de 2000, rec. 829/1999. Ponente: José M.^a BACHS ESTANY. Número de recurso: 829/1999. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 31669/2000.
- SAP de Cuenca, de 7 de julio de 1999, rec. 362/1998. Ponente: Leopoldo PUENTE SEGURA. Número de recurso: 362/1998. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 107240/1999.
- SAP de Barcelona, Sección 1.^a, de 11 de febrero de 1999: NO ENCONTRADO BD.
- SAP de Cuenca, de 3 de febrero de 1999: NO ENCONTRADO BD.

VIII. LEGISLACIÓN CITADA

- Artículo 39 CE (el principio constitucional de protección de la familia y de la infancia).
- Artículo 159 del Código Civil.
- Artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

- Artículo 776.3 LEC.
- Artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990.
- Artículo 12 del Convenio de La Haya de 26 de octubre de 1980, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores dirigido.
- Resolución de 29 de mayo de 1967, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

RESUMEN

DERECHO DE VISITAS. SUSPENSIÓN

El derecho de visita incluye la comunicación y la convivencia y no puede constituir el medio por el que se proyecten tensiones, enemistades y discrepancias de los progenitores. Se exige una colaboración entre ambos progenitores presidida por el principio de la buena fe. Su supresión sólo puede acordarla por imperativo legal el juez en cada caso concreto y siempre de acuerdo con el principio general del interés del menor.

ABSTRACT

VISITING RIGHTS. SUSPENSION

Visiting rights entitle a parent to communication and cohabitation with his or her child, but they must never be used as the vehicle for airing tensions, enmity and disagreements with the other parent. Both parents must cooperate in good faith. Visiting rights can be taken away only by a court, in specific cases where the authorities are compelled by law to act, and the guiding general principle is always the child's best interest.

1.3. Derechos reales

UNA REVISIÓN JURISPRUDENCIAL DE LAS CLÁUSULAS SUELO Y TECHO DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO A LA LUZ DE LA STS DE 9 DE MAYO DE 2013

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Profesora Doctora de Derecho Civil

Universidad Antonio de Nebrija

SUMARIO: I. CLÁUSULAS SUELO Y TECHO. CONCEPTO.—II. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL EN TORNO A LAS CLÁUSULAS SUELO-TECHO: 1. SENTENCIAS QUE HAN DECLARADO LA NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS SUELO-TECHO. 2. SENTENCIAS QUE HAN DECLARADO LA VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS SUELO-TECHO.—III. DOCTRINA DE LA SENTENCIA DEL TS DE 9 DE MAYO DE 2013: 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN Y NOVEDADES EN LA DOCTRINA SOBRE CLÁUSULAS ABUSIVAS. 2. ANÁLISIS CRÍTICO.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CLÁUSULAS SUELO Y TECHO. CONCEPTO

El contrato de préstamo garantizado con hipoteca —préstamo hipotecario—, cuando se destina al pago de la vivienda habitual del deudor, como ya defendimos en esta misma REVISTA, es un contrato de consumo o que puede calificarse como tal por sus especiales características de objeto, sujeto y causa¹.

Además, el hecho de que una de las partes del mismo sea una entidad financiera o de crédito y la otra normalmente un particular, suele conducir a que aquella tenga un papel más importante en la redacción y establecimiento de cláusulas de estos contratos, dando lugar, muchas veces, incluso a un exceso de estipulaciones o cláusulas innecesarias que constituyen normalmente ciertas garantías, ventajas o beneficios para la entidad financiera, viéndose el deudor hipotecario constreñido a aceptarlas, pues, de otro modo, no obtendrá la tan ansiada financiación.

Por eso, no es aventurado considerar que en los préstamos hipotecarios se establecen condiciones generales de la contratación. La «amplitud» o «variedad» de oferta de muchas de estas condiciones, siempre limitada a los tres, cuatro, o cinco modelos que oferte la entidad crediticia, no es óbice para apreciar la falta de voluntad negociadora en dichos contratos, viéndose el deudor obligado a aceptar uno de aquellos modelos preestablecidos.

¹ Véase GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «El procedimiento de ejecución de bienes hipotecados cuando existen cláusulas abusivas en el préstamo hipotecario que lo originó: Consecuencias de la STJUE de 14 de marzo de 2003 y de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social», en *RCDI*, núm. 738, págs. 2667-2790.

Dentro de estas condiciones generales de la contratación, es posible encontrarnos con algunas que puedan considerarse abusivas, al encontrarse dentro de alguno de los supuestos de cláusulas abusivas que recoge la LDCU en sus artículos 82 y siguientes², en concreto, dentro de los contratos bancarios, y que se pueden considerar abusivas porque establecen garantías desproporcionadas (párrafo art. 88), o existe falta de reciprocidad entre las obligaciones de los contratantes (art. 87), o porque quedan vinculadas únicamente a la voluntad del empresario (art. 85), o por limitar los derechos básicos del consumidor, sobre todo en lo referente a la falta de información o de comprensión del mismo del producto financiero que se le ofrece (art. 86), y por muchas de las contenidas en el artículo 89 sobre la ejecución y perfeccionamiento del contrato³.

Pues bien, dentro de esa gran variedad y amplitud de cláusulas que forman el contrato de préstamo hipotecario, nos fijamos en dos de ellas (a veces van unidas) que han generado cierta polémica y complicaciones. Nos referimos a las denominadas cláusulas suelo y techo.

¿En qué consisten dichas cláusulas? ¿Son condiciones generales de la contratación o no?

De todos es sabido que la mayoría de los préstamos hipotecarios concedidos en España, lo son a interés variable, y a muy largo plazo. Es decir, la cantidad que deba devolverse en concepto de intereses se modifica en función de un índice de referencia variable al que se suma un diferencial fijo (por ejemplo, EURIBOR + 0,25). De este modo, es imposible saber cuál será la cantidad exacta que deberá devolverse por intereses cuando haya finalizado el plazo establecido, pues el índice de referencia, normalmente el EURIBOR, fluctúa a lo largo de dicho periodo, tanto al alza como a la baja, lo que origina cambios en la cantidad que debe devolverse por el concepto de intereses remuneratorios.

Estos cambios producidos deben reflejarse en el préstamo hipotecario que se ajusta a los mismos en las revisiones parciales que realiza la entidad financiera cuando aquellos se producen. De este modo, si el EURIBOR subiera mucho, subiría también el tipo de interés del préstamo hipotecario, la entidad financiera repercutiría esa subida en el particular, y este vería cómo su préstamo hipotecario se encarece. Pero, de igual forma, si el EURIBOR desciende, también la entidad financiera debe repercutir esa bajada en el deudor, lo que conduciría a un abaratamiento del préstamo.

Pues bien, como la fluctuación del EURIBOR no es previsible y depende de factores macroeconómicos, que escapan al control de las partes del préstamo hipotecario, un alza desmesurada del mismo conlleva a un encarecimiento excesivo del préstamo con el correspondiente empobrecimiento del deudor y su dificultad para hacerle frente. Pero, inversamente, una bajada extraordinaria del

² Véase artículo 82 y siguientes 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 (LDCU).

³ El TJUE ha declarado en varias ocasiones que en los contratos con un consumidor este se encuentra en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido a la capacidad de negociación como al nivel de información, lo que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de estas (SSTJUE de 27 de junio de 2000, 4 de junio de 2009, 26 de octubre de 2006, 3 de junio de 2010, 14 de junio de 2012 y 21 de febrero de 2013), todo ello reiterado y recogido por la STS de 9 de mayo de 2013. No cabe duda de que el préstamo hipotecario para la adquisición de la vivienda habitual entra dentro de esta consideración.

EURIBOR, favorecería al deudor hipotecario que vería abaratado su préstamo en gran proporción, por este motivo.

Para evitar esos excesos en la fluctuación del índice de referencia, se establecen las famosas cláusulas suelo y techo en los préstamos hipotecarios.

Así, la cláusula techo, en principio, favorece al deudor hipotecario, ya que supone un límite a la subida del EURIBOR pues, como su nombre indica, por mucho que este subiera, se pacta, *a priori*, que el deudor solo responderá de un límite máximo —techo— de esa subida, y que toda subida que supere lo previsto en el contrato, no se repercutirá al deudor, asumiendo la entidad financiera el perjuicio o lucro cesante que esto suponga.

Por el contrario, la cláusula suelo perjudica al deudor, puesto que, si baja excesivamente el EURIBOR, al pactarse un límite inferior de responsabilidad por intereses del deudor, todo descenso que supere lo pactado y previsto en ese «suelo», no se trasladará al deudor, que seguirá pagando el tipo de interés mínimo establecido en esa cláusula contractual, aunque en la realidad el tipo de interés real sea mucho menor.

En la realidad más reciente de los últimos años de los préstamos hipotecarios, podemos observar cómo, en general, la tendencia del EURIBOR ha sido a la baja, y se ha producido un descenso considerable del tipo de interés. Este tipo de interés bajo favorece al deudor que ve cómo tiene que realizar menos esfuerzo económico para su devolución. Pero, sin embargo, la existencia de cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios, con una frecuencia importante, ha impedido que el deudor se beneficie de estos descensos.

Ante esta situación se han planteado diversas quejas y reclamaciones por parte de los deudores hipotecarios que consideran que la cláusula suelo es abusiva, pues se ha predispuesto por la entidad financiera, en un pretendido desequilibrio de prestaciones (sobre todo cuando no existía la correspondiente cláusula techo), y que, en consecuencia, les perjudica como consumidores y debe declararse su nulidad y retirarse de estos contratos.

Pero, por otra parte, y para que esa cláusula puede ser considerada, o no, abusiva, antes debe ser calificada como una condición general de contratación, es decir, no haber sido negociadas individualmente⁴, pues si no forma parte de aquellas, no podrán ser propiamente abusivas.

Realmente, el pago de los intereses del préstamo hipotecario se ha considerado tradicionalmente como una obligación accesoria a la devolución del principal, pero con cierto carácter especial, pues estos intereses constituyen el precio del contrato, y si no se pagan los intereses, no hay verdadero pago o cumplimiento, adquiriendo, entonces, la obligación de pago de intereses, la condición de ser parte del pago o precio final que hay que devolver. Si esto es así, las cláusulas que limitan de alguna forma ese precio, son parte integrante del mismo, se convierten en parte de uno de los elementos esenciales del contrato, como es el precio, y en este caso, difícilmente se pueden considerar como condiciones generales de la contratación, y en consecuencia, no pueden calificarse propiamente como abusivas, y habría que ver si podría entrar a analizarse o no tal carácter por los Tribunales.

⁴ En este sentido, el artículo 82 LDCU define las cláusulas abusivas como: «1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato».

Y por otra parte, también es discutida la posibilidad de alegar abusividad de estas cláusulas en el préstamo hipotecario basada en la falta de reciprocidad de las prestaciones, cuando el préstamo es un contrato esencialmente unilateral, sin prestaciones recíprocas, donde pueda apreciarse dicha falta de equilibrio.

¿Qué ha dicho la jurisprudencia ante este planteamiento y estas cuestiones?

II. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL EN TORNO A LAS CLÁUSULAS SUELO-TECHO

Como ya hemos comentado, han sido muchas las resoluciones judiciales sobre este asunto, y la verdad, nada pacíficas, pues unas han declarado que se trata de cláusulas abusivas, abogando por su nulidad, otras las han considerado plenamente ajustadas a derecho, declarándolas válidas y por lo tanto plenamente vigentes en los préstamos hipotecarios.

1. SENTENCIAS QUE HAN DECLARADO LA NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS SUELO-TECHO

Últimamente, son mayoritarias las sentencias que entienden que estas cláusulas son abusivas y por tanto nulas, y que deben retirarse de los contratos correspondientes.

Este grupo de sentencias, para poder considerar que la cláusula suelo es abusiva y nula, primero afirman la naturaleza de la misma como condición general de la contratación, no negociada e impuesta por el acreedor-entidad financiera. Solo si se trata de una cláusula de este tipo podrá llegar a ser abusiva, como ya hemos dicho y afirma el 82 LDCU, recogiendo lo establecido en la Directiva 93/13 (CEE) del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. De su artículo 3.1, del que se extrae el concepto de cláusula abusiva como aquella estipulación que no habiéndose negociado individualmente o consentido expresamente, causa, en contra de las exigencias de la buena fe y en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato.

No hay que olvidar que, como recoge la STS de 14 de octubre de 1999 y repite entre otras la SAP de Madrid de 2002, la necesidad de probar y acreditar que una cláusula concreta ha sido negociada individualmente, corresponde a quien lo afirme. Por lo tanto, será el empresario o predisponente quien deba probar que una determinada estipulación ha sido negociada, y mientras esto no se haga, habrá que entender que no lo ha sido, y por tanto, no es ni consentida ni negociada de forma individual; es decir, habrá sido impuesta. Basándose en esta doctrina, la SJM de Barcelona, de 12 de septiembre de 2011, entiende que la cláusula suelo que analiza no ha sido negociada individualmente, pues «teniendo en cuenta las afirmaciones realizadas por la parte demandada sobre la posibilidad que tuvo el señor Pedro Jesús de elegir entre diversas opciones, y ofertas contractuales, no solo no hacen referencia directa a la posibilidad real que tuvo de incluir o no la controvertida cláusula suelo como una parte más de la modulación del tipo de interés y del precio del contrato, sino que, además, no han tenido en modo alguno la correspondiente contrapartida probatoria. Así pues, no puede entenderse como acreditado que la rebaja del porcentaje del diferencial sobre el EURIBOR... fuera efectivamente fruto de una negociación...», concluyendo entonces que se trata de una cláusula no negociada, y por tanto condición general.

La SAP de Alicante, de 13 de septiembre de 2013, resalta el carácter impuesto de la cláusula suelo-techo del contrato que examina, por lo que puede cuestionarse también su carácter abusivo. Basa su decisión en el hecho de que esta cláusula suelo-techo no constituye un elemento esencial del contrato de préstamo, además tiene carácter accesorio, tal y como lo señala el Informe del Banco de España sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios, ya que solo sirven para acotar la variación de tipos, sin que impliquen cambios significativos en las cuotas del precio. En tercer lugar, trae a colación la doctrina de la STS de 4 de noviembre de 2010, sobre la nulidad de la cláusula de redondeo en los préstamos hipotecarios, aplicando la misma a este supuesto, pues el redondeo también es un pacto accesorio que sirve para cuantificar el tipo de interés exigible, sin ser parte esencial del precio. Asimismo, recoge la doctrina de la STJUE, de 3 de junio de 2010, que interpretó que el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 no impide que se haga un control jurisdiccional del carácter abusivo de una cláusula contractual, aunque sea relativa a un elemento esencial del contrato, si no ha sido negociada individualmente. Por último, afirma que no es lo mismo la libertad de contratar (que obviamente existe en estos casos) que la libertad de determinación del contenido del contrato, que queda muy restringida.

Según esta tesis jurisprudencial, ya no queda duda de que la cláusula suelo es una cláusula no negociada, impuesta, pero además, supera también el obstáculo existente para negar el carácter de condición general de la contratación de esta cláusula, que es el considerarla como parte de un elemento esencial del contrato como es el precio. Si esto fuera así, no podría entrar a analizar ningún tribunal su carácter abusivo o no, por ser elemento esencial del contrato y por tanto negociado. Estas sentencias afirman, por el contrario, que no se trata de parte del precio, sino que son pactos accesorios al mismo, de control respecto del tipo de interés aplicable, que es el verdadero precio o retribución del préstamo «por lo que solo se aplicará cuando concurra el suceso previsto; es decir, puede que no se aplique nunca, o puede que se aplique durante determinados periodos de la vigencia del contrato» (SAP de Alicante, de 13 de septiembre de 2012).

Es decir, y como conclusión o resumen de esta línea jurisprudencial: la cláusula suelo, o suelo-techo no se negocia individualmente, no se acredita tal extremo, lo que lleva a calificarla como cláusula impuesta; además, no forma parte del precio —elemento esencial del préstamo—, y por lo tanto, es susceptible de ser abusiva, por lo que debe quedar sometida al control judicial, para poder declarar, en su caso, su nulidad.

A continuación, las sentencias analizadas, una vez demostrado que se trata de una condición no negociada y que no forma parte del elemento esencial del contrato (precio), entran a examinar su posible carácter abusivo y todas ellas coinciden en declarar su correspondiente nulidad por este motivo, si bien, entre ellas, los motivos para declarar su nulidad son diversos:

- a) Un gran grupo de sentencias entiende que son abusivas y por tanto nulas, ya que suponen un desequilibrio de las prestaciones, cuando en el préstamo hipotecario existe una cláusula suelo y, sin embargo, carece de la correspondiente cláusula techo. Entienden que, en estos casos, la desventaja para el deudor hipotecario (parte contractual más débil) es obvia y notoria, pues sólo puede perjudicarse por las variaciones a la baja del tipo de referencia, pero no beneficiarse por el alza del mismo.

En este sentido, la SJM de Barcelona, de 12 de septiembre de 2011, resume esta tesis diciendo que debe considerarse nula la cláusula suelo de ese préstamo hipotecario concreto, puesto que «no se ha acreditado que en su contrato de préstamo exista algún tipo de contrapartida que, consecuentemente, equilibrara el claro desequilibrio que genera la cláusula suelo, en especial, la fijación de una cláusula techo semejante, respetando así el principio de reciprocidad en que se asienta el equilibrio de derechos y obligaciones (arts. 82.1 y 82.4 LDCU). Mediante esta cláusula y sin contrapartida, la entidad prestamista con tipo de interés variable obtiene una posición más ventajosa objetivamente, en relación con el cliente que no goza de la protección en caso de una variación al alza del índice de referencia, o de otras ventajas que compensen esa falta de protección». Otras sentencias que refrendan esta idea son SJM de Sevilla, de 20 de septiembre de 2010; SJM de León, de 11 de marzo de 2011; SJM de Málaga, de 20 de noviembre de 2011 y SJM de Palma de Mallorca, de 2 de febrero de 2012...).

- b) Otro grupo de sentencias consideran la nulidad de la cláusula suelo, basándose también en la desproporción de prestaciones, cuando, aunque existe cláusula techo, la diferencia entre ellas es tan grande, que impide que el deudor y el acreedor hipotecarios actúen desde un plano de igualdad. La SAP de Alicante es un ejemplo claro de esta doctrina, y afirma sobre la existencia de una cláusula suelo de 3 por 100 y una techo del 10 por 100 en un préstamo hipotecario que «la concurrencia del requisito relativo a causar, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones derivados del contrato es evidente en nuestro caso porque si la cláusula techo-suelo se incluye en el contrato como mecanismo de protección de ambas partes ante la aleatoria variación de los tipos de interés aplicables durante la vigencia del contrato, solamente es la entidad financiera quien se beneficia de la misma, resultando imposible el ejercicio de la cobertura del riesgo de tipos de interés por parte del cliente ante la irrealidad de que se supere alguna vez el umbral del techo. Se priva al cliente, en definitiva, de ejercer la facultad de protección frente a incrementos del EURIBOR; mientras, la entidad está en condiciones de ejercerla con frecuencia. Esto es así porque las cláusulas suelo se han mostrado efectivas prácticamente desde el inicio de los contratos hasta la actualidad, liberando a la entidad del perjuicio consistente en la percepción de un menor ingreso como consecuencia de la extraordinaria reducción verificada en el índice referencial, mientras que el prestatario no verá cubierto su riesgo de tener que afrontar una cuota muy superior en caso de producirse una tendencia alcista en la evolución del EURIBOR. Esta acreditada falta de semejanza tiene como consecuencia práctica un importante desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor, y en todo caso, de la falta de reciprocidad en el contrato, circunstancia que conlleva la nulidad de pleno derecho de las cláusulas cuestionadas». Esta sentencia reproduce también uno de los fundamentos de la SAP de Cáceres, de 24 de abril de 2012, que afirma que «La entidad financiera sabe, desde que predispone la cláusula suelo que la misma entrará en funcionamiento, sin duda alguna, como aquí ha sucedido y al tiempo, reviste de falso ropaje recíproco dicha cláusula, con el establecimiento de otra, supuestamente beneficiosa para el consumidor y perjudicial para

la entidad, que impide la subida de tipos de interés a partir de un hecho absoluta y totalmente irreal: que los tipos suban del 12 por 100... De este modo disimula la cláusula que se quiere predisponer, con otra que sabe nunca tendrá virtualidad práctica, todo ello en un acto de clara contradicción con la buena fe; en un acto, por ello, claramente abusivo y que, por tanto, debe provocar la nulidad de la cláusula».

2. SENTENCIAS QUE HAN DECLARADO LA VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS SUELO-TECHO

Por el contrario, también encontramos resoluciones totalmente contrarias u opuestas a las que se acaban de exponer, pues consideran que las cláusulas suelo son válidas, no son condiciones generales de la contratación, forman parte del elemento esencial del préstamo, el precio, y en consecuencia, no puede abogarse por su carácter abusivo ni por su nulidad; entre otras, pueden citarse las siguientes: SAP de Sevilla, de 7 de octubre de 2011; SAP de Sevilla, de 10 de diciembre de 2011; SJM de Madrid, de 8 de septiembre de 2011; SJM de Alicante, de 23 de julio de 2011 y SJM de Jaén, de 7 de febrero de 2012.

Probablemente, una de las sentencias que mejor recoge estas ideas es la SAP de Sevilla, de 7 de octubre de 2011 que, casualmente, fue recurrida en casación, dando lugar a la STS de 9 de mayo de 2013, que la casa.

En esta resolución se parte de la idea de que las cláusulas suelo-techo están expresamente reguladas en la Ley, en el anexo II de la OM de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios⁵, por lo que su legalidad no puede cuestionarse. Aunque ello no impide que puedan someterse a un control de abusividad por los Tribunales, pero este ha de realizarse de forma individualizada, atendiendo a las circunstancias del caso concreto y a si en su configuración se han garantizado las condiciones de información y transparencia para la libre formación del consentimiento contractual.

⁵ Véase el ANEXO II. Cláusulas financieras de los contratos de préstamo hipotecario sujetos a la presente Orden:

«3. Intereses ordinarios. En esta cláusula se hará constar:

3. Bis. Tipo de interés variable:

1. Límites a la variación del tipo de interés aplicable. Cuando se establezcan límites máximos y mínimos a la variación del tipo de interés aplicable al préstamo, se expresarán dichos límites:

- a) En términos absolutos, expresándose en forma de tipo de interés porcentual los citados límites máximo y mínimo. Esta forma de expresión se utilizará obligatoriamente cuando puedan expresarse dichos límites en términos absolutos al tiempo del otorgamiento del documento de préstamo.
- b) De cualquier otro modo, siempre que resulte claro, concreto y comprensible por el prestatario, y sea conforme a Derecho.

2. Umbral mínimo de fluctuación y redondeos del tipo de interés aplicable. Si se pactara un umbral mínimo para la variación del tipo de interés (de forma que éste permanezca inalterado cuando la fluctuación del índice de referencia no alcance, en más o en menos, cierto umbral), se expresará dicho umbral en fracciones de punto. Si se pactara el redondeo del tipo de interés, se indicarán, en fracciones de punto, los múltiplos a los que se efectuará (por ejemplo, redondeo al más cercano octavo de punto)».

Pero para ello hay que ver también cuál es la naturaleza de estas cláusulas, si son meros pactos accesorios como sostiene la postura jurisprudencial anterior, o son parte del elemento esencial, precio del préstamo. En este sentido concluyen que «las cláusulas de limitación de intereses son elementos configuradores del precio del producto contratado, estableciendo el mínimo que el cliente habrá de pagar como intereses del préstamo, y el máximo que abonará. Fijan, por tanto, el marco de fluctuación del precio, en un contrato en el que el prestatario ha optado libre y voluntariamente por un interés variable, y por tanto, sujeto a las oscilaciones y riesgos de un mercado libre. Precisamente esos riesgos son los que se tratan de paliar o cubrir con los pactos de limitación de intereses variables. Así pues, consideramos que estas cláusulas no son de carácter accesorio, no constituyen una condición general de la contratación, sino que como uno de los factores de determinación del precio del contrato (junto con el interés referencial y el interés diferencial), precisamente el que determina el mínimo que habrá de pagar el prestatario, forman parte integrante de uno de los elementos esenciales del mismo. Como tal elemento decisivo a la hora de decantar su voluntad para contratar, el que necesariamente conoce, sobre el que reflexiona la conveniencia o no de hacer el contrato, a diferencia de las condiciones generales, las cuales el consumidor puede no tomar en consideración o desconocer, o no comprender su alcance... y adherirse a ellas pese a su disconformidad porque lo que verdaderamente le interesa es el objeto principal del contrato».

No se trata, por tanto, de condiciones generales de la contratación, impuestas y no negociadas individualmente, el prestatario las conoce, da su consentimiento voluntario a las mismas, y son esenciales en ese consentimiento, al formar parte del precio del préstamo.

Pero, dicho esto, entra a analizar si, a pesar de todo, pueden ser abusivas. Considera, igual que la Directiva 93/13, que una cláusula es abusiva cuando: *a)* no se ha negociado; *b)* es contraria a la buena fe, y *c)* cuando causa un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato:

- a)* No se ha negociado: queda claro que al ser parte del elemento esencial del contrato, estas cláusulas son conocidas y consentidas voluntariamente por el prestatario, y la normativa administrativa sobre transparencia de las condiciones financieras del préstamo hipotecario, la regulación del contenido de las ofertas vinculante y la gran competencia existente en el mercado con pluralidad de ofertas sin cláusulas suelo, hace que el deudor hipotecario preste su consentimiento bien informado y libremente.
- b)* Es contraria a la buena fe. Estas cláusulas no son contrarias a la buena fe porque, como se acaba de exponer, el *iter* comercial establecido en la regulación sobre la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos, hace que el solicitante haya recibido toda la información necesaria, y no exista ignorancia o desconocimiento sobre las mismas que implicara mala fe.
- c)* Existe un desequilibrio de los derechos y obligaciones del contrato. También desvirtúa este argumento. Señala que versando el desequilibrio sobre la falta de reciprocidad de las cláusulas limitativas de la variabilidad de los tipos de interés por falta de equivalencia o semejanza entre la limitación a la baja y la limitación al alza, no es posible confrontar ambos límites como si de dos contraprestaciones contractuales recíprocas se tratase, pues los pactos sobre límites a la variabilidad del interés no constituyen derechos u obligaciones recíprocas de las partes, sino que se incorporan

al contrato como mecanismos para reducir el riesgo de pérdidas o de impago que pudiera frustrar el contrato.

En definitiva, no son cláusulas abusivas, ni pueden considerarse como tales, ni en consecuencia procede declarar su nulidad, más bien al contrario son no solo legales, sino plenamente válidas, al no encajar en el concepto y características que tienen las cláusulas abusivas.

Así las cosas, y ante este panorama contradictorio, la STS de 9 de mayo de 2013 viene a clarificar este asunto estableciendo la doctrina que analizamos a continuación.

III. DOCTRINA DE LA SENTENCIA DEL TS DE 9 DE MAYO DE 2013

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN Y NOVEDADES EN LA DOCTRINA SOBRE CLÁUSULAS ABUSIVAS

La STS de 9 de mayo de 2013 viene a poner fin a esta incertidumbre jurisprudencial, y aclara, por fin, si las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios son válidas o no. En esta sentencia se hacen afirmaciones importantes, dignas de ser tenidas en cuenta, y sobre todo, se esté o no de acuerdo con ellas, establece por fin un criterio uniforme y único a la hora de enjuiciar su validez.

Esta sentencia, como hemos dicho, resuelve el recurso interpuesto contra la SAP de Sevilla, de 7 de octubre de 2011, por la parte demandante (AUSBANC) contra varias entidades financieras que integraban en sus contratos de préstamos hipotecarios dichas cláusulas suelo (BBVA, Cajamar, Caja Rural Sociedad Cooperativa de Crédito —Cajas Rurales Unidas (S.C.C.)— y Caja de Ahorros de Galicia, Vigo, Orense y Pontevedra —NCG banco S.A.U.—).

Destacamos, a continuación, las conclusiones más importantes que recoge esta sentencia:

1. *Condiciones generales de la contratación*

En primer lugar, y a lo largo de varios fundamentos de Derecho, la sentencia desgrana la naturaleza de las cláusulas suelo, es decir, si se pueden considerar condiciones generales de la contratación o no. Concluye que sí pueden considerarse como Condiciones Generales de la Contratación (CGC).

Para ello, va contestando a varias de las afirmaciones que sostenía la AP Sevilla en la sentencia recurrida, que servían de fundamento para mantener que no se trataban de condiciones generales de la contratación:

- a) De este modo, en el Fundamento séptimo, el TS, ante la afirmación de la AP de que no pueden ser condiciones generales porque versan sobre elementos esenciales del contrato, y en consecuencia, el consumidor (deudor), las conoce y presta su consentimiento a ellas, rechaza dicha afirmación, manifestando que nada impide que una condición general se refiera a un elemento esencial del contrato.
En concreto afirma lo siguiente: «En nuestro sistema una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal y de hecho, para el empresario probablemente la mayor utilidad de las condiciones generales se halla precisamente en la definición de este. Cuestión distin-

ta es determinar cuál es el grado de control que la ley articula cuando las condiciones generales se refieren a él y singularmente, cuando los intereses en juego a cohonestar son los de un profesional o empresario y un consumidor o usuario, ante la necesidad de coordinar, por un lado, la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, que proclama el artículo 38 CE (*RCL* 1978/2836) y por otro, la defensa de los consumidores y usuarios que el artículo 51 CE impone a los poderes públicos, al exigir que garantice mediante procedimientos eficaces “los legítimos intereses económicos de los mismos”.

De igual forma, en el Fundamento décimo, el Tribunal sigue sosteniendo que las cláusulas suelo sí forman parte del precio del préstamo (elemento esencial del contrato), y da sus argumentos para ello, al afirmar que lo importante, a la hora de entender si son cláusulas sometidas a la protección de los consumidores en contratación en masa, tal y como se deduce de la Directiva 93/13/CEE, es que las cláusulas describan el objeto principal del contrato, sin distinguir si se trata de un elemento esencial del contrato en abstracto o no. Lo relevante es «si son “descriptivas” o “definidoras” del objeto principal del contrato concreto en que se incluyen o, por el contrario, afectan al método de cálculo o modalidades de modificación del precio», y en este caso, no cabe duda de que las cláusulas suelo «forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato». En consecuencia, cumplen con una función definitoria o descriptiva esencial.

Pero, a pesar de esto, sigue afirmando el Tribunal en este fundamento, que no pueden dejar de considerarse CGC, ni eliminan la posibilidad de control de su abusividad por los Tribunales.

- b) En segundo lugar, y en el Fundamento octavo, ante el argumento de la SAP de Sevilla de que se trata de una cláusula no impuesta, sino negociada y libremente aceptada, el TS entiende que no se aprecia ni prueba el carácter negociado de la misma, sino que más bien, al contrario, el prestatario solo ha aceptado uno de los modelos predispuestos por el prestamista, y que el hecho de que exista cierta variedad de oferta contractual al respecto, no impide su imposición final al deudor.

Sus manifestaciones al respecto son las siguientes: «a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar. b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario. c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios. d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario».

Si bien es cierto que, a continuación, el Alto Tribunal afirma que el hecho de que sean impuestas, no quiere decir que no sean lícitas, pues es típico de la contratación en masa, como sugiere la STS de 18 de junio.

- c) El hecho de que estas cláusulas estén expresamente contempladas por la Ley, no impide que sean CGC, tal y como afirmaba también, coincidente en este punto, la Audiencia Provincial, y eso es así porque, como afirma el Fundamento noveno: «la existencia de una regulación normativa bancaria tanto en cuanto a la organización de las entidades de crédito como en cuanto a los contratos de préstamo hipotecario y las normas de transparencia y protección de los consumidores, no es óbice para que la LCGC sea aplicable a los contratos de préstamo hipotecario objeto de esta litis».

2. Control de abusividad

Si nada impide considerarlas como condiciones generales, aunque sean muy especiales (legales, definitorias del objeto del contrato...), el TS pasa a continuación a analizar, si cabe también sobre ellas un control judicial sobre su contenido, con el fin de ver si es abusivo o no:

- a) Para ello dedica el Fundamento décimo, en el que concluye que si bien por regla general, al tratarse de condiciones definitorias del objeto principal del contrato, no cabe un control judicial de abusividad, basado en el posible desequilibrio de prestaciones, sí que pueden quedar sometidas a un doble control: el de su inclusión en el contrato, y el control de su transparencia, a tenor de lo establecido en los artículos 5.5. y 7 LCGC. Transcribimos literalmente sus afirmaciones: «a) Que las cláusulas suelo examinadas constituyen cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato. b) Que, sin perjuicio de lo que se dirá, como regla no cabe el control de su equilibrio.

Sin embargo, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia que seguidamente se expone».

- b) Puede, por tanto, controlarse por los Tribunales tanto su propia inclusión en los contratos como la transparencia de dichas cláusulas:
- En cuanto a la primera cuestión, el Tribunal Supremo entiende que sí pueden incluirse dichas cláusulas, siempre que cumplan los requisitos legales previstos, y que la prolija y detallada regulación de la concesión de los préstamos hipotecarios (OM de 5 de mayo de 1994), «garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del EURIBOR». Luego, concluye, estas cláusulas cumplen las exigencias legales para su incorporación a los contratos.
 - Respecto del control de transparencia, el Alto Tribunal, sin embargo no es tan benévolo y entiende que no superan este filtro o control ya que «como afirma el IC 2000, “[e]l principio de transparencia debe garantizar, asimismo, que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa”.

En este sentido, la STJUE, de 21 de marzo de 2013 (*RJ* 2013/93), *RWE Vertrieb AG*, ya citada, apartado 49, con referencia a una cláusula

que permitía al profesional modificar unilateralmente el coste del servicio contratado, destacaba que el contrato debía exponerse de manera transparente “[...] de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste [...]”.

Sentado lo anterior cabe concluir:

- a) Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente.
 - b) Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato».
- c) Es precisamente este último aspecto, la necesidad de comprensión por parte del prestatario de todas las cláusulas del contrato de préstamo, lo que lleva a la STS a entender que, en el caso de las cláusulas suelo, dicha comprensión real no se da, pues considera que existe una insuficiencia de información al consumidor, lo que conduce a que dichas cláusulas no sean transparentes, pues no están redactadas con suficiente claridad, o al menos la exigible para cualquier cláusula contractual, ya que, como afirma en el Fundamento décimotercero, no son transparentes porque:
- «a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
 - b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.
 - c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.
 - d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad —caso de existir— o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.
 - e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre las que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor».
- d) Por último, después de entender que se incumple el deber de transparencia, el TS, admitiendo entonces el control de carácter abusivo de las cláusulas suelo, entra a analizar si pueden considerarse abusivas por ser contrarias a la buena fe y suponer un desequilibrio de las prestaciones, porque la falta de transparencia no implica ninguno de estos dos aspectos.

En este sentido, el TS parte de afirmar la licitud de las cláusulas suelo: no son abusivas, ni desproporcionadas por sí mismas, y no «es preciso que exista un desequilibrio económico o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo o techo». Es más, sigue afirmando que también son lícitas

las cláusulas suelo cuando no exista cláusula techo, ya que a veces su coexistencia supone un mayor factor de distorsión de la información que se ofrece al consumidor —desmiente lo establecido por el Tribunal menor—, y que corresponde al empresario fijar el interés al que presta el dinero y fijar su oferta siempre que esté dentro de los límites fijados por el legislador.

Por eso, no puede afirmarse su abusividad en abstracto, ni la existencia de dicho desequilibrio en general.

3. Efectos de la abusividad por falta de transparencia

Ante estos planteamientos, el Tribunal Supremo concluye que dichas cláusulas son abusivas, o pueden ser atacadas, por su falta de transparencia; es decir, la falta de información al consumidor sobre las mismas, falta de claridad en su redacción, lo que conduce a una falta de comprensión total por el deudor hipotecario.

¿Cuáles son los efectos que dicha declaración de abusividad produce?:

- a) El Tribunal Supremo considera que ante una cláusula suelo abusiva por falta de transparencia, el juez no puede ni debe ni integrar ni moderar el contrato, pues esta posibilidad prevista en nuestro ordenamiento ha sido declarada contraria al Derecho de la Unión, por la STJUE de 14 de junio de 2012 y repetida en la reciente de 14 de marzo de 2013.
- b) Por lo tanto, declara nula la cláusula abusiva, pero no la del contrato en la que se inserta, sin posibilidad de integración del mismo.
- c) De este modo, se ordena la retirada de la cláusula, la obligación de abstenerse en utilizarla en lo sucesivo.
- d) Y los contratos de préstamo en los que se insertaban dichas cláusulas suelo siguen siendo obligatorios y produciendo sus efectos entre las partes sin esas cláusulas.
- e) Por último, se declara que esta sentencia no tiene efectos retroactivos, sin que pueda aplicarse, por tanto, a otros contratos anteriores a la misma, ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de la sentencia, por el perjuicio que la retroactividad podría suponer al orden público. Además, los efectos de la nulidad no pueden hacerse extensivos a otras entidades financieras distintas de las demandadas, y solo en cuanto a cláusulas idénticas.

2. ANÁLISIS CRÍTICO

Vistos y examinados con detalle los Fundamentos de Derecho de esta sentencia, sólo cabe hacer ahora ciertas observaciones a los mismos:

1. En primer lugar, es de agradecer que se ponga fin a un vaivén jurisprudencial que nada bueno aportaba en este asunto de tanta actualidad y en el que están afectados tantos particulares.
2. Si bien, nos parece un tanto alambicada la argumentación del Tribunal para poder concluir que se trata de una cláusula abusiva. Desde mi punto de vista, a pesar de proclamar la licitud de la cláusula suelo, a pesar de considerar que forman parte del objeto definitorio del contrato —préstamo—, de que su inclusión en los contratos es asimismo lícita, de que queda al arbitrio del empresario el establecer el precio que quiera dar a su

servicio, y de que en abstracto y en general no sean cláusulas contrarias a la buena fe, ni supongan una desproporción en las obligaciones de las partes contratantes, el Tribunal parece que olvida estas consideraciones, y que, obsesionado con llegar a la conclusión de abusividad, elabora toda una argumentación *ad hoc*, prolija, para concluir que el carácter abusivo solo se encuentra en la falta de transparencia e información. No digo que esta no sea necesaria e importante, al contrario, la transparencia y la información precontractual al consumidor es vital en los contratos de consumo, precisamente por la inferioridad normal del consumidor, pero, por una parte se me hace escasa la causa de abusividad, y por otra, un tanto incoherente con todas las apreciaciones hechas anteriormente, que parece deberían concluir con la validez de la cláusula suelo.

3. Además, y si estamos de acuerdo, en que en el caso analizado la falta de transparencia ha sido determinante, y no otra la razón de la abusividad, comparto con Encarna CORDERO LOBATO⁶, su idea de que entonces habría bastado a lo mejor con determinar su no inclusión en el contrato, o que se interpretara favorablemente al consumidor, pues son las consecuencias normales de la falta de transparencia. Siendo, tal vez, excesivo considerar que la falta de transparencia es causa de la abusividad de la cláusula, y por tanto, determinante de su nulidad.
4. En cualquier caso, esta sentencia, que ya ha tenido efectos jurisprudenciales, al no tener efectos retroactivos, y al no poder hacerse extensivos los efectos de la declaración de nulidad de forma indiscriminada y solo para las entidades demandadas y cuando se oferten «cláusulas idénticas», hace que la eficacia real de esta sentencia y la declaración de nulidad de la cláusula sea escasa para las expectativas levantadas. Las entidades demandadas, ya han retirado de sus contratos de préstamo las cláusulas suelo, y por osmosis, probablemente otras entidades también lo hagan, pero más por la presión social y de los medios, que por el alcance efectivo de la sentencia.
5. En conclusión, la sentencia tanto por sus planteamientos como por sus efectos, debería haber sido más concluyente, y es difícil que cumpla con las expectativas que ha generado de poner fin a las cláusulas suelo; pues aunque se esté en los casos iguales a los afectados por la sentencia, bastará una buena y previa información al consumidor, para poder seguir incluyendo dicha cláusula, que ya no será abusiva.

IV. CONCLUSIONES

De todo lo examinado hasta ahora, y gracias a la STS de 9 de mayo de 2013, podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. La STS de 9 de mayo de 2013 pone fin a la discusión jurisprudencial existente en torno a la validez o no de las cláusulas suelo, abogando por su nulidad.

⁶ CORDERO LOBATO, E., «Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)», en *Diario La Ley*, núm. 8088, de 22 de mayo de 2013.

2. Las cláusulas suelo, a pesar de que versan sobre elementos esenciales del contrato de préstamo —el precio—, pueden ser consideradas como condiciones generales de la contratación.
3. Son cláusulas muchas veces impuestas y no negociadas, pues el hecho de que exista cierta oferta o varios modelos por parte de la entidad acreedora que elige o acepta el consumidor, no supone negociación de las mismas.
4. Son cláusulas contempladas por la Ley, lícitas, pero eso no impide tampoco que se trate de condiciones generales.
5. Por ello, y aunque por versar sobre elementos esenciales del préstamo, no cabría por regla general un control judicial sobre su carácter abusivo, sí cabe un doble control de su inclusión en el contrato y su transparencia.
6. En el supuesto concreto de la STS de 9 de mayo, existe una falta de transparencia, una insuficiencia de información, lo que conduce a declarar la cláusula abusiva y por tanto nula.
7. El carácter abusivo de la cláusula suelo deriva solo de su falta de transparencia.
8. Al ser abusiva, es nula, y se ordena su exclusión del contrato, la abstención de volverla a utilizar y los efectos de la nulidad no pueden extenderse indiscriminadamente, afectando solo a los demandados y por cláusulas idénticas.
9. Siendo plausible el esfuerzo del Alto Tribunal y su contribución al fin de la polémica, consideramos que, a lo mejor, tal vez, es excesivo considerar que la falta de transparencia es causa de la abusividad de la cláusula, y por tanto, determinante de su nulidad. Puede que hubiera bastado con determinar su no inclusión en el contrato, o que se interpretara favorablemente al consumidor, como son las consecuencias normales de la falta de transparencia.
10. Por otra parte, consideramos que esta sentencia, en la práctica, por la limitación de sus efectos (ni retroactiva ni extensiva a otros supuestos), se va a quedar «corta», y no va a cumplir con las expectativas que en ella se han puesto, de acabar con las cláusulas suelo.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BALLUGERA GÓMEZ, C.: «La inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la STS de 16 de diciembre de 2009, sobre cláusulas abusivas en las hipotecas», en *Diario La Ley*, núm. 7469, de 16 de septiembre de 2010.
- «Un futuro lleno de cambios en la lucha contra las cláusulas abusivas de la hipoteca I y II», en *Diario La Ley*, núm. 8081, de 13 de mayo de 2013.
- CORDERO LOBATO, E.: «Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)», en *Diario La Ley*, núm. 8088, de 22 de mayo de 2013.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: «El procedimiento de ejecución de bienes hipotecados cuando existen cláusulas abusivas en el préstamo hipotecario que lo originó: Consecuencias de la STJUE», en *RCDI*, núm. 738, 2013, págs. 2667-2690.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Madrid de 2002; SAP de Sevilla, de 7 de octubre de 2011; SAP de Sevilla, de 10 de diciembre de 2011; SAP de Cáceres, de 24 de abril de 2012, y SAP de Alicante, de 13 de septiembre de 2013.

JUZGADOS DE LO MERCANTIL

- SJM de Barcelona, de 12 de septiembre de 2011; SJM de Sevilla, de 20 de septiembre de 2010; SJM de León, de 11 de marzo de 2011; SJM de Málaga, de 20 de noviembre de 2011; SJM de Palma de Mallorca, de 2 de febrero de 2012; SJM de Madrid, de 8 de septiembre de 2011; SJM de Alicante, de 23 de julio de 2011, y SJM de Jaén, de 7 de febrero de 2012.

TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 14 de octubre de 1999, STS de 4 de noviembre de 2010 y STS de 9 de mayo de 2013.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJUE de 3 de junio de 2010, STJUE de 21 de marzo de 2013, STJUE de 14 de junio de 2012 y STJUE de 14 de marzo de 2013.

RESUMEN

PRÉSTAMO HIPOTECARIO CLÁUSULAS ABUSIVAS CLÁUSULAS SUELO Y TECHO

La inserción de una pluralidad de cláusulas diversas en los préstamos hipotecarios es una constante en la práctica bancaria española. Muchas de ellas han sido consideradas como abusivas, y los registradores de la propiedad han denegado continuamente su inscripción en el Registro. Examinamos dos cláusulas concretas: la cláusula suelo y techo, cuyo carácter abusivo ha sido objeto de vaivenes y contradicciones jurisprudenciales en los últimos tiempos, hasta que la STS de 9 de mayo de 2013 ha puesto fin a esa incertidumbre. Se

ABSTRACT

MORTGAGE LOAN ABUSIVE CLAUSES CEILING CLAUSES AND FLOOR CLAUSES

If there is one constant in Spanish banking practice, it is the insertion of a great number and variety of clauses in mortgage loans. Many widespread clauses have been regarded as abusive, and land registrars have refused again and again to register them. This paper examines two particular clauses, the ceiling clause and the floor clause. Case law on the abusive nature of such clauses was once rife with ups and downs and self-contradictions, until the Spanish Supreme Court issued its decision of 9

desarrolla en este trabajo la evolución jurisprudencial sobre la consideración de estas cláusulas como abusivas, y se analiza la nueva doctrina jurisprudencial establecida en esta importante sentencia.

May 2013, putting an end to the uncertainty. This paper traces the evolution of case law on the abusiveness or otherwise of ceiling and floor clauses, and it looks at the new jurisprudential doctrine established in the important decision of 9 May 2013.

1.4. Sucesiones

SOBRE LA NOCIÓN DE HERENCIA: PROPUESTA Y REVISIÓN DE SU CONCEPTO A LA LUZ DE LA DOCTRINA Y DE LA JURISPRUDENCIA

por

M.^a CARMEN NÚÑEZ MUÑIZ

*Profesora contratada Doctora del Departamento de Derecho Civil
de la Facultad de Derecho de la UNED*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. ACEPCIONES DE LA HERENCIA SEGÚN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DE LA DGRN.—III. CONTENIDO DE LA HERENCIA. SISTEMA ADOPTADO POR NUESTRO DERECHO: 1. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO SUCESORIO: EL PASIVO FORMA PARTE DE LA HERENCIA: NUEVAS FÓRMULAS EN LOS TEXTOS FORALES: A) *Posturas que ponen en tela de juicio la anterior doctrina.* B) *Posición de la jurisprudencia.* 2. LA HERENCIA TAMBIÉN COMPRENDE RELACIONES NO PATRIMONIALES. 3. NO TODAS LAS RELACIONES QUE CORRESPONDÍAN AL CAUSANTE FORMAN PARTE DE LA HERENCIA. 4. LA HERENCIA LA COMPONEN TODAS LAS RELACIONES JURÍDICAS TRANSMISIBLES, INCLUSO LAS NO PATRIMONIALES. 5. EL CÓDIGO CIVIL NO HA SEGUIDO EL SISTEMA ROMANO DE LA *SUCCESSIO* EN TODA SU PUREZA.—IV. PERSPECTIVA DINÁMICA DE LA HERENCIA: LA SUCESIÓN. 1. SIGNIFICADO DE LA PALABRA SUCESIÓN. 2. LA SUCESIÓN UNIVERSAL. ¿EN QUÉ CONSISTE?: A) *Universalidad significa totalidad patrimonial indeterminada.* B) *Lo característico de la sucesión universal es la forma de suceder.* C) *Lo universal es el título.* D) *Significado de la sucesión universal.*—V. ASPECTO SUBJETIVO DE LA HERENCIA: POSICIÓN JURÍDICA DEL HEREDERO.—VI. CRISIS ACTUAL DE DETERMINADOS CONCEPTOS.—VII. DEFINICIÓN DE HERENCIA.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. PLANTEAMIENTO

Definir la herencia no es tarea sencilla, y ello por varias razones; en primer lugar, por la diversidad de acepciones con que se suele utilizar el citado vocablo; así, nos encontramos con la herencia en sentido objetivo que afecta a los distintos elementos o relaciones que integran o forman parte de ella, es decir, la masa o el conjunto que se recibe, lo cual nos lleva más que al concepto, a la determinación de su contenido. De herencia en sentido subjetivo, es la teoría que describe la situación jurídica producida en el heredero a causa de la transmisión, y por último, la acepción que CASTÁN TOBEÑAS¹ denomina orgánica o institucional, para referirse a la sucesión o transmisión que lleva consigo la adquisición, de modo unitario, de titularidades jurídicas. Desde este punto de vista destaca su aspecto dinámico, haciendo tránsito del causante al heredero².

¹ *La concepción estructural de la herencia*, Ed. Reus, Madrid, 1959, pág. 89.

² En este sentido ha sido definida la herencia en la STS de 27 de junio de 1949 (Sala 5.^a), dice: «la herencia se concibe en nuestra doctrina actual como un patrimonio unitario en

A todo esto se une la distinta terminología utilizada para aludir a ella, pues se suele emplear como sinónimo la expresión sucesión universal. El Código Civil, en el artículo 660, identifica heredero con sucesor universal, al decir «llámase heredero al que sucede a título universal...»; en este sentido, HERNÁNDEZ GIL³ considera que hay una completa equivalencia entre sucesión a título universal y herencia, si bien no faltan autores que opinan que «la sucesión y la herencia son dos conceptos distintos, aunque relacionados entre sí, en cuanto la primera es el modo legal por virtud del cual se transmiten los bienes del finado, y la segunda la universalidad o conjunto de bienes, derechos y obligaciones que constituyen el patrimonio del mismo»⁴.

No debemos olvidar, por supuesto, la doble influencia romana y germánica en la regulación de nuestro Derecho Sucesorio, punto este en el que tampoco reina el consenso doctrinal sobre el sistema predominante en la concreción de qué es la herencia, o qué posición corresponderá al heredero: si el sistema romano de la *successio in ius defuncti*, en virtud del cual el sucesor se subrogaría en la posición jurídica del causante, produciéndose un cambio meramente subjetivo; o el germánico, de la *adquisitio per universitatem*. Según éste, el llamado vendría a adquirir los bienes del causante, si bien con la carga de las deudas, pero no ocuparía la misma posición que aquél⁵.

Sin embargo todas estas cuestiones no son más que aspectos parciales del mismo fenómeno, y pueden reconducirse a una sola: determinar qué relaciones jurídicas forman parte de la herencia, qué es lo que integra su contenido. Desde este punto de vista es indiferente la óptica desde la cual se observe el fenómeno hereditario; si lo consideramos objetivamente nuestra atención va a centrarse solo en el patrimonio relicto, abstracción hecha de toda consideración a quién vaya a ser su titular. Empero, la atención del investigador también puede detenerse en cuál va a ser la posición jurídica que corresponde asumir al heredero. Ahora bien, en definitiva, la posición de aquél va a venir determinada por los elementos o relaciones que le correspondan como tal heredero, y lo que va a adquirir no es si no aquello que integra el contenido de la herencia. Por otro lado éste va a depender, al igual que la posición jurídica del heredero, del sistema, romano o germánico, que nuestro Derecho haya seguido en este punto concreto (tema este que no vamos a tratar por cuestiones de espacio, sin perjuicio de hacer alguna breve referencia).

La cuestión principal que se plantea es la siguiente, ¿las deudas y obligaciones del causante forman parte de la herencia y en consecuencia son asumidas personalmente por el heredero (sistema romano), o, por el contrario, se consideran como una detracción del activo, y a la postre lo que el heredero va a recibir es el remanente de los bienes tras haber pagado aquéllas (sistema germánico)? Este problema se planteó en idénticos términos respecto de la noción de patrimonio, y es que, como señala CASTÁN TOBEÑAS⁶, la herencia, en su consideración actual, es, sobre todo, una derivación o aplicación lógica de la idea de patrimonio y las dudas

tránsito desde un titular cuya personalidad se ha extinguido por muerte (*auctor, decuius*) a otro titular (heredero)...».

³ *Lecciones de Derecho Sucesorio*, Madrid, 1973, pág. 32.

⁴ MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español*, t. V, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1910, pág. 322.

⁵ Vid., MORETÓN SANZ, *La asunción espontánea de deuda*, Lex Nova, Valladolid, 2008, págs. 44 y sigs., y la bibliografía allí citada.

⁶ «Concepción estructural de la herencia», *ob. cit.*, pág. 76.

que rodean esta noción, repercuten en el concepto de aquella. En este mismo sentido, Díez Pícazo-Gullón⁷ admiten la idea de patrimonio como un presupuesto de la idea de herencia. No es que el patrimonio se transmita a los herederos. El patrimonio se transforma en herencia y solo la herencia les es transmitida. El concepto de herencia presupone necesariamente la idea de patrimonio. No obstante conviene precisar, siguiendo al profesor Lasarte Álvarez⁸, que, si bien para determinar el contenido de la herencia hay que tener en cuenta el patrimonio del causante, ambos no son absolutamente coincidentes en su composición, pues hay derechos personalísimos que formando parte del patrimonio del causante, se extinguen por su muerte y por lo tanto, no se transmiten a los herederos por no formar parte de la herencia; por ejemplo, los derechos de usufructo, uso, habitación vitalicios a extinguir por la muerte del titular.

Otros opinan que la herencia es el patrimonio del difunto, y consideran que éste no es solo activo, sino activo y pasivo, o incluso sólo pasivo. Está constituido por el conjunto de derechos y obligaciones pertenecientes a una persona y que sean susceptibles de valoración económica. En la herencia se integran algunas relaciones jurídicas de las que no se puede afirmar de modo pleno su patrimonialidad. Sin embargo, es lo cierto que la herencia, fundamentalmente, está constituida por un patrimonio, aunque en conexión con esas relaciones patrimoniales puedan aparecer otras que no lo sean⁹. Roca Sastre¹⁰ define el patrimonio de manera muy parecida, como «el total conjunto de derechos y obligaciones, en su apreciación económica, atribuidas a un solo titular».

El Código Civil se refiere a la herencia en el artículo 659, cuando establece que: «la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte». A la vista de este precepto y aquellas definiciones, parece que no hay duda por lo que tanto la herencia como el patrimonio están integrados por derechos y obligaciones, es decir, comprenden activo y pasivo¹¹. Respecto de la herencia, abunda en la misma idea el artículo 661 del Código Civil al disponer: «los herederos suceden al difunto por el solo hecho de su muerte en todos sus derechos y obligaciones».

Sin embargo, las cosas no son tan sencillas, y del patrimonio se han dado dos nociones diferentes, una coincidiendo con la proporcionada más arriba, que lo considera un conjunto de relaciones jurídicas, sean activas o pasivas que en el momento de que se trate, forman esta esfera. Para la otra corriente, patrimonio

⁷ *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Ed. Tecnos, Madrid, 2012, pág. 375.

⁸ *Principios de Derecho Civil, VII, Derecho de Sucesiones*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2011, pág. 10.

⁹ En este sentido, Hernández Gil, A., *Obras completas, Derechos Reales, Derechos de Sucesiones*, t. IV, Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1989, pág. 465.

¹⁰ «El patrimonio», en *RCDI*, 1926, pág. 170.

¹¹ Así lo entiende también Florez, C., «El patrimonio», en *T.S.U. Bancas y Finanzas*, 3.º semestre de Derecho, 17 de noviembre de 2003, pág. 1; se encuentra en <http://www.monografias.com/trabajos14/patrimonio.shtml>. Define el patrimonio como «el conjunto de relaciones jurídicas pertenecientes a una persona, que tienen una utilidad económica y por ello son susceptibles de estimación pecuniaria, y cuyas relaciones jurídicas están constituidas por deberes y derechos (activos y pasivos)». En el mismo sentido, Palacios Ochoa, L. R., *El patrimonio: nociones, concepto y teorías*, pág. 2; en red: <http://www.monografias.com/trabajos75/patrimonio-nociones-concepto>. En pág. 6, Florez destaca que el patrimonio queda conformado como una universalidad existencial transmisible a herederos o causahabientes en el mundo de las personas naturales o en el mundo de las sociedades o entes colectivos.

está constituido exclusivamente por derechos, excluyendo las obligaciones que ni forman parte de él ni lo configuran, sino carga que lo grava¹².

II. ACEPCIONES DE LA HERENCIA SEGÚN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DE LA DGRN

De la herencia (en sentido objetivo, como conjunto de relaciones jurídicas que una persona deja al morir), asimismo existen dos acepciones señaladas en nuestra jurisprudencia: una la que integra todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, y otra como remanente en favor del heredero después de pagadas las deudas del causante y cumplidas las obligaciones impuestas en el testamento. Incluso es frecuente que el testador en la disposición *mortis causa* diga «que instituye heredero a... en el remanente de sus bienes». Fórmula esta que la RDGRN, de 25 de agosto de 1923¹³, declaró incorrecta. En cuanto a las sentencias que recogen este concepto estricto de la herencia, podemos citar, a modo de ejemplo, la de 24 de noviembre de 1911¹⁴ que declara: «...en reiteradas sentencias tiene asimismo declarado este Tribunal que la herencia la constituye el remanente que, después de pagados los legados y deudas, quedare del conjunto de bienes, derechos y obligaciones del causante»; en otra de 5 de diciembre de 1941 se dice lo siguiente: «la sentencia recurrida no ha olvidado las dos acepciones que se pueden dar a la palabra herencia, o sea, el amplio y usual que se desprende de la letra del artículo 659... y el restrictivo y económico que se hace constar en algunas resoluciones de esta Sala, el conjunto de bienes, derechos y obligaciones del causante después de sacar del caudal de la sucesión las deudas y mandas dejadas por el causante...». También la doctrina se hace eco de estas acepciones. En este sentido, ALBALADEJO GARCÍA¹⁵ estima que también se habla de herencia para referirse, no al total patrimonio del difunto, sino unas veces a su parte activa, es decir, los bienes y derechos, dejando fuera el pasivo, concebido como carga de la herencia, y otras, al saldo hereditario, o remanente del activo después de haber pagado el pasivo y en general las cargas hereditarias. Ésta, a juicio del citado maestro, es una visión, cuando menos, práctica de la sucesión, ya que realmente lo que se incorpora de modo definitivo al patrimonio personal del sucesor, es solo el saldo hereditario. Otros, por el contrario, partiendo de que la herencia, al menos en su concepto legal, comprende activo y pasivo —derechos y obligaciones—, reconocen que también se utiliza ese término en un sentido más restringido y de mucho arraigo popular, para expresar el remanente de los bienes y derechos del causante después de satisfechas sus deudas y obligaciones¹⁶.

La doctrina aprecia en esta acepción restringida de la herencia, cierta influencia germánica, en cuanto que para este sistema, el heredero solo va a recibir los bienes subsistentes tras haber satisfecho las cargas. Así se manifiesta ROCA SAS-

¹² ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil*, t. I, Bosch, Barcelona, 2009, págs. 475 y 476. Revisado y puesto al día de legislación y jurisprudencia por Silvia DÍAZ ALABART.

¹³ Jurisprudencia Civil (JC), núm. 23.

¹⁴ JC, núm. 140.

¹⁵ *Curso de Derecho Civil*, t. V, Ed. Bosch, Barcelona, 2008, págs. 10 y 11.

¹⁶ Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. VI, vol. I, revisada y puesta al día por GONZÁLEZ PORRAS, Ed. Reus, Madrid, 2010, pág. 93.

TRE¹⁷, quien tras subrayar que la jurisprudencia parece mantener la línea clásica del Derecho romano, reconoce que, pese a esa orientación, se ha desenvuelto nuestro ordenamiento. De hecho, constantemente la jurisprudencia de los Tribunales, aparece la idea de que la herencia está constituida por la masa de bienes remanente después de pagarse deudas y legados. En esta noción hereditaria, de cierta consistencia germánica, se inspira también la técnica notarial cuando en los testamentos se emplea la fórmula «en el remanente de sus bienes instituye único y universal heredero».

También hay otros autores que consideran que la jurisprudencia ha llegado a acoger la concepción germánica¹⁸. No obstante merece destacar la postura —a nuestro juicio y dada su originalidad, la transcribiremos literalmente—, de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS¹⁹, quien sostiene que: «El concepto residual de herencia —y su corolario “primero es pagar que heredar”—, tan arraigado en nuestro sistema tradicional, pervive en la jurisprudencia posterior al Código, y hasta en ella alcanza la consideración de principio general de Derecho. Pero la doctrina no ha sabido ver que dicho concepto se refiere a la subsistencia del patrimonio hereditario. No ha entendido en qué términos son compatibles el concepto universal de la herencia —la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones, art. 659— y el concepto residual —no hay herencia sino en el residuo después de pagadas las deudas—. Se ha olvidado su raigambre histórica. Se le ha motejado, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, de concepto más económico que jurídico. Y se estigmatizan de incorrectas las fórmulas notariales en que todavía pervive». Y continúa: «no obstante la sucesión y mientras haya cargas hereditarias, hay patrimonio hereditario autónomo y diferenciado del patrimonio personal del heredero; que únicamente el remanente, lo que queda tras la satisfacción de las cargas, es lo que verdaderamente se incorpora y confunde en el patrimonio personal²⁰. Sin dejar de ser cierto que por la sucesión el heredero adquiere desde la muerte el total patrimonio del causante (arts. 659, 660, 661, 989 CC), es decir, sin dejar de estar vigente en toda su plenitud respecto de los derechos y obligaciones la concepción de la sucesión universal, es, a la vez, cierto este concepto residual de la herencia en cuanto que lo único que se integrará indiferenciadamente en el patrimonio puramente personal del causante (*sic*) es sólo el residuo, lo que queda de la herencia después de satisfechas las cargas. Mientras hay cargas, hay patrimonio hereditario autónomo y diferenciado del

¹⁷ «Crítica institucional del Código Civil», en *Estudios sobre Sucesiones*, t. I, Madrid, 1981, pág. 58.

¹⁸ Cfr. GARCÍA BAÑÓN, *El beneficio de separación*, Ed. Rialp, Pamplona, 1962, pág. 45.

¹⁹ *La herencia y las deudas del causante*, ed. Comares, Granada, 2009, págs. 100 y 101. En nota a pie de página número 29 sostiene que «conforme a la sentencia de 5 de noviembre de 1920, es principio general de Derecho, sancionado por nuestra legislación, a contar desde las leyes de Partida, y constantemente aplicado por nuestro Tribunal, que la herencia de una persona la constituye el remanente de sus bienes después de satisfechas sus deudas y obligaciones». Constantemente se refleja, en efecto, en la jurisprudencia este concepto residual. «Unas veces se refiere solo al previo pago de las deudas (así la sentencia de 5 de noviembre de 1920); otras, también, al pago previo de los legados».

²⁰ Postura esta que no comparte NAVARRO CASTRO, M., *La responsabilidad por las deudas hereditarias*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009, pág. 33, pues en su opinión, no puede admitirse que si un acreedor del causante no tiene bienes suficientes con que cobrarse en el patrimonio del heredero, pueda dirigirse contra los acreedores del heredero que ya han cobrado con bienes del causante, reclamándoles estos, al menos basándose solo en el origen de una u otra deuda.

personal del heredero aunque la titularidad del patrimonio viene atribuida por la sucesión universal al heredero». Este concepto residual de herencia es compartido por otra parte de la doctrina²¹.

PEÑA trata de demostrar que no hay por qué ver en la institución en el remanente de los bienes una influencia germánica, sino que es algo perfectamente compatible con la sucesión universal en virtud de la cual el heredero sucede en el activo y en el pasivo de la herencia. Lo que ocurre es que esta compatibilidad solo existirá, a nuestro entender, en el caso de que la herencia, tras la liquidación arroje un saldo positivo; únicamente en estos casos podría hacerse una institución de heredero de esta manera; porque ¿qué ocurre si se instituye heredero en el remanente de los bienes, y estos resultan no ser suficientes para pagar todas las deudas?; si nos atenemos a la literalidad de la fórmula empleada, tal vez deberíamos llegar a la conclusión de que al no existir ningún bien que pueda recibir el llamado, puesto que éste ha sido instituido en lo que reste, no existirá ni heredero ni herencia; y en este caso, ¿qué ocurre con las deudas que no han sido satisfechas por insuficiencia de bienes hereditarios? El Código Civil es muy claro en este aspecto, aparte de los artículos 659 y 661 arriba transcritos, que ya hemos visto que contemplan la herencia como un conjunto de derechos y obligaciones, el artículo 1003 dispone: «por la aceptación pura y simple, o sin beneficio de inventario, quedará el heredero responsable de todas las cargas de la herencia, no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios». Al hacer personalmente responsable al heredero de las cargas de la herencia, es evidente que es porque al aceptar las ha *adquirido* y continúa siendo tal heredero a pesar de no existir en la masa hereditaria bienes suficientes para poder atender las obligaciones del *de cuius*, e incluso aunque ni siquiera existan tales bienes. Por tanto, al menos para estos casos en que el pasivo hereditario es superior al activo, la fórmula de instituir en el remanente de los bienes no solo no parece acertada, sino que no nos parece compatible con el sistema seguido por nuestro Derecho.

III. CONTENIDO DE LA HERENCIA. SISTEMA ADOPTADO POR NUESTRO DERECHO

1. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO SUCESORIO: EL PASIVO FORMA PARTE DE LA HERENCIA: NUEVAS FÓRMULAS EN LOS TEXTOS FORALES

Como ya hemos puesto de relieve, al hablar de contenido estamos haciendo referencia también al objeto de la herencia, es decir, al conjunto de relaciones jurídicas que pasan del causante al heredero, y ello va a depender, en cierto modo, del sistema, romano o germánico, que se considere predominante en nuestro Código Civil.

El punto de partida en esta materia viene representado por el artículo 659 del citado cuerpo legal al disponer: *la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte*. No obstante, SANCHO REBULLIDA²² al comentar su contenido, advierte que su objeto no es fijar el

²¹ Vid., por todos, ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *Curso de Derecho Hereditario*, Ed. Civitas, Madrid, 1990, pág. 39. En su opinión, la herencia es lo que queda, el residuo después de la ejecución hereditaria.

²² *Comentario del Código Civil*, t. I, dirigido por PAZ ARES, DIEZ-PICAZO, BERCOVITZ y SALVADOR CODERCH, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pág. 1660.

contenido de la herencia, sino señalar el ámbito exhaustivo del fenómeno sucesorio; para LACRUZ BERDEJO²³ significa que la sucesión hereditaria solo tiene lugar en cuanto a los derechos transmisibles; pero también, que todas las posiciones heredables, deben ser heredadas.

Evidentemente el artículo no enumera todas y cada una de las relaciones transmisibles, pero al delimitar el ámbito sucesorio, nos está diciendo que la herencia comprende activo y pasivo. Es decir, las deudas del causante forman parte integrante de la herencia, y por lo tanto, se transmiten al heredero que se convierte así en deudor.

Pero el 659 no es el único precepto que alude a las obligaciones como elementos integrantes de la herencia, también el artículo 66 dispone: «los herederos suceden al difunto por el solo hecho de su muerte *en todos sus derechos y obligaciones*». El artículo 1003 al establecer que: «por la aceptación pura y simple, o sin beneficio de inventario, quedará el heredero responsable *de todas las cargas de la herencia, no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios*». E incluso el 1.023 al regular los efectos de la aceptación a beneficio de inventario, y limitar en su párrafo 1.º la responsabilidad del heredero por las deudas y cargas de la herencia a los bienes de ésta, y disponer en su párrafo 3.º que los bienes hereditarios y los propios del heredero no se confunden para ningún efecto en daño de éste, está admitiendo, *sensu contrario*, la responsabilidad ilimitada del heredero que no acepte a beneficio de inventario.

De la lectura de estos preceptos parece que debemos extraer la conclusión de que nuestro Derecho sucesorio, al menos en este punto concreto, obedece al sistema romano de la *successio*, y en consecuencia, las deudas y obligaciones del causante son asumidas personalmente por el heredero en cuanto que relaciones integrantes del patrimonio hereditario; no se trata de que sean una mera carga o detracción del activo, quedando sólo responsable el caudal relicto, como ocurre en el sistema germánico. Aquí el heredero *adquiere, asume*, las deudas convirtiéndose en deudor y en consecuencia, sus bienes personales pueden resultar agredidos por los acreedores del difunto²⁴, salvo que haya solicitado el beneficio de inventario para limitar su responsabilidad a los bienes relictos.

Este es el parecer de la mayoría de la doctrina, el considerar que el pasivo forma parte integrante de la herencia y como tal es transmitido al heredero. Ahora bien, como es de suponer, cada autor destaca un aspecto distinto de la herencia, aporta su personal concepto, pero coincidiendo en lo fundamental: la herencia comprende activo y pasivo y éste es asumido por el heredero²⁵.

Así, unos destacan la idea de herencia como universalidad en la sucesión de los derechos transmisibles, activos y pasivos de una persona fallecida, excepción hecha de los personalísimos o intransmisibles²⁶. Otros, sin dejar de referirse a la herencia como *universitas iuris* (universalidad) en la medida que su contenido o, lo que es lo mismo, su aspecto objetivo está formado por un conjunto de bienes derechos acciones y obligaciones que está individualizada en relación al

²³ *Anotaciones al Derecho de Sucesiones* de BINDER, Ed. Labor, Madrid, 1953, pág. 21.

²⁴ Cfr. NAVARRO CASTRO, M., *ob. cit.*, pág. 61.

²⁵ Vid., MORETÓN SANZ, «Cuestiones sobre las deudas del causante y el especial supuesto de la responsabilidad del comprador de cuota hereditaria», en *RCDI*, 716, págs. 3175 y sigs.; vid., también MINGORANCE GOSÁLVEZ, *El pago de las deudas hereditarias*, Dykinson, Madrid, 2004, pág. 177.

²⁶ Cfr. MORATÓ, *El Derecho Civil español con las correspondencias del romano*, t. II, Valladolid, 1887, pág. 5.

patrimonio de la persona de la que procede, están sometidos a un solo vínculo. Pese a la heterogeneidad y complejidad de relaciones que la componen, giran en torno a un centro común: la persona de la que proceden²⁷.

Sin embargo para LACRUZ BERDEJO²⁸, las deudas no forman parte de la herencia cuando ésta se considera en su sentido objetivo, aunque son asumidas por el heredero. La sucesión en las mismas no tiene lugar por pertenecer éstas al patrimonio hereditario, sino porque así lo dispone el Derecho positivo (arts. 659 y 661 CC). El Código Civil no emplea una terminología muy precisa, mas cuando habla de la herencia en sentido objetivo (considera que el art. 659 se refiere a la herencia en sentido subjetivo), parece referirse sólo al conjunto de bienes del causante: así en las reglas relativas al beneficio de inventario o a la participación (por ejemplo, arts. 1013, 1058, 1061, 1068). En cambio al pasivo hereditario lo considera, no como parte de la herencia, sino como un gravamen: así en el artículo 1023, al hablar de las «deudas y demás cargas de la herencia», o en el 1085 en que trata del «coheredero que ha pagado más de lo que corresponde a su participación en la herencia» (además, los arts. 1003, 1032 y sigs., 1083 y sigs.).

La postura que sostiene que las deudas pasan al heredero, no porque formen parte de la herencia (se consideran carga o gravamen de ésta), sino porque así lo dispone la ley entendemos que efectivamente así es, porque la ley es en definitiva la que dispone la regulación de las instituciones. Entre los varios sistemas posibles de transmisión hereditaria, nuestro legislador optó por el de la sucesión universal, como podría haber optado, por ejemplo, por el sistema anglosajón, y las deudas no formarían parte de la herencia; pero no fue así, y la consecuencia es que por disposición de la ley las deudas forman parte de la herencia y se transmiten porque forman parte de la misma; así lo dispone el artículo 659, según el cual, «la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones...». Consideramos que este artículo está fijando el contenido o ámbito objetivo de la herencia, no la posición jurídica que le corresponderá al heredero. Siendo el artículo 661, por el contrario, de sabor subjetivista cuando dispone que «los herederos suceden al difunto... en todos sus derechos y obligaciones». Estos dos preceptos se refieren a ambos aspectos de la herencia, objetivo el 659 en cuanto que fija su ámbito²⁹ y contenido, y subjetivo el 661 al especificar lo que recibirá el heredero. Si relacionamos los sendos preceptos, tendremos que en definitiva lo que el heredero va a recibir (art. 661), es lo que la herencia objetivamente considerada integra, y en este contenido están las deudas (art. 659).

Se apoya esta teoría de que las deudas no forman parte de la herencia, en que cuando el Código Civil se refiere a la herencia en sentido objetivo, habla solo de bienes, por ejemplo, los artículos 1013, 1058, 1061 y 1068. Sin embargo, no nos parece, modestamente, que de estos preceptos pueda extraerse esa consecuencia. En primer lugar porque como ya se ha dicho, la terminología del Código es muy imprecisa, y a veces utiliza la palabra «bienes» como sinónimo de herencia³⁰; en segundo lugar, porque el artículo 1013 menciona la confección de un inventario

²⁷ Cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, t. VI, vol. I, Madrid, 1910, pág. 13.

²⁸ «Notas a BINDER», *ob. cit.*, pág. 22.

²⁹ En el mismo sentido, MORETÓN SANZ, «La transmisión *mortis causa* de los derechos de explotación devengados de las creaciones literarias, artísticas y científicas: controversias testamentarias en materia de Propiedad Intelectual», en *RCDI*, núm. 736, 2013, pág. 1171.

³⁰ Así lo han puesto de manifiesto GARCÍA RUBIO, *Distribución de toda la herencia en legados*, Ed. Civitas, Madrid, 1989, pág. 225; y ROCA SASTRE, «Crítica Institucional al Código Civil», *ob. cit.*, pág. 55 (el art. 891 utiliza la palabra «herencia» en lugar de «bienes»).

de «todos los bienes» de la herencia; no creemos que mencione solo la palabra «bienes» en sentido estricto, porque esto sea lo único que contiene la herencia, sino más bien porque la obligación de hacer inventario (cuando se acepta así la herencia) es para garantizar los derechos de los acreedores y evitar que los herederos puedan distraer bienes con el consiguiente perjuicio para aquellos. Desde luego a los acreedores lo que más le interesa conocer, son los bienes, pues solo sobre estos van a satisfacer sus créditos, aunque también pudiera interesarle las restantes deudas que pueda tener el causante, aunque desde luego en menor medida. Los artículos 1058, 1061 y 1068 hablan respectivamente de distribuir la «herencia», adjudicar «cosas», y conferir la propiedad de los «bienes». Creemos que esto es así porque lo único que pueden distribuir y adjudicar los herederos son los bienes, si se les permitiera disponer de las deudas, estarían disponiendo de derechos ajenos³¹, los de los acreedores. Si el artículo 1082 autoriza a los acreedores a oponerse a que se lleve a efecto la partición hasta que se les pague o afiance sus créditos, no se les va a permitir a los sucesores que se repartan entre ellos las deudas como tengan por conveniente³², cosa que ocurriría si en los artículos citados, a la palabra «bienes» se añadiese «deudas»³³.

Por su parte GARCÍA DE HARO y FALCÓN CARRERAS³⁴ dicen que nuestro Código Civil no sigue el sistema germánico u objetivo de la *adquisitio per universitatem*, sino un sistema subjetivo de tipo romanístico, que, sin embargo, no coincide exactamente con la *successio* romana³⁵.

PUIG PEÑA³⁶ se muestra categórico al decir que en nuestra legislación domina de manera intensa la tradición romana, aunque reconoce que existen algunas importantes desviaciones de la misma, citando entre otras, la posibilidad que tiene el testador de distribuir toda la herencia en legados haciendo desaparecer de esta forma la responsabilidad ilimitada que considera idea cardinal del sistema romano cuando no se acepta a beneficio de inventario.

³¹ Entiéndase que en este caso no nos estamos refiriendo a que las deudas no puedan transmitirse, sino a que, cuando una persona otorga testamento, normalmente dispone de su activo; las deudas le son adjudicadas automáticamente como consecuencia del juego de la sucesión universal a los herederos en la proporción correspondiente, con independencia de que el testador pueda gravar a un heredero o legatario con una deuda concreta. De hecho, el artículo 667 del Código Civil define el testamento como un acto de disposición de bienes.

³² Tema distinto en el que no vamos a entrar por no ser éste el objeto del trabajo, es la responsabilidad solidaria o mancomunada de los herederos durante el estado de indivisión de la herencia, solo decir que el artículo 1084 del Código Civil impone la responsabilidad solidaria de todos los herederos una vez efectuada la partición, y la STS de 1 de marzo de 1999, matiza que la responsabilidad solidaria solo rige cuando el acreedor sea un tercero ajeno a la herencia, no cuando lo sea uno de los herederos; en este caso será mancomunada. Sobre este tema, véase por todos, NAVARRO CASTRO, M., *ob. cit.*, págs. 139 y sigs.

³³ Respecto a que el testador carece de facultad dispositiva sobre las deudas, cfr. LASARTE ÁLVAREZ, «Principios... VII», *ob. cit.*, pág., 12. y bibliografía allí citada.

³⁴ *Notas a las Instituciones de Derecho Civil de Barassi*, Ed. Bosch, Barcelona, 1955, pág. 371.

³⁵ BARASSI, «Instituciones de Derecho Civil», *ob. cit.*, pág. 370, por su parte estima que la sucesión a título de heredero tiene por objeto la totalidad de las relaciones patrimoniales del difunto que perduran después de su muerte, en el patrimonio del causante, por lo que se sucede en cada una de las relaciones jurídicas, y por consiguiente, en las deudas y gravámenes de la misma, que pueden ser superiores al activo sin que por ello se desfigure el concepto de herencia.

³⁶ *Tratado de Derecho Civil Español*, t. V, vol. I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pág. 34 y sigs.

ROCA-SASTRE MUNCUNILL³⁷, al referirse a los elementos que integran la herencia, estima que estos suelen ser cosas, créditos y deudas, o sea activo y pasivo, pero reconoce que es posible que el pasivo supere al activo, o incluso que solo contenga deudas, en cuyo caso estaríamos en presencia de una *damnosa hereditas*. Esta concepción de la herencia —dice el autor— es la que prevalece en el Derecho Común y debe prevalecer también en el Derecho Civil catalán, por vigencia a título supletorio del Derecho romano. Considera que no es posible concebir la herencia como el remanente líquido resultante de detraer del activo el pasivo correspondiente, porque las deudas no se configuran como cargas o gravámenes del activo, sino como formando un todo indiferenciado, objetivamente unificado³⁸.

CASTÁN TOBEÑAS³⁹, por su parte, considera integrados en la herencia, en su concepto legal —que es un reflejo del concepto romano—, el activo y el pasivo, los derechos y las obligaciones, con la sola excepción de aquellos que sean personalísimos e intransmisibles, por ejemplo, los derechos de usufructo, uso y habitación. Considera que la redacción de los textos del Código español no autoriza a suponer que las deudas funcionan como carga del caudal relicto y no son elementos componentes del patrimonio hereditario que, como tales, pasan a ser obligaciones del heredero⁴⁰.

A) Posturas que ponen en tela de juicio la anterior doctrina

Que las obligaciones del causante forman parte de la herencia y por lo tanto el heredero responde de ellas *ultra vires*⁴¹ es una opinión casi unánimemente

³⁷ «Conceptes generals del dret de successions», en *RJC*, 1985, pág. 94.

³⁸ En este mismo sentido parece manifestarse el artículo 411-1 del Código Civil de Cataluña relativo a las sucesiones, de 2008 al disponer: «El heredero sucede en todo el derecho de su causante. Consecuentemente, adquiere los bienes y derechos de la herencia, se subroga en las obligaciones del causante que no se extinguen por la muerte, queda vinculado a los actos propios de este y además, debe cumplir las cargas hereditarias». También para VALLET DE GOYTISOLO la herencia comprende activo y pasivo: bienes y gravámenes, créditos y deudas. *Panorama de Derecho de Sucesiones, I, Fundamentos*, Ed. Civitas, Madrid, 1982, pág. 156.

³⁹ «Derecho Civil Español, Común y Foral», t. VI, vol. I, *ob. cit.*, pág. 93.

⁴⁰ «La dogmática de la herencia y su crisis actual», *ob. cit.*, pág. 82.

⁴¹ Conviene destacar que las legislaciones forales de Aragón y Navarra limitan la responsabilidad del heredero a los bienes hereditarios. El artículo 138 de la compilación aragonesa, ya derogado, disponía: «el heredero responde de las deudas de la herencia exclusivamente con los bienes que reciba del caudal relicto, aunque no se haga inventario. Sin embargo, responderá con su propio patrimonio el valor de lo heredado que enajene o consuma. La confusión de patrimonios no se produce en daño del heredero ni de quienes tengan derechos sobre el caudal relicto». Artículo que reproduce casi íntegramente el actual 355 del Código de Derecho Foral de Aragón, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, al disponer: 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». La Ley 318 de la Compilación navarra se manifiesta en parecidos términos al establecer que «el heredero responderá frente a los acreedores hereditarios y legatarios con el valor de los bienes de la herencia exclusivamente, pero si excediere en el pago a los acreedores, estos no estarán obligados a restituir».

compartida; no obstante, no faltan autores que sostienen la postura contraria, o por lo menos ponen en tela de juicio que la forma normal de suceder sea con responsabilidad ilimitada del heredero, y que la responsabilidad *intra vires* sea consecuencia de un modo anómalo de suceder, o, lo que es igual, de un modo cualificado de aceptar (a beneficio de inventario)⁴².

Sin embargo, esta postura, en puridad de principio, tampoco supone una contradicción con la mantenida anteriormente, puesto que sus defensores no discuten en realidad que las deudas formen parte de la herencia, sino que lo que se cuestionan es el alcance de la responsabilidad, es decir, qué bienes pueden resultar agredidos por los acreedores del difunto. La doctrina tradicional sostiene que los acreedores pueden perseguir no solo los bienes de la herencia sino también los propios del heredero (si este aceptó pura y simplemente) y ello, basados en los siguientes artículos del Código Civil, 659, 661, 1003, 1023-1.º y 3.º. Pero modernamente no faltan autores que opinan con PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS⁴³, que también hay base para sostener la responsabilidad *intra vires* del heredero como modo normal de suceder. Ello no significa que aún en este caso no asuma las deudas, y por tanto, se convierta en deudor; el pasivo integra la herencia y es adquirido por el heredero, que se convierte así en deudor, y por lo tanto estará legitimado pasivamente frente a las reclamaciones de los acreedores. Así lo reconoce el propio autor al decir, «nuestro Derecho no reconoce dos modos de ser heredero. Entre el llamado puro y simple y el heredero a beneficio de inventario hay identidad de naturaleza: ambos son igualmente herederos y por tanto, igualmente sucesores universales. Haya o no beneficio de inventario, el heredero, en cuanto tal heredero, sucede igualmente en las deudas».

Tema distinto, en el que no vamos a entrar por exceder los límites de este trabajo, es el del alcance de la responsabilidad, y es en este punto donde surgen las discrepancias, no respecto de que el pasivo forme parte de la herencia. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS⁴⁴ reconoce que las deudas siguen enteras y conectadas con su patrimonio hereditario, en el que están *invisceradas* a través de todas las vicisitudes de la titularidad. Lo que trata de resaltar es que el patrimonio hereditario presenta, por razón de su afectación a las deudas y cargas de la herencia, una cohesión interna que le hace conservar su autonomía y permanecer como patrimonio individualizado con independencia de las vicisitudes de su titularidad hasta la total extinción de las cargas a las que está afecto, pero los herederos son deudores por ser los titulares o cotitulares del patrimonio a que afectan las deudas⁴⁵.

⁴² PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «La herencia y las deudas del causante», *ob. cit.*, págs. 119 y sigs.; ROVIRA JAÉN, «En torno a las deudas de la herencia», en *RCDI*, 1969, pág. 1586, en la que expone la tesis del anterior.

⁴³ «La herencia y las deudas del causante», *ob. cit.*, pág. 112.

⁴⁴ «La herencia y las deudas del causante», *ob. cit.*, pág. 103.

⁴⁵ Postura esta compartida por otros autores, entre los que destaca PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, t. V, vol. I, *ob. cit.*, pág. 225, al decir que la sucesión universal convierte al heredero en deudor y en nuevo titular del patrimonio afectado por las deudas, pero de ningún modo exige que las obligaciones del causante tengan forzosamente que afectar a los bienes que ya pertenecían a este heredero. La adquisición de un patrimonio por título universal tampoco obliga necesariamente a que pierda su individualidad, sino que puede y debe permanecer como patrimonio separado en garantía de las deudas y cargas hereditarias, hasta que hayan sido liquidadas, o GARCÍA RUBIO, *ob. cit.*, pág. 197, al sostener que la idea de sucesión alojada en nuestro Código Civil alcanza a la generalidad de las relaciones jurídicas activas y pasivas del causante (arts. 659 y 661), pero cree que de ello cabe

ALBALADEJO GARCÍA⁴⁶ también sostiene la existencia de una separación automática entre el patrimonio hereditario y el personal del heredero, aunque éste haya aceptado la herencia pura y simplemente. En ese caso devendría titular de los dos patrimonios (compuestos ambos por activo y pasivo), pero cada uno con autonomía e independencia respecto del otro para salvaguardar los derechos de acreedores y legatarios, pues de producirse la confusión podrían resultar perjudicados, dado que los bienes hereditarios en ese supuesto también estarían expuestos a las reclamaciones de los acreedores particulares del heredero. Ahora bien, en caso de que los bienes de la herencia no fuesen suficientes para cubrir todas las deudas, los acreedores podrían perseguir los personales del heredero concurriendo con sus propios acreedores, y sin que estos tuviesen ninguna preferencia sobre aquellos⁴⁷. Cosa que, a juicio de LÓPEZ JACOISTE⁴⁸, nunca podría ocurrir en nuestro Derecho, dado que el beneficio de separación de patrimonios es algo que va ligado al beneficio de inventario, tratándose de un simple efecto reflejo de éste, y sin él los acreedores no disponen de acción para solicitarlo⁴⁹; en caso de aceptación pura y simple, *se produce de*

únicamente colegir la transmisión de las deudas del causante al heredero, no la extensión con que este último ha de responder de ellas. A tal respecto pudiera llegar a afirmarse que, en el actual estadio de los Derechos positivos, aun cuando sean de inspiración romanística, la estructura romana pura se halla desvanecida, de tal forma que el hecho de que el patrimonio personal del heredero absorba al del difunto y pueda llegar a verse afectado por las deudas de la sucesión, depende exclusivamente, de un concreto precepto positivo.

⁴⁶ «Curso de Derecho Civil», V, *ob. cit.*, págs. 110 y 111.

⁴⁷ Sobre el beneficio de separación, véase ROCA SASTRE, «El *beneficium separationis* y los actuales sistemas de separación sucesoria», en *Estudios sobre Sucesiones*, t. I, Madrid, 1981, págs. 315 y sigs. También, aunque referido al Derecho italiano y solo en caso de quiebra, YÁÑEZ VIVERO, F., «El *fallimento post mortem* y la separación de patrimonios en el ordenamiento italiano», en *RCDI*, núm. 728, 2011, págs. 3337 y sigs.

⁴⁸ «El beneficio de separación de patrimonios en nuestro sistema sucesorio», en *RGLJ*, 1958, págs. 496 y sigs.

⁴⁹ Debemos destacar que las legislaciones forales de Cataluña y Navarra, sí regulan o, al menos, la catalana regulaba, expresamente el beneficio de separación. El artículo 37 del Código de sucesiones catalán, derogado por el Código Civil de Cataluña, disponía: «los acreedores por deudas del causante y los legatarios podrán obtener del juez que el patrimonio hereditario sea considerado separado del privativo del heredero a fin de salvaguardar su derecho ante los acreedores particulares de este último... Los acreedores del causante y los legatarios que obtengan el beneficio de separación tendrán derecho preferentemente para el cobro de sus créditos y percepción de sus legados respecto a los acreedores particulares del heredero, pero mientras estos últimos no resulten pagados, dichos acreedores no podrán perseguir los bienes privativos del heredero». Establecía este precepto la preferencia de cada grupo de acreedores (del causante y propios del heredero) sobre el respectivo patrimonio (hereditario y personal del heredero). No obstante, tal disposición no aparece recogida en el actual Código Civil que dedica su libro IV a regular las sucesiones por causa de muerte, recogiendo el principio de responsabilidad *ultra vires* del heredero existente en el Código Civil español. En este sentido, el artículo 461-18 del citado Código de Cataluña, dispone: «Por la aceptación de la herencia pura y simple, el heredero responde de las obligaciones del causante y de las cargas hereditarias, no solo con los bienes relictos, sino también con los bienes propios, indistintamente». La Ley 319 de la Compilación Navarra, que sigue en vigor, dispone al respecto lo siguiente: «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 el momento no se confundirán

la manera más plena y definitiva la confusión del patrimonio relicto con el del heredero aceptante⁵⁰.

Otros autores, en este punto, defienden una postura intermedia, como VALLET DE GOYTISOLO⁵¹, quien tras reconocer que nuestros textos legales no recogen la *separatio bonorum* romana, sí obedece al criterio sustantivo de dar prioridad para satisfacerse con los bienes de la herencia a los acreedores del causante respecto de los legatarios, y a estos ante los acreedores del heredero.

Sin embargo también hay autores que opinan que el sistema seguido por el Código Civil es el germánico, como ESPINAR LAFUENTE⁵², quien al distinguir débito y responsabilidad, sostiene la teoría de que el heredero responde de las deudas de la herencia, pero que éstas no son suyas. Cree que el heredero que acepta la herencia pura y simplemente, adquiere por ministerio de la ley una *responsabilidad personal acumulativa* (solidaria) como la de un fiador, y sin limitación de cantidad. Pero también tiene el deber, la obligación de pago en cuanto titular pasivo en nombre propio de deudas del causante, pero no es como *persona propria*, deudor de tales deudas⁵³. Considera que según el artículo 1911 del Código Civil, recae una responsabilidad ilimitada sobre el patrimonio *del difunto* en situación de herencia. Pero *solo* sobre dicho patrimonio. En principio, mientras exista un patrimonio de la herencia (sea antes de la partición o después, si aparecen nuevos bienes y antes de que igualmente se adjudiquen), los bienes y derechos proseguibles por el acreedor deberían ser exclusivamente, los bienes de la herencia en sí⁵⁴.

Opina el citado autor que según el Código Civil, el heredero único que ha aceptado pura y simplemente, por norma general responde *ilimitadamente* con sus bienes particulares. Pero el fundamento de esta responsabilidad *ultra vires*, el Código Civil parece situarlo fundamentalmente (siguiendo al CC francés y a los principios sucesorios germánicos), en la potestad de gestión (manejo de los bienes) por el heredero que ha entrado en ejercicio. Se induce este criterio de los artículos 1002 y 1021, ambos del citado cuerpo legal⁵⁵.

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».

⁵⁰ También comparte esta opinión GARCÍA-BERNARDO LANDETA, «Crítica de un privilegio: el beneficio de separación», en *RDN*, 1966, págs. 98 y sigs.

⁵¹ *Panorama de Derecho de Sucesiones, II, Perspectiva dinámica*, Ed. Civitas, Madrid, 1984, pág. 564.

⁵² *La herencia legal y el testamento*, Ed. Bosch, Barcelona, 1956, pág. 155.

⁵³ Esta postura ha sido rebatida por LACRUZ BERDEJO, «La responsabilidad del heredero en el Código Civil», en *RCDI*, 1961, pág. 13, quien hace notar que: «Por virtud del artículo 1003 del Código Civil, el heredero que acepta pura y simplemente, resulta deudor de las deudas hereditarias, sin limitación alguna, y no como un simple responsable patrimonial, sino como un deudor obligado a prestar personalmente. En particular, la sucesión hereditaria en las deudas no es la asunción de una responsabilidad inviscerada en el patrimonio, sino la continuación de una serie de relaciones jurídicas privadas. Como dice BOEHMER, el patrimonio puede atribuir responsabilidades, pero no deudas: la sucesión en las deudas es algo más distinto».

⁵⁴ ESPINAR LAFUENTE, *ob. cit.*, pág. 281.

⁵⁵ ESPINAR LAFUENTE, *ob. cit.*, págs. 284 y 286.

B) *Posición de la Jurisprudencia*

También la Jurisprudencia de la Sala 1.^a del TS ha tenido ocasión de pronunciarse, siendo importante destacar las sentencias de 20 de octubre de 1987⁵⁶, donde se afirma: «el heredero es el sucesor en la universalidad de las relaciones jurídicas activas y pasivas de la herencia, y que responde de las deudas hereditarias con los bienes de la herencia y con los suyos propios»; la de 10 de enero de 1994 habla de la «consiguiente responsabilidad *ultra vires* del heredero», y en la de 26 de marzo de 1994⁵⁷ que dispone lo siguiente: «el caudal hereditario se integra no sólo de derechos, sino también de obligaciones y los herederos suceden en las mismas al causante conforme dispone el artículo 661, salvo el supuesto del precepto 1010, ambos del Código Civil...». Más recientemente, podemos citar en el mismo sentido, las SSTs de 23 de diciembre de 2011 (Sala de lo Civil, Sección 1.^a)⁵⁸, de 6 de mayo de 2011⁵⁹, 2 de junio de 2011 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a)⁶⁰. Esta última se pronuncia de la siguiente manera: «En el caso específico de la sucesión *mortis causa*, el heredero, por el mero juego de la muerte y aceptación de la herencia, sucede en todos los bienes, derechos y obligaciones del causante (art. 661 CC) y por tanto, también en las obligaciones tributarias⁶¹, sin perjuicio de hacer uso del beneficio de inventario...». En este mismo sentido, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 21 de junio de 2012, tras reconocer la sucesión por parte de los herederos en las obligaciones tributarias, contempla especialmente el caso de que la herencia se acepte a beneficio de inventario, y se considera que en tanto no se haya hecho el inventario, no se adquiere la cualidad de heredero, ni la de sucesores del causante⁶² y hasta

⁵⁶ *Jurisprudencia del Tribunal Supremo* (Sala 1.^a de lo Civil), Consejo General del Poder Judicial, cuarto trimestre, 1987, *BOE*, Madrid, 1990.

⁵⁷ *RJA*, núm. 2523.

⁵⁸ *RJA*, núm. 301.

⁵⁹ *RJA*, núm. 306.

⁶⁰ *RJA*, núm. 4946.

⁶¹ Sobre este tema, véase SÁNCHEZ GALIANA, «La sucesión en las obligaciones tributarias: especial referencia a la responsabilidad de los herederos», en *Estudios en Homenaje al Profesor José González García*, Pamplona, 2012, págs. 1555-1577.

⁶² En el supuesto contemplado por esta sentencia, los herederos habían aceptado a beneficio de inventario. El hecho de que hable de herederos y sucesores es porque pueden suceder en las mismas los legatarios. Así lo pone de manifiesto en el Fundamento cuarto al transcribir el artículo 15 del Reglamento de Recaudación, el cual dispone en su párrafo 1.º que: «fallecido cualquier obligado al pago de una deuda tributaria, la gestión recaudatoria continuará con sus herederos y en su caso, legatarios...». Evidentemente entendemos que los legatarios «suceden» en estas deudas si toda la herencia se distribuye en legados, aunque en nuestra opinión, los legatarios no se convierten en deudores ni siquiera en este supuesto, pues por su propia naturaleza, el legatario no sucede en las deudas del causante, salvo que éste le haya gravado especialmente con alguna, en cuyo caso sí se convierte en deudor; pero en el supuesto de que toda la herencia se distribuya en legados, pese a la dicción del artículo 891 del Código Civil, los legatarios no se convierten en deudores ni pueden ser demandados como tales, sino que la reclamación se dirigirá contra la herencia a través de su administrador. Y así lo dice claramente el artículo 39.1 de la Ley General Tributaria (Que los legatarios sólo van a responder en caso de que toda la herencia se distribuya en legados), dispone: «A la muerte de los obligados tributarios, las obligaciones tributarias pendientes se transmitirán a los herederos, sin perjuicio de lo que establece la legislación civil en cuanto a la adquisición de la herencia. Las referidas obligaciones tributarias se transmitirán a los legatarios en las mismas condiciones que las establecidas para

que esto ocurra, la Hacienda Pública deberá dirigirse contra la herencia yacente a través de sus correspondientes representantes⁶³.

Por lo que respecta a la jurisprudencia registral, nos ha llamado la atención la Resolución de 6 de febrero de 1995⁶⁴, pues a primera vista confunde un poco. Dice lo siguiente: «el inventario (como operación previa a la partición de la herencia) puede comprender, no sólo las cosas, bienes, derechos, créditos, valores y acciones que constituyan la herencia, sino también la relación exacta de las obligaciones pendientes que hayan de satisfacerse con el activo inventariado...». Aquí parece que está diciendo bastante claramente que lo único que compone la herencia es el activo, y las deudas son una mera detracción del pasivo, y que sólo van a satisfacerse con el activo de la herencia, en la medida que señala que, además de los elementos que se enumeran (activo) y que debe contener el inventario, éste «puede» comprender también las obligaciones. Pero esta aparente claridad se desvanece cuando a continuación resalta la responsabilidad *ultra vires* de los herederos; en el quinto Fundamento de Derecho dice: «... y el hipotético perjuicio ante unas eventuales deudas del causante y la consiguiente responsabilidad *ultra vires* de los herederos, como declaró la Resolución de 27 de enero de 1987, es común a todos los interesados...».

Sin embargo, esta aparente contradicción creemos que no es tal, pues en realidad no está hablando directamente de lo que la herencia contenga, o lo que ésta sea, sino de lo que debe incluirse en el inventario para realizar la partición, y lo único que los herederos pueden distribuir, son los bienes, no las obligaciones; éstas son indisponibles. El artículo 1084 del Código Civil dice que tras la partición los acreedores pueden exigir el pago de sus deudas por entero a cualquiera de los herederos que hayan aceptado la herencia pura y simplemente; esto supone que, al menos de cara al acreedor, todos son deudores del todo⁶⁵, cosa distinta será en la relación interna de los coherederos.

los herederos cuando la herencia se distribuya a través de legados y en los supuestos en que se instituyan legados de parte alícuota...». Con esta dicción, parece que puede responder de las deudas tributarias un legatario de parte alícuota, cosa con la que, evidentemente, no estamos de acuerdo, pues aunque lo sea de parte alícuota, no deja de ser un legatario. Ahora bien, tampoco se puede decir que esta redacción sea un dechado de claridad, pues tanto puede referirse a un supuesto en que hay herederos y algún legatario de cuota equiparando éste al heredero a estos efectos (Opinión que «parece» sostener SÁNCHEZ GALIANA, *ob. cit.*, pág. 1560, pues únicamente contempla por un lado, la existencia y responsabilidad de los legatarios, unos normales y otros de cuota y por otro, la existencia de varios herederos, pero no se plantea la posibilidad de que concurren herederos con legatarios de cuota), o puede tratarse de una distribución de toda la herencia en legados de parte alícuota, en cuyo caso le resultará de aplicación el artículo 891 del Código Civil, pero habiendo herederos, estos son los sucesores natos de todas y cada una de las relaciones jurídicas, activas y pasivas, incluidas las obligaciones tributarias, y no el legatario parciario. Sobre este tema, véase, NÚÑEZ MUÑOZ, M. C., *El Legado de parte alícuota. Su régimen jurídico*, Edijus, Madrid, 2001.

⁶³ Sobre este tema, véase HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, *La herencia yacente*, Bosch, Barcelona, 1995, págs. 102 y sigs.

⁶⁴ *RJA*, núm. 7.

⁶⁵ Ello implica la existencia de responsabilidad solidaria de todos los coherederos por las deudas hereditarias. Así lo han puesto también de manifiesto, entre otras y como más recientes, la STS de 9 de mayo de 2011 y la STSJA, de 16 de mayo de 2012. Por su parte, la STS de 1 de marzo de 1999 matiza la responsabilidad solidaria de los herederos cuando advierte que lo es únicamente si el acreedor es un tercero ajeno a la herencia, por lo que si el acreedor es uno de los herederos, la responsabilidad será mancomunada.

Por su parte, la Resolución de 22 de enero de 2011⁶⁶ parece dar por supuesto que las deudas forman parte del caudal hereditario al considerar legitimados pasivamente para el pago de deudas, reproduciendo el artículo 144.4 RH⁶⁷, a los herederos de los causantes. En el mismo sentido, la Resolución de 9 de julio de 2011⁶⁸ que, a propósito de una anotación preventiva de embargo sobre bienes hereditarios por deudas de los causantes, al igual que la anteriormente citada, dice: «la demanda debe dirigirse contra herederos ciertos y determinados o bien contra el administrador judicial de la herencia yacente»⁶⁹.

También es cierto que en algunas sentencias, nuestro Alto Tribunal ha considerado la herencia como el remanente del heredero después de pagadas las deudas del causante y de cumplidas las obligaciones que haya impuesto en el testamento; no obstante ésta no ha sido una línea constante, y como hemos visto, las sentencias más recientes apuntan en otra dirección.

ROCA-SASTRE MUNCUNILL⁷⁰, refiriéndose a los fallos en los que el TS acoge el concepto germánico de la herencia, resalta que estas sentencias pueden demostrar que en las realidades de la vida jurídica caben casos en los que las circunstancias concurrentes en el supuesto disputado ofrezcan particularidades que parezcan oponer resistencia a la plena aplicación del sistema normativo adoptado o aplicable, requiriéndose cierto esfuerzo para mantener las líneas básicas del tipo sucesorio vigente, pero sin que ello permita prescindir sustancialmente de las exigencias legales, aunque sin perjuicio de temprarlas a la realidad de cada caso específico en aras de la equidad. Lo que es inadmisibles es que pueda prevalecer la concepción de la herencia como remanente del activo hereditario después de deducido su pasivo, bajo el axioma de que antes de heredar hay que pagar. Debe aplicarse la normativa racionalmente, pero sin mescolanzas de sistemas, por resultar atentatorio a la seguridad jurídica.

2. LA HERENCIA TAMBIÉN COMPRENDE RELACIONES NO PATRIMONIALES

No obstante, las relaciones de contenido patrimonial, sean activas o pasivas, no son las únicas que integran el caudal relicto, sino que también forman parte del mismo otro tipo de relaciones jurídicas, como la posibilidad de ejercitar determinadas acciones, las cuales al fallecer el causante, la ley permite ejercerlas a los herederos en su lugar, o continúen las ya entabladas (por ejemplo, los arts. 132.2, 133.2, 136.2, 137 *in fine* y 141 del CC, relativos a las acciones de filiación). Así lo destaca la STS de 22 de mayo de 1950; dice que la herencia no reviste exclusivamente un carácter patrimonial o económico, pues además de bienes materiales comprende derechos, acciones y aún obligaciones que no pueden en ocasiones valorarse económicamente.

⁶⁶ RJA, núm. 2465.

⁶⁷ Este precepto dispone: «Disuelta la sociedad de gananciales, si no figura en el Registro su liquidación, el embargo será anotable si consta que la demanda se ha dirigido contra ambos cónyuges o sus herederos» (la cursiva es nuestra).

⁶⁸ RJA, núm. 3178.

⁶⁹ La demanda había sido dirigida contra la herencia yacente. Cfr: HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, *ob. cit.*, pág. 106.

⁷⁰ *Derecho de Sucesiones*, t. I, Ed. Bosch, Barcelona, 1995, págs. 34 y 35.

Como señala LACRUZ⁷¹, hay derechos no solo personalísimos, sino inherentes a la persona del causante, que, sin embargo, perviven tras su fallecimiento a fin de proteger la personalidad pretérita del mismo (el derecho moral de autor)⁷².

Podemos citar también el artículo 466 del Código Penal, que permite a los herederos del agraviado, entre otras personas, ejercitar las acciones de calumnia e injuria, aunque esa referencia a los herederos ya no se contiene en el artículo 215 del actual Código.

3. NO TODAS LAS RELACIONES QUE CORRESPONDÍAN AL CAUSANTE FORMAN PARTE DE LA HERENCIA

Ahora bien, es evidente que no todas las relaciones jurídicas del finado van a formar parte de su herencia, sino solo aquellas que no se extingan por su muerte. La sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de octubre de 1943⁷³, señalaba que «si bien es cierto que en nuestra legislación se nota la falta de un concepto genérico que sirva de guía en la diferenciación de derechos transmisibles e intransmisibles *mortis causa*, no lo es menos que en el Código Civil abundan pasajes en que, con referencia a relaciones jurídicas individualizadas o concretas, se declara que el derecho fenece o no con la muerte del titular y que en último término, la diferencia o aparente laguna legislativa de que se trata puede ser remediada cumplidamente por las vías y procedimientos normales de interpretación e integración del sistema jurídico, y así, atendiendo a la naturaleza y contenido de la relación jurídica y a las declaraciones legales y convencionales que la afectan, cabe llegar a una determinación enunciativa de los derechos exceptuados de la transmisión por causa de muerte, como suele formularla la doctrina científica, comprendiendo como intransmisibles, en principio y con ciertas salvedades, los derechos de carácter público; los personalísimos o de tal suerte ligados a determinada persona por sus cualidades, parentesco, confianza, etc., que tienen su razón de ser preponderante y a veces exclusiva en elementos o circunstancias que sólo se dan en el titular; y por último, algunos derechos patrimoniales de duración limitada, legal o convencionalmente, a la vida de una persona; siendo significativo el hecho de que ni en el concepto ni en la enumeración de derechos intransmisibles esté comprendido el de impugnación de negocios jurídicos que lesionen la legítima, por lo que, a falta de razón suficiente en contrario habrá de ser catalogado dentro de la norma general indicada».

⁷¹ *Elementos de Derecho Civil*, t. V, de LACRUZ, Ed. Bosch, Barcelona, 2009, pág. 27. Revisada y puesta al día por RAMS ALBESA.

⁷² El artículo 15-1.º de la Ley 22/1987, de Propiedad Intelectual dice: «Al fallecimiento del autor, el ejercicio de los derechos mencionados en los números 3 y 4 del artículo anterior corresponde, sin límite de tiempo, a la persona física o jurídica a la que el autor se lo haya confiado expresamente por disposición de última voluntad. En su defecto, el ejercicio de estos derechos corresponderá a los herederos». Redacción no alterada por la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. Sobre estos aspectos, vid., LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, IV, Marcial Pons, Madrid, 2010, 10.ª ed., págs. 215 y sigs., y bibliografía aquí citada y MORETÓN SANZ, *ob. cit.*, págs. 1151 y sigs. También SAP de Cantabria, de 9 de septiembre de 1997; Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 20 de abril de 2005.

⁷³ RJA, núm. 1034.

Entre otros, y *ad exemplum*, podemos citar como intransmisibles los de carácter público (los derechos políticos, activos y pasivos); de tipo personalísimo (los derechos-función y los oficios públicos); de naturaleza patrimonial real (el usufructo) y de carácter obligacional (mandato, arrendamiento, etc.).⁷⁴

No forman parte del fenómeno sucesorio aquellos derechos que nacen directamente y por primera vez a favor del beneficiario. Así las pensiones, indemnizaciones por causa de muerte y los seguros de vida⁷⁵.

Por su parte, la sentencia de 26 de marzo de 1994⁷⁶, dice al respecto que los derechos intransmisibles resultan perfectamente determinados en cuanto tienen tal naturaleza los de carácter público, los exclusivamente personales, los familiares y ciertos derechos patrimoniales de duración limitada, legal o convencionalmente a la vida de la persona, como sucede con el derecho real de usufructo.

Como señala algún autor⁷⁷, si el causante estaba casado, la relación conyugal se extingue con la muerte, al igual que la patria potestad sobre sus hijos menores; el desempeño de una función profesional, un cargo público, tener un puesto en determinado escalafón. Las relaciones contractuales de carácter personalísimo (realización de obras encomendadas *intuitu personae*). Los derechos de usufructo, uso y habitación también se extinguen con el fallecimiento del titular, al igual que la renta vitalicia (art. 1808 del CC). Si es titular arrendatario de una cosa o empresa, en estos casos podrá ocurrir que su derecho caduque con su muerte, o que se transmita conforme a lo establecido en el contrato que regula la relación o por lo dispuesto en las leyes generales o especiales de arrendamientos rústicos o urbanos⁷⁸.

4. LA HERENCIA LA COMPONEN TODAS LAS RELACIONES JURÍDICAS TRANSMISIBLES, INCLUSO LAS NO PATRIMONIALES

Como no es nuestra intención hacer aquí una enumeración exhaustiva de todas las relaciones jurídicas que integran el caudal relicto, y cuáles se extinguen

⁷⁴ Vid., sobre la exclusión del derecho de participación, MORETÓN SANZ, «Autores de obras de artes plásticas no aplicadas y sucesión *mortis causa*: indisponibilidad *inter vivos* del derecho de participación», en *RCDI*, 737, págs. 1911 y sigs.

⁷⁵ Cfr. BALLESTER GINER, *Derecho de Sucesiones, aspecto civil y fiscal*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989, pág. 6.

⁷⁶ *RJA*, núm. 2523.

⁷⁷ Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, «Panorama de Derecho de Sucesiones», I, *ob. cit.*, págs. 45 y sigs.

⁷⁸ Aquí debemos tener en cuenta el artículo 60-1.º de la Ley 40/1964, de 11 de junio, de Arrendamientos Urbanos, que dice lo siguiente: «por el hecho de la muerte del arrendatario del local de negocio ocurrida vigente el contrato, aunque sea por prórroga legal, el heredero sustituirá en todos los derechos y obligaciones al arrendatario fallecido». El artículo 33 de la Ley 29/1994, de 25 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, permite igualmente al heredero o legatario, subrogarse en los derechos y obligaciones del arrendatario hasta la extinción del contrato. A pesar de reconocer este derecho a los sucesores *mortis causa* del arrendatario, según varias sentencias del TS entre las que podemos destacar a modo de ejemplo la de 26 de noviembre de 1963, no existe en este caso un derecho sucesorio en la forma que prevé el artículo 657 y concordantes del Código Civil, sino que es una prerrogativa otorgada por la Ley especial al heredero y socio en defensa y reconocimiento del patrimonio comercial, por lo que no constituye un derecho que forme parte del patrimonio del causante transmisible por sucesión desde el momento de la muerte del arrendatario. Siguiendo esta misma línea, véanse las SSTs de 16 de febrero de 1967 y 16 de febrero de 1998.

con el fallecimiento de su titular; o cuáles, aún no extinguiéndose tienen un destino prefijado, bien por una ley especial, o bien convencionalmente, diremos sólo, tratando de delimitar en general el llamado ámbito sucesorio, que forman parte de la herencia todas aquellas relaciones jurídicas que no se extingan por el fallecimiento de su titular, y que pueden ser bienes, derechos, acciones, obligaciones, e incluso situaciones de mero hecho como la posesión. Además debemos destacar que la herencia, no sólo no tiene que tener ningún contenido determinado, sino que puede no tener contenido activo alguno.

5. EL CÓDIGO CIVIL NO HA SEGUIDO EL SISTEMA ROMANO DE LA *SUCCESSIO* EN TODA SU PUREZA

Por otro lado, conviene poner de relieve que a pesar de que el Código Civil español ha seguido en sus líneas más generales, en la regulación del Derecho Sucesorio, el sistema romano de la *successio*, no lo ha adoptado en toda su pureza, sino que ha introducido algunas importantes desviaciones entre las que podemos destacar las siguientes: el artículo 764 que declara la validez del testamento aunque no contenga institución de heredero (en el Derecho Romano el testamento era un acto destinado casi en exclusiva al nombramiento de heredero, por lo que en buena lógica, sin esta institución no tenía sentido, de ahí que la existencia y validez del nombramiento de heredero se convirtiese en requisito *sine qua non* de la validez de aquél⁷⁹); de acuerdo con esta línea de no necesidad de la institución de heredero, el artículo 891 del Código Civil permite que toda la herencia se distribuya en legados, cosa que en el Derecho Romano era impensable; incide en idéntica línea el artículo 912.2.º, al disponer que la sucesión legítima tiene lugar... cuando el testamento no contiene institución de heredero en todo o parte de los bienes, o no dispone de todos los que le corresponden al testador.

Tampoco rige el principio romano de la sucesión por el heredero en la situación posesoria de buena o mala fe del causante. El artículo 442 del Código Civil dispone que el que suceda por título hereditario no sufrirá las consecuencias de una posesión viciosa de su causante, si no se demuestra que tenía conocimiento de los vicios que le afectaban. ROCA SASTRE⁸⁰ también ve en el artículo 660 una cierta influencia germánica, pues considera que al aplicar el concepto de sucesión a los legados, el Código deja de atribuir a este concepto la genuina significación de la *successio* (en la época post-clásica los juristas romanos también empezaron a aplicar el concepto de sucesión a la adquisición de una cosa singular, dando lugar a la distinción entre sucesión universal —única admitida en la época clásica— y particular); también en el artículo 667, que define el testamento como un acto de disposición de bienes. Sin embargo reconoce que, no obstante estas desviaciones, la jurisprudencia parece mantener, en cuanto a la idea de la *successio*, las líneas clásicas del Derecho Romano.

⁷⁹ Cfr. GARCÍA GARRIDO, *Derecho Privado Romano (Instituciones)*, Ed. UNED, Madrid, 2010, págs. 273 y 274. *Derecho Privado Romano. Casos. Acciones. Instituciones*, Ediciones Académicas, Madrid, 2008, pág. 421.

⁸⁰ «Crítica institucional del Código Civil», *ob. cit.*, pág. 56.

IV. PERSPECTIVA DINÁMICA DE LA HERENCIA: LA SUCESIÓN

Hasta ahora hemos visto la herencia en un sentido objetivo, o sea, como patrimonio de una persona que tras su fallecimiento se transforma en herencia, comprendiendo la totalidad o universalidad de sus relaciones jurídicas. Sin embargo, la herencia no es algo estático, destinado a permanecer indefinidamente en la situación en que ha quedado tras la muerte de su causante, sino que se trata de un patrimonio en tránsito, destinado a ser adquirido por otra u otras personas, los sucesores. Desde esta perspectiva se aborda el aspecto dinámico de la herencia como algo que se transmite de una persona a otra, dando lugar a la sucesión en la titularidad de las relaciones jurídicas que la componen. Cuando la herencia se contempla desde este punto de vista, se suele hablar de *sucesión*. No se trata de dos conceptos distintos (herencia y sucesión), sino de dos aspectos diversos de un único fenómeno.

Conviene destacar que, a pesar de tratarse de dos aspectos del mismo fenómeno, estos no se producen simultáneamente en el tiempo, sino que operan en momentos diferentes: la herencia (en sentido objetivo, estático) surge en el mismo instante del fallecimiento del causante, mientras que la sucesión (aspecto subjetivo, dinámico) tiene lugar cuando el llamado acepta la herencia, convirtiéndose así en heredero. Se suele destacar más en la sucesión su aspecto subjetivo, al analizar con más detenimiento la situación jurídica que en su virtud corresponde al heredero.

Es en este sentido, cuando SÁNCHEZ ROMÁN⁸¹ declara que la herencia, cuando representa el acto de heredar; equivale a suceder o sucesión, y cuando se refiere al patrimonio o conjunto de derechos o relaciones patrimoniales que constituyen la herencia, representa el sentido de la universalidad de los mismos, o sea una cosa universal de derecho. Lo primero es de una consideración subjetiva, relacionada con la acción de suceder en el sucesor; lo segundo es de un sentido objetivo y se refiere a la masa, conjunto o patrimonio de bienes, derechos y obligaciones que forman la herencia o son elementos reales de la sucesión.

Para VALLET DE GOYTISOLO⁸² la *successio in ius* significa la subrogación del heredero en la situación jurídica del *de cuius*: es un tránsito de la situación jurídica del causante al heredero. La *hereditas*, como *universitas*, no es sino fruto de la consideración unitaria del fenómeno hereditario para determinadas relaciones y para fines jurídicos precisos. La relatividad y momentaneidad (prorrogable en determinadas situaciones muy particulares, como la imagen de una cinta cinematográfica que se detiene en la pantalla, conservándose quieto en ella hasta que la película vuelve a continuar en su rotación) de esa contemplación *in universitatem* (como la fotografía de un solo instante de un fenómeno dinámico), que retrata en un preciso momento la situación jurídica objeto de la *successio*, es peligroso quererla hacer perdurar como realidad más allá de ese momento suyo, fosilizándola como un objeto estático que, como tal, pierde su sentido.

1. SIGNIFICADO DE LA PALABRA SUCESIÓN

La palabra sucesión tiene diversos significados; desde un punto de vista etimológico y gramatical, la idea de sucesión (del verbo latino *sub* y *cedere*) significa

⁸¹ *Ob. cit.*, pág. 13.

⁸² «Panorama de Derecho de Sucesiones», t. I, *ob. cit.*, pág. 44.

el hecho de colocarse una persona en lugar de otra sustituyendo a la misma. Pero desde un punto de vista jurídico la sucesión supone subentrar una persona en el puesto de otra, en una relación jurídica que, no obstante tal transmisión, *sigue siendo la misma*. Es necesario, para poder hablar de sucesión en sentido técnico, que al cambio de sujeto no acompañe la extinción de la relación antigua y la creación de otra nueva: que no haya novación⁸³.

PUIG PEÑA⁸⁴ estima que para que concurra la sucesión en sentido jurídico deben darse los siguientes requisitos:

- 1.º Que la sustitución de personas se produzca sin que cambien fundamentalmente los demás elementos de la relación jurídica. Permaneciendo incólume el entero componente de la relación, subentra el sucesor en la precedente titularidad, articulándose entonces sobre su persona los derechos que antes giraban alrededor del causante.
- 2.º Que la posición del sucesor subentrando en las relaciones jurídicas del anterior titular se produzca a través de una plena relación de causalidad. Es necesario que el derecho del nuevo sujeto entronque directamente con el del causante, derivando de la posición de éste su propia posición jurídica. La sustitución de personas debe suponer en sí misma una relación de causalidad.

2. LA SUCESIÓN UNIVERSAL. ¿EN QUÉ CONSISTE?

La sucesión *mortis causa* puede ser universal y particular. En el primer caso (único a la que nos vamos a referir) el sucesor sustituye al difunto en general, asumiendo globalmente las relaciones que le sobreviven, haciéndolas suyas como un todo, a excepción de aquellas de que el difunto (o la ley) hubiese dispuesto en particular en favor de alguien⁸⁵.

El Código Civil hace referencia a ambas modalidades de sucesión en el artículo 660 al decir: «llámase heredero al que sucede a título universal y legatario al que sucede a título particular». Este artículo formula la distinción de ambas figuras en términos descriptivos. Pero como advierte la doctrina, una cosa es enunciar la diferenciación y otra muy distinta establecer los criterios con arreglo a los cuales una persona es sucesor a título universal o a título particular⁸⁶.

Y en verdad, en el Código Civil no hay un solo artículo que nos diga en qué consiste ser sucesor a título universal; nos dice que el instituido de esta manera será considerado heredero, pero ¿cómo debe hacerse la institución para que lo sea a título universal? Y, por otro lado, ¿qué atribuye? Es decir, en una sucesión ¿qué elementos o relaciones jurídicas deben formar parte para que se considere universal? ¿Qué existan varios bienes? ¿Qué la disposición de los mismos se haga de forma genérica e indeterminada, sin especificar cuáles sean estos? ¿Qué, además de bienes, formen parte de esa transmisión las deudas y demás relaciones jurídicas? Entendemos la palabra «bien» como activo. Consideramos necesario

⁸³ LACRUZ y otros, «Elementos de Derecho Civil», t. V, de LACRUZ y otros, *ob. cit.*, pág. 1.

⁸⁴ «Tratado de Derecho Civil español», *ob. cit.*, pág. 13.

⁸⁵ ALBALADEJO GARCÍA, «Sucesor universal o heredero, y sucesor particular o legatario», en *RDP*, 1978, pág. 737.

⁸⁶ Cfr. ALBACAR Y DE CASTRO GARCÍA, *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, t. III, Ed. Trivium, Madrid, 1991, pág. 154.

hacer esta precisión porque comúnmente se utiliza la palabra «bien» o «bienes» como sinónimo de herencia, cuando en realidad ésta, según se ha puesto de relieve en el apartado anterior, comprende también deudas y cargas.

Normalmente se trata de la herencia como algo positivo, con lo cual el destinatario se enriquece y mejora su posición, cuando en realidad no siempre es así, e incluso puede que ocurra justamente lo contrario. Las palabras herencia y heredero suelen utilizarse muy incorrectamente, incluso por la doctrina y el propio Código Civil, pudiendo citar como ejemplo de imprecisión terminológica de este último, el artículo 891 que utiliza la expresión «toda su herencia» en el sentido de «todos sus bienes», todo el activo de su patrimonio hereditario»⁸⁷.

El artículo 588 del Código Civil italiano establece que «las disposiciones testamentarias, cualquiera que sea la expresión o la denominación usada por el testador, son a título universal y atribuyen la cualidad de heredero, si comprenden la universalidad o una cuota de los bienes del testador. Las demás disposiciones son a título particular y atribuyen la cualidad de legatario»⁸⁸.

A diferencia del Código italiano, no hay en el nuestro un artículo que, como el 588 de aquél, establezca que las disposiciones testamentarias, cualquiera que sea la expresión o la denominación usada por el testador, son a título universal y atribuyen la cualidad de heredero, si comprenden la universalidad o una cuota de los bienes del testador... Así como el Código italiano dice quién es heredero (el que sucede a título universal) y qué es suceder a título universal (suceder en la totalidad o en una cuota de los bienes), el nuestro solo menciona lo primero, sin explicar qué sea exactamente suceder a título universal y a título particular..⁸⁹.

Para CICU⁹⁰ universalidad es aquí (art. 588 CC italiano) totalidad. *Totalidad indeterminada*, y por tanto, no suma de bienes determinados. Heredero es, por tanto, aquél a quien la ley o el testador atribuyen *todos los bienes*.

Pero como dice ROCA SASTRE⁹¹ en las instituciones sucesorias hay que destacar el carácter de solución histórica en determinado momento, ambiente, signo o circunstancia. El Derecho Sucesorio, por estar íntimamente ligado con el Derecho de Familia, es de configuración bastante propia en cada país, según el citado autor. Veamos qué significa en nuestro Derecho suceder a título universal; más concretamente, qué entiende la doctrina por tal. Para ello, expondremos las posturas de los distintos autores al respecto.

⁸⁷ Véase, en este sentido, GARCÍA RUBIO, *ob. cit.*, pág. 225.

⁸⁸ Artículo 588: Disposizioni a titolo universale e a titolo particolare. Le disposizioni testamentarie, qualunque sia l'espressione o la denominazione usata dal testatore, sono a titolo universale (633, 637, 647) e attribuiscono la qualità di erede (1141, 1399), se comprendono l'universalità o una quota dei beni del testatore. Le altre disposizioni sono a titolo particolare e attribuiscono la qualità di legatario. L'indicazione di beni determinati o di un complesso di beni non esclude che la disposizione sia a titolo universale, quando risulta che il testatore ha inteso assegnare quei beni come quota del patrimonio.

⁸⁹ ALBALADEJO GARCÍA, *Notas al Derecho de Sucesiones de CICU*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1964, pág. 35.

⁹⁰ *Ob. cit.*, págs. 32-33.

⁹¹ «La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano en el Derecho Sucesorio», en *Estudios sobre Sucesiones*, *ob. cit.*, págs. 63 y 64.

A) *Universalidad significa totalidad patrimonial indeterminada*

Para TRAVIESAS⁹², según el Código Civil, puede haber una totalidad patrimonial que se transmite en la sucesión universal. Pero una totalidad patrimonial puede transmitirse asimismo en la sucesión particular (art. 506 en relación con el 468 CC). La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte (art. 659 CC). Una totalidad patrimonial puede ser constituida por estos bienes, derechos y obligaciones en la sucesión universal. Pero es indudable que la herencia comprende más que relaciones patrimoniales (relaciones tasables en dinero, según suele hablarse del contenido del patrimonio). Los herederos del que pueda reclamar que se le declare hijo legítimo (hoy matrimonial), tienen el derecho de ejercitar, en ciertos supuestos, la correspondiente acción, que se les transmite a ellos, según la ley. Y este derecho no es patrimonial. Lo que ocurre, según el citado autor, es que en la sucesión universal el sucesor ocupa la misma posición jurídica que tendría el causante, con respecto a las relaciones todas, que no son inherentes a la personalidad de éste y que no son atribuidas como bienes independientes, aislados, a un determinado sujeto. Una herencia puede ser distribuida toda en legados (art. 891 CC), o todos los bienes patrimoniales de una persona pueden ser dejados a otra en concepto de legado, pero entonces el sucesor no ocupa la posición jurídica que ocuparía el causante, con respecto a todas aquellas relaciones que no son atribuidas al legatario. Los herederos suceden al difunto... en todos sus derechos y obligaciones (art. 661 CC), es decir, que suceden al difunto en cuantos derechos y obligaciones no sean especialmente atribuidos a otra persona, por la ley o por el testador.

Para este autor, la sucesión universal no aparece porque un sujeto adquiera, por sucesivos negocios jurídicos, la totalidad patrimonial de otro sujeto, es necesario que la transmisión patrimonial se opere: 1.º, *mortis causa*, y 2.º como consecuencia necesaria, que se transmita de un solo golpe, *uno ictu*.

GONZÁLEZ PALOMINO⁹³ ve la esencia de la sucesión universal en el llamamiento *al todo*, de modo que si hay varios llamados a una misma herencia, cada uno de ellos recibirá una porción de la misma (y no la totalidad) por la concurrencia de los demás; el llamamiento es de todos al todo, pero al ser varios los partícipes, la cuota de cada uno de ellos resulta comprimida por la presencia de los demás. Pero si solo hubiese un instituido, para que se considere sucesor universal es necesario que reciba toda la herencia, pues si fuese llamado, en exclusiva, a recibir una cuota, habría legado de parte alícuota y por lo tanto sucesión particular; pero no sucesión universal. Para que el adquirente de una determinada porción de herencia, por ejemplo, un tercio, sea considerado heredero, es necesario que la adquisición de sólo un tercio venga impuesta por la presencia de otros instituidos.

Tesis contrariada por VALLET DE GoytisoLo⁹⁴ ya que en su opinión, en el Código Civil se presupone que el testador, cuando solo ha dispuesto válidamente de una cosa o de una cuota, quiere que el remanente pase a los herederos *ab intestato*. Presuposición que no contradice el principio de la universalidad de la institución, entendiéndolo que el testador llama a los herederos testamentarios para que concurren, en la parte que determina, conjuntamente con los *ab intestato*... El principio

⁹² «Sobre Derecho Hereditario», en RDP, 1921, pág. 4.

⁹³ «Estudios de arte menor sobre Derecho Sucesorio», en AAMN, 1946, págs. 525 y sigs.

⁹⁴ *Estudios de Derecho Sucesorio*, vol. I, Ed. Montecorvo, Madrid, 1987, pág. 113.

de la universalidad de la institución ha de seguir jugando en estos casos, y con mayor razón cuando el testador haya expresado su voluntad en este sentido, sea expresamente o bien con palabras que denoten claramente su voluntad...

También para BARASSI⁹⁵, la sucesión universal se caracteriza por tener como objeto la totalidad (o una parte alícuota) de las relaciones patrimoniales del difunto que perduran después de su muerte. De ella deriva la sucesión en cada una de las relaciones jurídicas que constituyen la herencia y por consiguiente, la sucesión en las deudas y gravámenes, que pueden ser superiores al activo sin que por ello se desfigure el concepto de herencia. Considera que la sucesión en las deudas es un elemento característico de la herencia o sucesión universal.

B) *Lo característico de la sucesión universal es la forma de suceder*

FERRARA⁹⁶ señala que en la sucesión a título universal, el patrimonio pasa como unidad. El heredero entra en lugar del difunto en el centro patrimonial dejado por él vacante y asume su misma posición jurídica. Se opera, en esta sucesión, una adquisición por *único título*, de todas las relaciones patrimoniales del difunto, de *un sólo golpe*. Se transmiten todas las relaciones patrimoniales del difunto *en bloque*, y se transmiten en su *conexión unitaria*. Aquí está la esencia de la adquisición *per universitatem*. No basta que todos los derechos y obligaciones se adquieran, y todos de una vez, sino que se adquieran todos en su unidad. Los derechos y obligaciones no pasan como singulares, sino en su conexión con otros, como unidad. Por esto no es necesario un hecho adquisitivo específico, según la naturaleza de cada uno de los derechos, pues la adquisición *mortis causa* los engloba, como elementos de un todo unitario. *No es la cantidad de bienes recogidos* lo que atribuye la cualidad de heredero, sino el *modo y la forma de adquisición*, el llamamiento a la universalidad, aunque esta universalidad esté vacía de bienes o contenga solo pasivo. Heredero es quien recoge el *universum ius* del difunto, o una cuota o fracción de esta universalidad; pero el heredero recibe siempre una *unidad abstracta*, no una cantidad concreta de bienes.

A esta postura se adhiere OSSORIO MORALES⁹⁷, al entender que hay sucesión universal, cuando se sucede en el patrimonio del causante —activo y pasivo— considerado como unidad abstracta, independientemente de los elementos singulares que lo integran, cualquiera que sea la naturaleza, número o valor de estos⁹⁸.

Para BINDER⁹⁹ la sucesión hereditaria no es solo una sucesión en el patrimonio del causante, pues entiende que su contenido no se agota con sus relaciones, sino que va más allá, toda vez que mediante la sucesión aparecen para el heredero relaciones que no existían ni en germen en la persona de dicho causante, y que desde ningún punto de vista pueden ser contadas como formando parte de su patrimonio. Así, las pretensiones por causa de legados, cargas y derechos de legítima que pueden dirigirse contra el heredero, y también ciertas responsabilidades legales del mismo. Opina que tampoco la relación entre coherederos, la acción de

⁹⁵ *Ob. cit.*, pág. 370.

⁹⁶ «Estudio sobre la sucesión a título universal y particular; con especial aplicación a la legislación española», en RDP, 1923, págs. 327-328.

⁹⁷ «El legado de parte alícuota», en *Estudios de Derecho Privado*, Ed. Bosch, Barcelona, 1942, pág. 136.

⁹⁸ «Estudios de Derecho Privado», *ob. cit.*, pág. 140.

⁹⁹ *Ob. cit.*, pág. 12.

petición de herencia, etc., pueden considerarse como procedentes del causante y transmitidas por él a los herederos. Por eso entiende que en la sucesión hereditaria se produce el ingreso en una situación jurídica completamente nueva y de propio sentido, que sólo comprende el patrimonio del causante con numerosas reservas y cambios. El llamado a la herencia adquiere no un derecho subjetivo a la misma, sino una situación jurídica extraordinariamente compleja. La transmisión de los derechos del causante es un mero aspecto de esta sucesión jurídica, siendo otro el paso de las deudas al heredero, puesto que como tal heredero es titular de todos los derechos que le competen y todas las cargas que le afectan por consecuencia de su vocación hereditaria, aun cuando ello no quiere decir que se subsuma en la situación jurídica del causante. A juicio del citado autor, lo que da derecho a hablar de sucesión universal, es más *la unidad del supuesto de hecho de la adquisición que la del objeto*, aunque ésta tampoco debe ser rechazada de plano.

LACRUZ BERDEJO¹⁰⁰, por su parte, reconoce que para la doctrina española antigua y moderna, la característica de la sucesión universal es la adquisición, por el sucesor, de cosas y derechos formando una universalidad, un complejo patrimonial en el cual deben contar, no sólo todos los bienes del causante transmisibles por herencia, sino también sus obligaciones. Sin embargo, dice, la concepción que de la sucesión universal tuvieron los autores del Código Civil no obliga ineludiblemente al intérprete, sobre todo cuando muchas reglas del propio Código demuestran su inexactitud. No puede decirse que el heredero suceda en las deudas por formar éstas parte del patrimonio hereditario, sino porque la ley conexamente a la adquisición de los bienes del causante, se las atribuye.

Para LACRUZ BERDEJO, al igual que para BINDER, la sucesión universal supone el ingreso en una particular situación jurídica, que la ley configura deliberadamente para evitar toda solución de continuidad en la titularidad de los derechos transmisibles del *de cuius*, pero en la cual no es esencial la existencia de tales derechos. El llamado ingresa en esa situación y recibe no solo los bienes, sino también las deudas, situaciones de hecho y posibilidades de modificación jurídica, a la vez, que nacen para él nuevos deberes. La característica de la sucesión universal es principalmente el paso, *uno ictu* y sin las formalidades necesarias para su transmisión a título singular, de los derechos y obligaciones del causante¹⁰¹.

PUIG PEÑA¹⁰² ve la esencia de la sucesión universal en que se produce una transferencia en *cascada* o en bloque sobre la persona del sucesor de todos los derechos

¹⁰⁰ «Notas a BINDER», *ob. cit.*, págs. 14-15.

¹⁰¹ Estas posturas que sostienen que lo característico de la sucesión universal es la transmisión de un modo unitario y por un solo acto de la totalidad de relaciones jurídicas que contiene la herencia, es compartida por otros autores como PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, t. V, vol. I, *ob. cit.*, págs. 18 y 19. Quien ve la esencia de la sucesión universal en la adquisición de cada una de las relaciones jurídicas que integran la herencia, conservando su individualidad, pero en un solo acto y por un solo título. Lo que el causante ha adquirido por diversos títulos, el heredero ha de adquirirlo en bloque y de una sola vez, y HERNÁNDEZ GIL, A., *Obras completas*, t. IV, *ob. cit.*, págs. 470 y 475, al sostener que nos encontramos ante la sucesión universal cuando se sucede en el todo o en una parte alícuota del todo, es decir, en el patrimonio del causante o en una cuota del mismo. Lo que se transmite al heredero es un conjunto de derechos y obligaciones, un patrimonio o una cuota del mismo, y la transmisión está compuesta, no sólo de activo, sino también de pasivo. Esta transmisión tiene lugar como un todo o conjunto unitario, distinto de los elementos que lo integran, que actúa en el proceso sucesorio como tal todo y se desplaza hacia otro u otros titulares en virtud de un solo acto.

¹⁰² *Ob. cit.*, pág. 14.

articulados del causante, a consecuencia de lo cual aquél se subroga en todos los derechos y acciones transmisibles de éste.

Obsérvese que sólo habla de una transferencia de derechos y subrogación en los derechos y acciones, por lo que pudiera pensarse que las obligaciones, el pasivo, no forman parte de esa cascada de relaciones jurídicas que, por virtud de la sucesión adquiere el llamado a título universal. Sin embargo debemos entender que utiliza la palabra «derechos» como sinónimo de herencia, pues en la página 18 de la obra citada, al hablar de las características de la sucesión por causa de muerte dice que lo fundamental es que «al provocarse el traspaso por causa de la muerte, se suceden en la persona del heredero no sólo los créditos, sino también las deudas e incluso la posesión».

C) *Lo universal es el título*

No faltan autores para quienes la universalidad debe predicarse del título; en este sentido se manifiesta GINOT LLOBATERAS¹⁰³ al decir que lo universal, en el artículo 660 del Código Civil es el título, no el objeto en que se sucede, y una vez aceptada la herencia se tiene el carácter de heredero con el alcance y efectos que determina el artículo 661 del Código Civil: «Los herederos suceden al difunto por el solo hecho de su muerte, en todos sus derechos y obligaciones». Es decir, el heredero sucede en la misma situación jurídica que tenía su causante, y por tanto, se coloca en idénticas titularidades activas y pasivas de una manera simétrica a la de aquél. Si el heredero sucede, en todas las relaciones patrimoniales del causante, es debido al carácter universal, o sea, expansivo, del título, que precisamente por ser universal afecta a toda la situación jurídica del difunto.

Esta es la postura que defiende ROCA SASTRE¹⁰⁴, al declarar que «el Código Civil cuando se propone describir el concepto de heredero como título sucesorio, emplea dos criterios, uno referente a su objeto: la totalidad de la herencia en su activo y pasivo (art. 661) (sucesión universal). Y el otro referente a su naturaleza: carácter universal del título (arts. 660, 668.2 final)».

SALVADOR CODERCH¹⁰⁵ también opina que lo universal es el título; sostiene que su universalidad, como característica positiva del mismo, implica dos cosas: I) universalidad en cuanto al supuesto de hecho adquisitivo, y II) en cuanto al ámbito de la adquisición. El título hereditario es universal en cuanto incluye todo el supuesto de hecho adquisitivo (título y modo) y también lo es en cuanto al ámbito de la adquisición: define autónomamente un ámbito adquisitivo máximo (arts. 440 y 660) y produce sucesión en las deudas (art. 661).

D) *Significado de la sucesión universal*

Como se puede observar, las opiniones respecto de lo que significa suceder a título universal son dispares. Para unos, lo decisivo no es lo que se recibe, sino cómo se recibe, es decir, la forma en que va a realizarse el traspaso de las rela-

¹⁰³ «La responsabilidad del heredero simple por deudas y legados en Derecho Común y Foral», en *ADC*, 1950, págs. 1067 y 1068.

¹⁰⁴ *Notas al Derecho de Sucesiones de Kipp*, t. V, vol. I, 2.^a ed., pág. 421.

¹⁰⁵ «El título de heredero», en *RDN*, 1985, pág. 416.

ciones jurídicas del causante al heredero. Otros, sin embargo, consideran que lo decisivo es el objeto, esto es, lo que el heredero va a poder recibir, es decir, las relaciones jurídicas que, precisamente por ser llamado a título universal, van a ingresar en su patrimonio. Para otro grupo de autores, la universalidad habrá que predicarla del título; ahora bien, esta postura en definitiva no difiere tanto de la anterior, pues si lo universal es el título, y precisamente por serlo, el heredero asume una posición jurídica determinada, será porque adquiere algo en virtud del mismo, o porque atribuye algo, y ese «algo» que el heredero adquiere porque el título se lo atribuye, es el objeto de la sucesión (la herencia); ello significa que la concreción del objeto va a depender del título y de su calificación.

Sin descartar lo problemático del tema, a nosotros nos parece que lo universal es el título, lo que supone que precisamente por serlo, va a comprender todas las relaciones jurídicas que integran la herencia, dotando al instituido de una legitimación adquisitiva universal.

Cuando una persona fallece resulta necesario que alguien le releve en sus relaciones jurídicas, en suma, de su patrimonio; éste no puede quedar sin titular, ni extinguirse todos los poderes que correspondían al mismo así como las obligaciones asumidas, pues si esto ocurriera sería fuente de graves desórdenes sociales, así que los legisladores regularon el traspaso y la sucesión patrimonial. De los varios sistemas posibles, nuestro legislador optó por el de la *successio*, en virtud del cual, el llamado a título de heredero, o lo que es lo mismo, a título universal, va a poder recibir todas las relaciones jurídicas que le correspondían a su causante y que no se hayan extinguido por su fallecimiento, o tengan un destino distinto, bien fijado por la ley o por el propio testador. Ello es así porque se le ha atribuido un título que ha sido configurado como universal; esto significa que goza de una fuerza expansiva que le hace extenderse y abarcar todas aquellas relaciones jurídicas que hayan quedado vacantes, cubriendo de esta forma todos los huecos que pudieran quedar tras la muerte del titular pues, como dice SANCHO REBULLIDA¹⁰⁶, el Derecho como la Naturaleza tiene horror al vacío.

Cuando hablamos de *todas* las relaciones jurídicas, lo hacemos en un sentido cualitativo, no cuantitativo, comprendiendo tanto el activo como el pasivo, e incluso aquéllas que no tengan un contenido patrimonial; bien entendido que consideramos que el título es universal aunque el testador deje al llamado una cuota determinada, siempre que la forma en que se hizo el llamamiento (el título que se le ha atribuido) sea la adecuada para que el instituido pueda participar en *todas* las relaciones que integran la herencia, aunque en una proporción determinada en relación con el total.

El hecho de que el artículo 667, al definir el testamento, solo le permita al *de cuius* disponer de los bienes, no es un obstáculo para que si esa disposición la hace revelando su voluntad de querer un heredero, la ley le atribuya al llamado la parte correspondiente de deudas y cargas, de conformidad con lo que el artículo 659 dice respecto de lo que debe comprender la herencia. Además pueden existir otras cláusulas que, aunque no contengan disposiciones de bienes, sí recojan manifestaciones del disponente respecto de su esfera no patrimonial; y esto también habrá que tenerlo en cuenta puesto que un sucesor universal va a hacerse cargo de las mismas, y el que el testador se las atribuya a un llamado revela cuál es su voluntad al respecto.

¹⁰⁶ «Comentario del Código Civil», t. I, *ob. cit.*, pág. 1660.

Se ha dicho más arriba que el Código en ninguno de sus artículos define qué sea suceder a título universal; no obstante esto puede deducirse del análisis de alguno de sus preceptos. En el artículo 659 del Código Civil empieza disponiendo qué contiene la herencia (bienes, derechos y obligaciones). A continuación, el artículo 660 del Código Civil identifica al heredero con el sucesor universal, sin aclarar en qué consiste suceder de esta manera. Lógicamente heredero será aquél que recibe la herencia, que por disposición del artículo anterior comprende bienes, derechos y obligaciones.

El artículo 661 incide en lo mismo, al establecer qué es lo que van a recibir los herederos (todos los derechos y obligaciones del difunto). Por otro lado, el artículo 667 define el testamento como un acto de disposición de *bienes*, lo cual no contradice lo dispuesto en los artículos anteriores que configuran la herencia como un conjunto de derechos y obligaciones. Es lógico que el testador solo pueda disponer de los bienes, pues si se le permitiese disponer de las deudas, estaría en realidad disponiendo de derechos ajenos, los del acreedor; esto parece confirmarse en el artículo 668 que establece en su párrafo 1.º: «el testador puede disponer de sus *bienes* a título de herencia...»; esto significa, a nuestro entender, que, disponiendo de los bienes de una determinada manera (a título de herencia, o lo que es lo mismo a título universal, o bien cuando se desprenda del conjunto del testamento, que no solo de la disposición de bienes, que tal era su voluntad —arts. 675 y núm. 2 del 668—), le está atribuyendo al llamado un título que le legitima para hacerse cargo de los bienes y demás relaciones jurídicas que integran la herencia. Esta extensión al resto de las relaciones jurídicas se produce porque así lo ha dispuesto la ley porque, permitiendo al testador disponer solo de los bienes, dota al título que se le atribuye al llamado, de una fuerza expansiva que abraza y se extiende por su propia naturaleza (porque es universal) al resto de las relaciones jurídicas, pues los artículos 659 y 661 del Código Civil nos están señalando, respectivamente, qué contiene la herencia y en qué sucede el heredero.

Es importante destacar el segundo apartado del artículo 668, que dispone que «en la duda, aunque el testador no haya usado materialmente la palabra heredero, si su voluntad está clara acerca de este concepto, valdrá la disposición como hecha a título universal o de herencia». Pues este apartado nos está indicando que la forma, el modo en que el testador dispone, exclusivamente, de sus bienes, esto es, revelando su voluntad de que el instituido asuma todas sus relaciones, se coloque en su lugar, va a significar atribuirle un título apto, adecuado para lograr ese resultado, el título universal, y ello porque así lo ha dispuesto la ley.

Lo que parece que se configura como universal es el título. El testador al disponer de sus bienes en testamento, o la ley a falta de aquél, llama a una o varias personas para que se hagan cargo de un patrimonio que se ha quedado sin titular, para lo cual se le atribuye un título que les legitima para efectuar esa adquisición, y a éste la ley lo configura como universal, dotándole de la virtualidad de extenderse más allá de la disposición hecha por el testador (este sólo puede disponer de los bienes, art. 667) para evitar que alguna de sus relaciones pudiera quedar vacante.

Los artículos citados hasta el momento únicamente se refieren a las relaciones de contenido patrimonial, tanto activas como pasivas. Sin embargo, a lo largo del articulado del Código Civil, e incluso fuera del mismo, nos encontramos con preceptos que señalan otro tipo de relaciones que asume el heredero y que carecen de ese contenido, por ejemplo, el ejercicio de determinadas acciones; así podemos citar los artículos 130 y siguientes, relativos a las de filiación, el artículo 466 del antiguo Código Penal, referente al ejercicio de las acciones de calumnia e injuria

(aunque el art. 215 del actual Código ha suprimido la referencia que aquél hacía al heredero); el artículo 15 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, respecto del derecho moral de autor (situación que se mantiene en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril¹⁰⁷), etc.

De todo esto creemos que puede extraerse la conclusión de que suceder a título universal va a significar la aptitud del así llamado para asumir cualquier tipo de relación que no se haya extinguido por el fallecimiento, o que no tenga un destino prefijado, bien por la ley o por el testador. Y habrá sucesión universal aunque en la herencia exista una sola cosa, o aunque sólo existan deudas, bien porque no existían bienes o porque el difunto ha «vaciado» la herencia mediante atribuciones a título singular; porque lo decisivo no es la cantidad. Puede haber una sola relación, activa, pasiva o carente de todo contenido patrimonial y seguirá habiendo sucesión universal si así lo ha querido el testador; porque al predicarse la universalidad del título, significa que es adecuado para provocar el traspaso (siempre que la herencia sea aceptada) de todas las relaciones que la herencia pueda contener, por dispares que estas sean (bienes, derechos, obligaciones, situaciones de mero hecho, expectativas, ejercicio de acciones, etc.), no que necesariamente tengan que existir todas esas relaciones; si las hay las comprende todas, si no las hay produce la transmisión de las que existan¹⁰⁸.

V. ASPECTO SUBJETIVO DE LA HERENCIA: POSICIÓN JURÍDICA DEL HEREDERO

Tras haber examinado la herencia en su aspecto objetivo, estático, o lo que es lo mismo, la determinación de su contenido, y en su aspecto dinámico o de sucesión, haciendo tránsito al heredero, queda ahora por examinar su aspecto más subjetivo, la posición jurídica que va a corresponder al heredero, que como hemos señalado al inicio de este trabajo, dependerá del sistema adoptado por nuestro Derecho respecto al contenido de la misma, y por tanto, ello va a ser determinante de la posición jurídica que a éste le corresponda. Ya hemos visto como nuestro Derecho ha seguido el sistema romano de la *successio*; esto aclarado, facilita determinar la posición jurídica del sucesor universal.

El heredero es alguien que sustituye de una manera general al difunto en la titularidad de sus bienes y deudas. No es un simple adquirente de cosas y derechos, como un comprador, sino que viene a hacerse cargo de todas las relaciones del *de cuius*, activas y pasivas, transmisibles *mortis causa*, salvo los bienes especialmente destinados¹⁰⁹.

¹⁰⁷ El artículo 15.1.º dispone: «Al fallecimiento del autor, el ejercicio de los derechos mencionados en los apartados 3.º y 4.º del artículo anterior corresponde, sin límite de tiempo, a la persona natural o jurídica a la que el autor se lo haya confiado expresamente por disposición de última voluntad. En su defecto, el ejercicio de estos derechos corresponderá a los herederos».

¹⁰⁸ En relación con este punto, PUIG BRUTAU, «Fundamentos de Derecho Civil», t. V, vol. I, *ob. cit.*, pág. 20, señala que el hecho de que en el patrimonio del causante haya una sola cosa, se trata de un límite físico (no haber más en la herencia) que pone un límite a las posibilidades más amplias del título jurídico.

¹⁰⁹ Cfr. LACRUZ, «Elementos de Derecho Civil», V, de LACRUZ y otros, *ob. cit.*, pág. 13. Para ROCA SASTRE, «Notas a KIPP», *ob. cit.*, pág. 91, el heredero se subroga en la misma y total posición jurídica del *de cuius*; no es un simple adquirente de bienes, que responde normalmente con los

En definitiva, se puede decir que el sucesor universal o heredero es una persona que se coloca en el mismo lugar que tenía el difunto cuando vivía, asumiendo la totalidad de sus relaciones jurídicas o una cuota de ellas, pero sin que en éstas se produzca ningún cambio, sino que permanecen idénticas; lo único que cambia es el titular. El heredero va a asumir una situación compleja y nueva en determinados aspectos, en cuanto que van a surgir para él como consecuencia del fenómeno sucesorio, relaciones que no existían ni en germen en el patrimonio del causante; en este sentido, la posición del sucesor es distinta a la del causante, pero no hay duda de que en las relaciones que sí adquiere del *de cuius*, la posición de ambos será la misma.

El heredero aparece investido de una cualidad personal absolutamente intransferible¹¹⁰, de ahí que LACRUZ BERDEJO¹¹¹ haga notar, al señalar las diferencias

mismos de las deudas hereditarias, sino que asume primordialmente la condición o cualidad personal de continuador jurídico-patrimonial del causante, de lo cual es sólo consecuencia la adquisición de bienes y la asunción de la titularidad pasiva de las deudas hereditarias. LACRUZ BERDEJO, «Sucesión universal e institución de heredero», en *Revista de la Universidad de Zaragoza*, 1946, pág. 404, opina que el heredero es la persona designada por un sujeto de derecho para subentrar en la parte transmisible de su posición jurídica de un modo general. Según ALBALADEJO, «Curso de Derecho Civil», V, *ob. cit.*, pág. 17, se dice a veces que el heredero es el «continuador de la personalidad del causante»; expresión que si bien en rigor literal no es exacta, porque aquella no continúa, ya que acabó al morir; sin embargo, constituye un modo de hablar aceptable en el sentido, que es en el que hoy se usa, de que quien ahora está en el sitio del difunto, es el heredero. Destaca DORAL, «Titularidad y patrimonio hereditario», en *ADC*, 1973, págs. 398 y 399, que la vieja imagen de «continuador de la personalidad» es familiar a la jurisprudencia. La utiliza de comodín para diversos fines, especialmente: 1. Para referirse a la «personalidad» en sentido procesal. 2. Para fundamentar o excluir una posición procesal; así los herederos son «parte en el proceso» cuando se trata de demandar la nulidad de los contratos celebrados por el causante. 3. Por tratarse de un recurso fácil para explicar la posesión civilísima. 4. Para extender a los herederos la doctrina de los actos propios, «en cuanto que continuadores de la personalidad del causante».

¹¹⁰ ROCA SASTRE, «Problemas de la venta de herencia», en *AAMN*, 1953, págs. 671 y 672, al hablar de la venta de herencia (art. 1531), dice que el comprador es la persona que viene a sustituir al heredero vendedor en todo lo económico-patrimonial de la herencia..., pero *no transfiere al adquirente la «cualidad de heredero»*. También DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, «Apuntes en tema de enajenación de herencia», en *RDP*, 1967, págs. 388 y 389, destaca el carácter personalísimo de la cualidad de heredero al decir que el fenómeno hereditario es tan complejo que no es posible explicar o fundamentar todos los múltiples efectos que produce examinando la sucesión desde un sólo aspecto, sino que, por el contrario, hay que concluir que unos efectos tienen su explicación partiendo de la consideración del *status* o cualidad de heredero, mientras que otros se basan en la consideración unitaria o de universalidad que tiene el elemento real u objetivo al que la sucesión en definitiva se refiere. Considera que no puede partirse de un concepto exclusivamente patrimonial de la herencia, porque entonces quedarían sin explicar una serie de situaciones, precisamente las más íntimas y entrañables, que sólo pueden tener justificación partiendo de la base de una especial calificación afectiva o espiritual. Y es por ese carácter personalísimo e intransferible de la cualidad de heredero que, cuando uno de ellos vende su herencia, en las relaciones externas entre heredero y acreedores, el cedente no se desliga de las obligaciones asumidas y siguen personalmente obligados al pago. DÁVILA GARCÍA, «Herederos y legitimarios», en *RCDI*, 1943, pág. 667, dice que es imposible la negociabilidad de la cualidad de heredero. Es como si la cualidad de hijo pudiera ser objeto de embargo o enajenación. Considera que el heredero tiene respecto de su causante una situación personal que determina un estado.

¹¹¹ «Sucesión universal, sucesión a título de heredero y designación del heredero», en *RDN*, 1961, pág. 46.

entre el heredero y legatario, que éste *tiene* algo (es un simple adquirente de bienes), mientras el heredero *es algo*, la persona que sobre la base del título universal, subentra en los mismos derechos y obligaciones, facultades, expectativas y poderes transferibles de su autor. Dentro de esa esfera personalísima hay que señalar especialmente la misión de tutela que compete al heredero sobre los intereses extrapatrimoniales del causante... La muerte extingue la personalidad, pero quedan los que podrían llamarse «derechos de la personalidad pretérita» que siguen relacionados con la personalidad extinta del causante, y que el heredero está encargado de tutelar¹¹².

Cuando el artículo 1257 del Código Civil dispone: «los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgaron y sus herederos...», parece que estuviese considerándolos parte en el contrato, no simples adquirentes, salvo que los derechos y obligaciones que produce el contrato sean intransmisibles (art. 1257)¹¹³. LACRUZ BERDEJO¹¹⁴ señala al respecto que, aun cuando los bienes del difunto sean transferidos sin contraprestación al heredero, éste no puede calificarse de adquirente a título gratuito de las cosas hereditarias, sino que es comprador, o donatario, o enfiteuta, si éstas habían llegado a su *auctor* consecuencia de venta, donación o enfiteusis, y por consiguiente, ostenta idénticos derechos y obligaciones que del acto habían surgido con relación al *de cuius*; precisamente porque la relación permanece objetivamente idéntica, el heredero no *adquiere* del difunto, sino que *le sucede*.

Lo mismo acaece en un proceso en el que el causante fuese parte; ocurrido el fallecimiento, los herederos se colocan en su lugar, así lo disponía el artículo 9.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, derogado por la LEC de 2000. Actualmente esta materia se regula en el artículo 16¹¹⁵ que se caracteriza, entre otras cosas, por sustituir la palabra herederos por la de sucesores, permitiendo que también los

¹¹² LACRUZ BERDEJO, «Sucesión universal, sucesión a título de heredero y designación del heredero», *ob. cit.*, pág. 68. Sobre la protección de la personalidad pretérita, véase, LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil, I, Parte General y Derecho de la Persona*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2011, pág. 160. En este sentido cabe destacar la postura de ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *ob. cit.*, págs. 31 y sigs., para quien la característica esencial de la condición de heredero aparece ligada a un residual *officium pietatis* familiar y no al fenómeno hereditario en sí, pues la condición de heredero no implica necesariamente ni la vocación a la universalidad de los bienes, ni el derecho a la ejecución hereditaria. El heredero es sucesor a título universal y ejecutor hereditario, pero ninguna de estas características define su condición de heredero, que sólo se define esencialmente por el *officium pietatis* de salvaguardia moral de la personalidad del causante, y la responsabilidad *ultra vires*. Para él, la esencialidad de la condición de heredero se liga a un *officium pietatis*, por ello lo natural será considerar herederos a los familiares, pues este *officium pietatis* no es sino la continuación de la intimidad personal que define la familia. La condición de heredero del no familiar es excepcional.

¹¹³ YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad contractual y extracontractual*, vol. I, Madrid, 1993, pág. 101, en relación con este punto sostiene que si la víctima del incumplimiento de un contrato es causahabiente de uno de los contratantes, dispone de la acción para reclamar la responsabilidad contractual porque el artículo 1257 declara..., los herederos deben actuar como si del causante se tratara.

¹¹⁴ «Sucesión universal, sucesión a título de heredero y designación del heredero», *ob. cit.*, pág., 45; *Estudios de Derecho Privado, Común y Foral*, t. II, coedición del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, y Bosch, Zaragoza, 1992, pág. 401.

¹¹⁵ En su apartado 1 dispone: «Cuando se transmita *mortis causa* lo que sea objeto del juicio, la persona o personas que sucedan al causante podrán continuar ocupando en dicho juicio la misma posición que éste, a todos los efectos».

legatarios sucedan al testador¹¹⁶ si la cosa legada es litigiosa¹¹⁷. Evidentemente, no hay sucesión en los derechos personalísimos: la acción de divorcio se extingue con la muerte de los cónyuges.

Y así lo manifiesta la jurisprudencia, tanto del TS cuanto la doctrina emanada de la DGRN. En este sentido, la sentencia de 3 de noviembre de 1992¹¹⁸, dice: «ocurrido el fallecimiento del actor, se personan sus herederos, teniéndoles por parte, con la cualidad y derechos que ostentaba la persona sucedida». Más, recientemente, el Auto del TS, de 7 de noviembre de 2006, en el que se admite la sucesión procesal *mortis causa*, tanto de los herederos puros y simples y a beneficio de inventario, lo que la parte contraria refutaba a estos últimos y a los legatarios. En el mismo sentido, el Auto del TS, de 7 de noviembre de 2006, admite la sucesión procesal de una heredera que, a la vez era legataria del objeto litigioso¹¹⁹.

Por su parte, ROCA SASTRE¹²⁰ señala que, en virtud de la teoría de los actos propios, el heredero no puede impugnar los actos que le sean perjudiciales otorgados en vida por su causante, y esto aunque haya aceptado la herencia a beneficio de inventario. FUENMAYOR CHAMPIN¹²¹ destaca que si los herederos cumplen la obligación natural de su causante por sí mismos, por su propia voluntad o iniciativa, sin imposición del testador no puede hablarse de cumplimiento *post mortem*, pues los herederos tienen el deber personal de conciencia de cumplir la obligación natural, y cuando lo hacen exclusivamente por su propia iniciativa no puede estimarse que cumple en nombre del causante, sino que cumple su propio deber moral. De aquí se sigue que, en tal supuesto, no puede en modo alguno separarse de la herencia lo atribuido al acreedor natural con tal carácter. No pagan los herederos con bienes de la herencia, porque no cumplen la obligación natural de su causante, sino que pagan con sus bienes propios para cumplir su personal deber.

Esto revela cuál es la posición jurídica del heredero; desde luego no un simple adquirente de valores patrimoniales, sino alguien que, si bien no puede decirse que continúe la personalidad del difunto, dado que ésta se ha extinguido, se subroga exactamente en la misma situación que en vida correspondía al causante, manteniendo intactas todas sus relaciones, como si se tratase de una «prolongación», hasta el punto de considerar que los actos que aquél hubiese realizado son propios del heredero.

¹¹⁶ Debemos poner de manifiesto que no toda la doctrina considera que el legatario es un sucesor del causante o, al menos, no en todos los casos, sino que sucede al heredero *inter vivos*, lo que ocurre, por ejemplo, con el legado de cosa ajena o en el legado de cosa propia del heredero. Tampoco hay sucesión respecto del causante en el supuesto del legatario gravado (sublegado) y el de crédito a favor del propio acreedor (cfr. VALLET DE GOYTISOLO, «Imputación de legados otorgados a favor de legitimarios», en *RDP*, 1948, pág. 318; GONZÁLEZ PACANOWSKA, *El legado de cosa ajena*, ed. Montecorvo, Madrid, 1989, pág. 19, considera que sólo habrá sucesión si la cosa legada pertenece al testador; no en caso contrario. En el mismo sentido, LACRUZ BERDEJO, «Sucesión universal, sucesión a título de heredero y designación del heredero», en *RDN*, 1961, pág. 87.

¹¹⁷ Cfr. GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte General*, ed. Colex, Madrid, 2010, pág. 173; ASENCIO MELLADO, J. M., *Derecho Procesal Civil. Parte primera*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 89. También el Auto del TS de 7 de noviembre de 2006.

¹¹⁸ *RJA*, núm. 9186.

¹¹⁹ Véase también, la STS de 13 de octubre de 2005, el Auto del TS, de 20 de noviembre de 2012, y la RDGRN 2012/2582.

¹²⁰ «Estudios sobre Sucesiones», *ob. cit.*, pág. 57.

¹²¹ «El cumplimiento *post mortem* de las obligaciones naturales», en *AAMN*, 1959, págs. 39 y 40.

VI. CRISIS ACTUAL DE DETERMINADOS CONCEPTOS

Hasta el momento hemos visto qué es la herencia, qué elementos o relaciones jurídicas contiene, así como la posición jurídica que le corresponde al heredero. Y es de destacar que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia existe un amplio consenso al respecto; sin embargo, no faltan autores que sostienen la existencia de una crisis de determinados conceptos, como la responsabilidad *ultra vires* del heredero, corriente ésta encabezada por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS a la que se han adherido otros autores, como ROVIRA JAÉN, PUIG BRUTAU o GARCÍA RUBIO. Recuérdese que lo que se cuestiona es la extensión de la responsabilidad del heredero, no que éste sea un auténtico deudor. Por nuestra parte compartimos esta opinión, pues consideramos incluso injusto que el heredero pueda verse afectado en sus bienes personales por las deudas del causante, y que los acreedores de éste tengan que tener un «plus» de garantía.

El artículo 1911 del Código Civil establece la responsabilidad patrimonial universal del deudor; pero sobre sus bienes, no dice que ésta deba ir más allá del patrimonio del deudor; y si en vida no hay ningún precepto que autorice esta extensión, no vemos por qué después de su muerte los acreedores pueden perseguir unos bienes que no correspondían a su deudor, perjudicando no solo al heredero, sino incluso a los acreedores personales del mismo, pues estos no podrán perseguir los bienes hereditarios mientras las deudas de la herencia no se satisfagan, pero deben, sin embargo, soportar la concurrencia de los acreedores hereditarios si los bienes relictos no fuesen suficientes; al menos esto es lo que sostienen aquellos autores que defienden la existencia de una separación automática de los patrimonios hereditario y personal del heredero, para evitar a los acreedores de la herencia el perjuicio de la confusión de patrimonios¹²².

Nosotros no encontramos un argumento consistente para que los acreedores de la herencia deban gozar de un trato de favor, concediéndoles especiales garantías con respeto a los demás. Consideramos más justa una regulación que impusiese una responsabilidad limitada al caudal relicto, de modo que los bienes de la herencia estuviesen afectos al pago de las deudas, pero sin que éstas afectasen al patrimonio personal del heredero¹²³; éste recibiría únicamente lo que reste tras haber pagado el pasivo; en definitiva, la concepción germánica de la herencia residual. O el sistema anglosajón, en virtud del cual, entre el causante y el heredero, se interpone un liquidador encargado de satisfacer todas las deudas y cargas, de forma que el heredero sólo va a recibir lo que reste, si es que algo queda.

No obstante compartir esta opinión, consideramos que ninguno de estos sistemas ha sido seguido por nuestro Código Civil, y por lo tanto no podemos adoptar

¹²² ALBALADEJO GARCÍA, «Curso de Derecho Civil», V, *ob. cit.*, pág. 113.

¹²³ Solución que también propugna ALBALADEJO, «La llamada aceptación “entendida” a beneficio de inventario», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 1994, págs. 229 y 230, al decir que en tema de responsabilidad por las deudas y cargas de la herencia, debería regirse por el principio de que el heredero respondiese de ellas sólo con lo recibido sin necesidad para conseguirlo de tener que pedir el beneficio de inventario. Estableciendo la responsabilidad *ultra vires* como automática, pues hoy hay que estimar racionalmente preferible, puesto que es injusto que por no realizar el heredero aceptación beneficiaria, vean los acreedores del causante aumentada con el patrimonio del heredero la masa de bienes con la que resultan garantizados sus derechos, siendo así que en vida del difunto sólo el patrimonio de éste respaldaba aquellos, por lo que después de muerto sólo tal patrimonio debe de seguir respaldándolos, y otra cosa resulta caprichosa.

un concepto de herencia residual por más que nos parezca más justo, conveniente, e incluso mucho más sencillo que el actual, por impedirlo el Derecho positivo. Determinados preceptos del Código Civil, por ejemplo, el 1003, 1023, son muy claros al respecto y su interpretación no ofrece lugar a duda, el heredero responde de las deudas de la herencia incluso con sus bienes personales si los hereditarios no son suficientes, salvo que acepte la herencia a beneficio de inventario.

VII. DEFINICIÓN DE HERENCIA

Recogiendo todos estos aspectos (objetivo, dinámico y subjetivo), podemos definir la herencia como «el complejo de relaciones jurídicas transmisibles, tanto patrimoniales, activas y pasivas, como extrapatrimoniales, de un sujeto fallecido, y haciendo tránsito a otro heredero, que ha sido llamado a adquirirlas y que por virtud de tal adquisición, que se produce de forma unitaria, en un solo acto, va a asumir la misma posición jurídica de aquél, subrogándose en su lugar».

Es esta una definición de carácter descriptivo en la que hemos tratado de reflejar los distintos aspectos desde los cuales puede ser contemplado el fenómeno sucesorio, desde el momento en que, por el fallecimiento de una persona, lo que había sido su patrimonio, todo ese conglomerado de relaciones jurídicas de las que en vida era titular, se transforma por su muerte en herencia, hasta el momento en que es adquirido por el heredero.

Así, desde un punto de vista objetivo, es de destacar el conjunto de las distintas relaciones jurídicas que la componen, conformando su contenido, abstracción hecha de toda consideración de tipo subjetivo; relaciones jurídicas que, como ya se ha puesto de relieve en su momento, no sólo se comprenden las de contenido patrimonial, pudiendo ser éstas a su vez, activas y pasivas, sino también aquéllas que carezcan de dicho contenido.

El segundo aspecto desde el que puede observarse la herencia, y que también hemos procurado reflejar en la definición dada, es el dinámico, el acto de heredar, momento en el cual se produce la sucesión o traspaso de todas esas relaciones jurídicas del causante al heredero; por decirlo de una manera más gráfica, es como la trayectoria que el caudal relicto debe *recorrer* hasta el patrimonio del heredero, visto en su *andadura*; traspaso que se produce unitariamente y en un solo acto, a pesar de que la composición del caudal transmitido no es en absoluto unitaria, sino que por el contrario, las relaciones jurídicas que lo componen, y consecuentemente se transmiten, son múltiples y de distinto signo.

Por último, hemos querido destacar la especial situación que por virtud de la adquisición va a corresponder al heredero; situación que, si bien no coincide exactamente con la del difunto, pues ya se ha puesto de relieve que hay relaciones que se extinguen con la muerte, y otras que surgen nuevas para el sucesor, sí podemos decir que en aquellas relaciones que adquiere directamente del causante, asume exactamente su misma posición subrogándose en su lugar, de ahí que se diga que el heredero está investido de una cualidad *personal*, que le convierte en *sucesor* o *continuidador* del causante.

En definitiva, estimamos que todos estos aspectos constituyen visiones parciales de un solo fenómeno que, si lo consideramos globalmente, los abraza y envuelve a todos de forma indisoluble, aunque para una más fácil comprensión sea conveniente estudiarlos por separado; no obstante una definición de ese fenómeno que es la herencia no resultaría completa si no los reflejase todos.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBACAR Y DE CASTRO GARCÍA: *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, t. III, Ed. Trivium, Madrid, 1991.
- ALBALADEJO: *Derecho Civil*, t. I, Bosch, Barcelona, 2009, revisado y puesto al día de legislación y jurisprudencia, por DÍAZ ALABART.
- «Sucesor universal o heredero, y sucesor particular o legatario», en *RDP*, 1978.
- *Notas al Derecho de Sucesiones de Cicu*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1964.
- «La llamada aceptación “entendida” a beneficio de inventario», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 1994.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI: *Curso de Derecho Hereditario*, Ed. Civitas, Madrid, 1990.
- ASENCIO MELLADO: *Derecho Procesal Civil. Primera parte*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- BALLESTER GINER: *Derecho de Sucesiones, aspecto civil y fiscal*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989.
- CASTÁN TOBEÑAS: *La concepción estructural de la herencia*, Ed. Reus, Madrid, 1959.
- *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. VI, vol. I, revisada y puesta al día por GONZÁLEZ PORRAS, Ed., Reus, Madrid, 2010.
- «La dogmática de la herencia y su crisis actual», en *RGLJ*, 1959.
- DÁVILA GARCÍA: «Herederos y legitimarios», en *RCDI*, 1943.
- DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ RADIO: «Apuntes en tema de enajenación de herencia», en *RDP*, 1967.
- DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Ed. Tecnos, Madrid, 2012.
- DORAL: «Titularidad y patrimonio hereditario», en *ADC*, 1973.
- ESPINAR LAFUENTE: *La herencia legal y el testamento*, Bosch, Barcelona, 1956.
- FERRARA: «Estudio sobre la sucesión a título universal y particular, con especial aplicación a la legislación española», en *RDP*, 1923.
- FLÓREZ, C.: «El Patrimonio», en *T.S.U. Bancas y Finanzas*, 3.º semestre de Derecho, 17 de noviembre de 2012.
- FUENMAYOR CHAMPIN: «El cumplimiento *post mortem* de las obligaciones naturales», en *AAMN*, 1950.
- GARCÍA BAÑÓN: *El beneficio de separación*, Ed. Rialp, Pamplona, 1962.
- GARCÍA-BERNARDO LANDETA: «Crítica de un privilegio: el beneficio de separación», en *RDN*, 1966.
- GARCÍA DE HARO y FALCÓN CARRERAS: *Notas a las Instituciones de Derecho Civil de Barassi*, Bosch, Barcelona, 1958.
- GARCÍA GARRIDO: *Derecho Privado Romano (Instituciones)*, UNED, 2010.
- *Derecho Privado Romano. Casos, Acciones. Instituciones*, Ediciones Académicas, Madrid, 2008.
- GARCÍA RUBIO: *Distribución de toda la herencia en legados*, Ed., Civitas, Madrid, 1989.
- GIMENO SENDRA: *Derecho Procesal Civil. Parte general*, Ed. Colex, Madrid, 2010.
- GINOT LLOBATERAS: «La responsabilidad del heredero simple por deudas y legados en Derecho Común y Foral», en *ADC*, 1950.
- GONZÁLEZ PALOMINO: «Estudios de arte menor sobre Derecho Sucesorio», en *AAMN*, 1946.
- HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA: *La herencia yacente*, Bosch, Barcelona, 1995.
- HERNÁNDEZ GIL, A.: *Lecciones de Derecho Sucesorio*, Madrid, 1973.
- *Obras completas, Derechos Reales, Derechos de Sucesiones*, t. IV, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1989.

- LACRUZ BERDEJO: *Anotaciones al Derecho de Sucesiones de Binder*, Labor, Madrid, 1953.
- «La responsabilidad del heredero en el Código Civil», en *RCDI*, 1961.
 - *Elementos de Derecho Civil*, t. V, revisada y puesta al día por RAMS ALBESA, Bosch, Barcelona, 2009.
 - «Sucesión universal e institución de heredero», en *Revista de la Universidad de Zaragoza*, 1946.
 - *Sucesión universal, sucesión a título de heredero y designación del heredero*, 1961.
- LASARTE ÁLVAREZ: *Principios de Derecho Civil, VII, Derecho de Sucesiones*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011.
- *Principios de Derecho Civil, IV, Propiedad y Derechos Reales de goce*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010.
 - *Principios de Derecho Civil, I, Parte General y Derecho de la Persona*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011.
- LÓPEZ JACOISTE: «El beneficio de separación de patrimonios en nuestro sistema sucesorio», en *RGLJ*, 1958.
- MANRESA Y NAVARRO: *Comentarios al Código Civil español*, t. V, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1910.
- MINGORANCE GOSÁLVEZ: *El pago de las deudas hereditarias*, Dykinson, Madrid, 2004.
- MORATÓ: *El Derecho Civil español con las correspondencias del romano*, t. II, Valladolid, 1887.
- MORETÓN SANZ: *La asunción espontánea de deuda*, Lex Nova, Valladolid, 2008.
- «La transmisión *mortis causa* de los derechos de explotación devengados de las creaciones literarias, artísticas y científicas: controversias testamentarias en materia de Propiedad Intelectual», en *RCDI*, núm. 736, 2013.
 - «Cuestiones sobre las deudas del causante y el especial supuesto de la responsabilidad del comprador de cuota hereditaria», en *RCDI*, 716.
 - «Autores de obras de artes plásticas no aplicadas y sucesión *mortis causa*: indisponibilidad *inter vivos* del derecho de participación», en *RCDI*, 737.
- NAVARRO CASTRO: *La responsabilidad por las deudas hereditarias*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009.
- NÚÑEZ MUÑIZ: *El legado de parte alícuota: su régimen jurídico*, Ed. Edijus, Madrid, 2001.
- OSSORIO MORALES: *Estudios de Derecho Privado*, Bosch, Barcelona, 1942.
- PALACIOS OCHOA, L. R.: «El patrimonio: nociones, concepto y teorías».
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *La herencia y las deudas del causante*, Ed. Comares, Granada, 2009.
- PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho Civil español*, t. V, vol. I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.
- ROCA SASTRE, «El patrimonio», en *RCDI*, 1926.
- «Crítica institucional del Código Civil», en *Estudios sobre Sucesiones*, t. I, Madrid, 1958.
 - «El *beneficium separationis* y los actuales sistemas de separación sucesoria», en *Estudios sobre Sucesiones*, t. I.
 - «Notas al Derecho de Sucesiones de KIPP», en *Tratado de Derecho Civil*, T. V, vol. I y II. Ed. Bosch, Barcelona, 1976.
 - «Problemas de la venta de herencia», en *AAMN*, 1953.
- ROCA-SASTRE MUNCUNILL: «Conceptes generals del dret de successions», en *RJC*, 1985.
- *Derecho de Sucesiones*, t. I, Bosch, Barcelona, 1995.
- ROVIRA JAÉN: «En torno a las deudas de la herencia», en *RCDI*, 1969.
- SALVADOR CODERCH: «El título de heredero», en *RDN*, 1985.

- SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho Civil*, t. VI, vol. I, Madrid, 1910.
- SÁNCHEZ GALIANA: «La sucesión en las obligaciones tributarias: especial referencia a la responsabilidad de los herederos», en *Estudios en homenaje al profesor José González García*, Pamplona, 2012.
- SANCHO REBULLIDA: *Comentario del Código Civil*, t. I, dirigido por PAZ ARES, DÍEZ PICAZO, BERCOVITZ y SALVADOR CODERCH, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993.
- TRAVIESAS: «Sobre Derecho Hereditario», en *RDP*, 1921.
- VALLET DE GOYTISOLO: *Panorama de Derecho de Sucesiones, II, Perspectiva dinámica*, Civitas, Madrid, 1984.
- *Panorama de Derecho de Sucesiones, I*.
- *Estudios de Derecho Sucesorio*, vol. I, ed. Montecorvo, Madrid, 1987.
- «Imputación de legados otorgados a favor de legitimarios», en *RDP*, 1948.
- YÁÑEZ VIVERO: «El fallimento post mortem y la separación de patrimonios en el ordenamiento italiano», en *RCDI*, núm. 728, 2011.

IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 24 de noviembre de 1911.
- STS de 5 de diciembre de 1941.
- STS de 11 de octubre de 1943.
- STS de 27 de junio de 1949 (Sala 5.^a).
- STS de 22 de mayo de 1950.
- STS de 26 de noviembre de 1963.
- STS de 16 de febrero de 1967.
- STS de 20 de octubre de 1987.
- STS de 3 de noviembre de 1992.
- STS de 10 de enero de 1994.
- STS de 26 de marzo de 1994.
- STS de 16 de febrero de 1998.
- STS de 13 de octubre de 2005.
- ATS de 7 de noviembre de 2006.
- STS de 6 de mayo de 2011.
- STS de 2 de junio de 2011 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a).
- STS de 23 de diciembre de 2011.
- STS de 1 de junio de 2012 (Sala de lo Contencioso-Administrativo).
- ATS de 20 de noviembre de 2012.

RESOLUCIONES DE LA DGRN

- RDGRN de 25 de agosto de 1923.
- RDGRN de 27 de enero de 1987.
- RDGRN de 6 de febrero de 1995.
- RDGRN de 22 de enero de 2011.
- RDGRN de 9 de julio de 2011.
- RDGRN 2582/2012.

RESUMEN

HERENCIA, PATRIMONIO,
SUCESIÓN EN LAS DEUDAS

Definir la herencia no es tarea sencilla y ello por varias razones. Por un lado, nos encontramos con diversas acepciones con las que se utiliza el citado vocablo. Así, en sentido objetivo, hace referencia a las distintas relaciones que forman parte de ella y van a ser transmitidas al heredero. Sin embargo, con esta noción describimos su contenido sin proporcionar una noción general. Por su parte, y en sentido subjetivo, se alude a la posición que ocupa el heredero: adicionalmente a la fallida noción objetiva y la subjetiva, Castán aportaba la orgánica o institucional en la que se contempla a la herencia en su aspecto dinámico con el tránsito del causante hacia heredero: la sucesión. Tampoco hay que olvidar la doble influencia románica y germánica en la regulación de nuestro Derecho Sucesorio. Si bien el Código Civil parece haber seguido en este punto el sistema romano de la *successio in ius defuncti*, no faltan autores y un número estimable de sentencias del Tribunal Supremo que advierten en nuestro texto legal un reflejo fiel del sistema germánico de la *adquisitio per universitatem*, en cuyo caso el llamado adquiriría los bienes del causante, con la carga de las deudas, sin ocupar la posición jurídica del *de cuius*. Lo cierto es que en todo caso, son visiones parciales de un mismo fenómeno y pueden reconducirse a una sola: determinar qué relaciones jurídicas forman parte de la herencia, su contenido y consecuentemente, la posición jurídica que ocupará el heredero. Con todo, tanto el contenido de la herencia cuanto la posición jurídica del heredero va a depender del sistema romano o germánico aplicable en este concreto asunto. De modo que, el interrogante a despejar es, ¿las deudas y obligaciones del causante forman parte de la herencia y en consecuencia son asumidas por el

ABSTRACT

INHERITANCE, ESTATE,
DEBT SUCCESSION

It is no easy task to define inheritance, and there are several reasons why. First, the word is used to mean many things. In the objective sense, it refers to the different relationships that form part of inheriting and are transferred to an heir. However, to describe this notion would fail to provide a general notion of inheritance. In the subjective sense, inheritance alludes to the position occupied by the heir. In addition to the vain objective notion and the subjective notion, Castán gives us the organic or institutional notion, which regards inheritance in its dynamic aspect as the passage from the decedent to the heir, i.e., succession. Nor must the dual influence of Romanic and Germanic law on Spanish succession law be overlooked. Although on this point the Spanish Civil Code seems to have followed the Roman system of *successio in iusdefuncti*, there are authors and an estimable number of Supreme Court rulings that see in Spanish law a true reflection of the Germanic system of *adquisitio per universitatem*, in which case the person who inherits acquires the assets of the decedent, with the burden of the decedent's debts, yet without stepping into the legal position of the deceased principal. At all events, these are but limited views of the same phenomenon and can be woven together into a single picture: a picture of the legal relationships that form part of inheritance, its contents and consequently the legal position of the heir. Altogether, the contents of inheritance and the heir's legal position will both depend on the Roman or Germanic system applicable in the actual case at hand. So, the question to address is this: Do the decedent's debts and obligations form part of the inheritance, and therefore are they assumed by the heir (the Roman system); or are they instead only to be deducted from the as-

heredero —sistema romano—, o, antes bien, solo son una detracción del activo y el heredero recibirá el remanente de los bienes tras haber pagado aquéllas —sistema germánico—? Al estudio de estas cuestiones, desde la perspectiva doctrinal y jurisprudencial, dedicamos el presente trabajo y una vez considerados los diferentes puntos desde los cuales se contempla, propondremos una definición de la herencia.

sets, leaving the heir to receive whatever assets are left after the decedent's debts have been paid (the Germanic system)? These issues are looked at from the standpoint of established legal thought and case law. The different viewpoints are considered, and a definition of inheritance is proposed.

1.6. Responsabilidad Civil

RESPONSABILIDAD POR RUPTURA DE PROMESA DE MATRIMONIO: ACCIÓN DE RESARCIMIENTO DE GASTOS Y OBLIGACIONES POR EL INCUMPLIMIENTO SIN CAUSA DE LOS ESPONSALES

por

ENCARNACIÓN ABAD ARENAS
Personal de Investigación en Formación

y

MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ
*Profesora Contratada Doctora (TU acreditada)
Departamento de Derecho Civil de la UNED*

SUMARIO: I. EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA PROMESA DE MATRIMONIO Y LOS ESPONSALES EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL Y SUS SUCESIVAS REDACCIONES: 1. DICCION LEGAL DEL ARTÍCULO 43 DEL CÓDIGO CIVIL: REDACCIÓN ORIGINAL DE 1889, REFORMA DE 1958 Y LA VIGENTE REDACCIÓN SEGÚN LEY 30/1981, DE 7 DE JULIO. 2. NOVEDADES MÁS RELEVANTES DE LA REFORMA DE 1981: LA RUPTURA SIN CAUSA.—II. EXAMEN SOBRE LOS GASTOS HECHOS Y OBLIGACIONES CONTRAÍDAS EN CONSIDERACIÓN AL MATRIMONIO: REVISIÓN ANALÍTICA DE DOCTRINA Y RESOLUCIONES JUDICIALES: 1. LOS GASTOS Y OBLIGACIONES SUSCEPTIBLES DE REEMBOLSO: EL TENOR LITERAL DEL ARTÍCULO 43. 2. RECLAMACIONES EN VÍA JUDICIAL: PRETENSIONES DE LAS PARTES: A) *En el ámbito penal el delito de estupro y responsabilidad civil por la comisión del delito como indemnidad de la víctima no coincidente con el principio de restitución de la promesa matrimonial.* B) *La promesa de matrimonio no sirve de fundamento para daños y perjuicios y exclusión de los daños morales: La STS de 16 de diciembre de 1996, siendo ponente ALMAGRO NOSETE.* C) *Las Audiencias Provinciales en vía civil y concreción de las partidas reembolsables: gastos hechos y desembolsos ya realizados por estar consumados y obligaciones contraídas o deudas todavía no satisfechas.* D) *Exclusión de los daños morales: SAP de Zaragoza, de 10 de marzo de 1999.* E) *La carga de la prueba sobre la causa del incumplimiento de la ruptura recae sobre el futuro contratante que ha roto la promesa: la SAP de Zaragoza, de 11 de enero de 1994.* F) *Alegación ante la Audiencia del enriquecimiento injusto: la determinación de los gastos hechos en consideración al matrimonio prometido con exclusión de lucro cesante o cualquier otro.*—IV. REFLEXIONES FINALES SOBRE LOS DAÑOS ENDOFAMILIARES Y EL FUNDAMENTO DEL ARTÍCULO 43: ENTRE EMPOBRECIMIENTO SIN CAUSA, RESPONSABILIDAD CIVIL Y LA LIMITACIÓN AL RESARCIMIENTO DE GASTOS.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA PROMESA DE MATRIMONIO Y LOS ESPONSALES EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL Y SUS SUCESIVAS REDACCIONES

1. DICCION LEGAL DEL ARTÍCULO 43 DEL CÓDIGO CIVIL: REDACCIÓN ORIGINAL DE 1889, REFORMA DE 1958 Y LA VIGENTE REDACCIÓN SEGÚN LEY 30/1981, DE 7 DE JULIO

Con la ordenación sistemática del Código Civil español de 1889, las previsiones dedicadas a la promesa futura de matrimonio se integraban en el Libro I, Título IV, *Del matrimonio*, Sección segunda, *Disposiciones comunes a las dos formas de matrimonio*. En esta segunda Sección se incluían los artículos 43 y 44, dedicados a los «Esponsales de futuro» y no, en puridad, al matrimonio en sí¹. Esta ordenación sistemática y la redacción de la figura perviven pese a la reforma del año 1958 destinada, fundamentalmente, al régimen del matrimonio. Con todo, las rúbricas de las secciones se retocan y los artículos 43 y 44 pasan a encabezar la Sección denominada *Disposiciones comunes a las dos «clases» de matrimonios*².

Por fin, mediante la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, se rectifica esta equívoca ubicación y con ella, los esponsales o promesa de matrimonio se aíslan de las *Disposiciones generales*, y se adiciona un nuevo primer capítulo intitulado *De la promesa de matrimonio*³.

De modo que, en la actualidad, la promesa de matrimonio se encuentra recogida en los artículos 42⁴ y 43⁵, de conformidad a la redacción dada por la Ley

¹ Literalmente era: Título IV, *Del matrimonio*; Capítulo Primero, *Disposiciones generales*; Sección primera, *De las formas del matrimonio*: Artículo 42. La Ley reconoce dos formas de matrimonio: el canónico, que deben contraer todos los que profesen la religión católica, y el civil, que se celebrará del modo que determina este Código; Sección segunda, *Disposiciones comunes a las dos formas de matrimonio*. Artículo 43. Los esponsales de futuro no producen obligación de contraer matrimonio. Ningún Tribunal admitirá demanda en que se pretenda su cumplimiento. Artículo 44. Si la promesa se hubiere hecho en documento público o privado por un mayor de edad, o por un menor asistido de la persona cuyo consentimiento sea necesario para la celebración del matrimonio, o si se hubieren publicado las proclamas, el que rehusare casarse, sin justa causa, estará obligado a resarcir a la otra parte los gastos que hubiese hecho por razón del matrimonio prometido. La acción para pedir el resarcimiento de gestión, a que se refiere el párrafo anterior, sólo podrá ejercitarse dentro de un año, contado desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio.

² Ley de 24 de abril de 1958, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil (BOE 99, de 25 de abril de 1958).

³ Vid., MARÍN LÓPEZ, «Comentarios a los artículos 42 y 43 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), Pamplona, 2009, 3.ª ed., págs. 164 y 165; ASÚA GONZÁLEZ, «Comentarios a los artículos 42 y 43 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, RAMS ALBESA, y MORENO FLÓREZ (coords.), Barcelona, 2000, pág. 472; DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentarios a los artículos 42 y 43 del Código Civil», en *Matrimonio y divorcio. Comentario al nuevo Título IV del Libro Primero del Código Civil*, LACRUZ BERDEJO (coord.), Madrid, 1994, 2.ª ed., pág. 46, y GARCÍA CANTERO, «Comentarios a los artículos 42 y 43 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. II., ALBALADEJO GARCÍA (dir.) [edición de acuerdo con la Ley 7 de julio de 1981], Madrid, 1982, 2.ª ed., pág. 29.

⁴ «La promesa de matrimonio no produce obligación de contraerlo ni de cumplir lo que se hubiere estipulado para el supuesto de su no celebración. No se admitirá a trámite la demanda en que se pretenda su cumplimiento».

⁵ «El incumplimiento sin causa de la promesa cierta de matrimonio hecha por persona mayor de edad o por menor emancipado sólo producirá la obligación de resarcir a la otra

30/1981. Esta nueva ordenación evita la confusión normativa con el matrimonio y da consistencia a una institución distinta a las nupcias aunque, íntimamente, relacionada con ellas.

2. NOVEDADES MÁS RELEVANTES DE LA REFORMA DE 1981: LA RUPTURA SIN CAUSA

Con todo y pese a la distinta redacción de estos preceptos, las soluciones jurídicas son fundamentalmente simétricas a las vigentes hasta ese momento. Sin embargo y aunque las modificaciones no supongan un cambio diametral, conviene subrayar ciertas novedades que trascienden al aparente detalle, tanto en relación con la irrelevancia de la promesa de matrimonio, como en las consecuencias de su incumplimiento en el ámbito patrimonial.

Por cuanto atañe al tenor del artículo 43 del Código Civil, si bien es cierto que contempla algunas precisiones con la anterior dicción legal, al tiempo, presenta semejanzas con el derogado artículo 44. Ahora bien, el mencionado y vigente artículo 43 presenta una novedad sustancial en la determinación de los requisitos de la promesa de matrimonio, por lo que sus cambios son de mayor trascendencia que los realizados en el artículo 42⁶. Así las cosas y para evitar hacer referencias a la antigua institución, es eliminada tanto la antigua exigencia de que la promesa «se hubiere hecho en documento público o privado», como que «se hubieren publicado las proclamas».

Por tanto, el legislador sustituye el elemento o presupuesto esencial de la formalidad —documentos y proclamas— por el adjetivo de que la promesa de matrimonio sea «cierta». Sin duda, la libertad de forma en la promesa de matrimonio dota a la institución de mayor plasticidad, toda vez que el artículo 43 elimina sus requisitos constitutivos, introduciéndose, en buena lógica que en los supuestos controvertidos haya de acreditarse la preceptiva prueba de la existencia del compromiso⁷.

parte de los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido. Esta acción caducará al año contado desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio».

⁶ Vid., fund., LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, tomos 1 y 6, Madrid, 2012, 18.^a ed., págs. 179 y sigs.; tomo 6, Madrid, 2012, 11.^a ed., págs. 31 y sigs. y bibliografía allí citada; también, CARRASCO PERERA (dir.), *Lecciones de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Madrid, 2013, pág. 43; Díez-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil, IV*, Madrid, 2012, 11.^a ed., pág. 58; LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, LUNA SERRANO, RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil. IV. Derecho de Familia*, vol. I, Barcelona, 1990, 3.^a ed. (reimpresión actualizada), pág. 99; ALBALADEJO GARCÍA, *Curso de Derecho Civil, IV. Derecho de Familia*, Madrid, 2006, 10.^a ed., pág. 37; VIVO DE UNDA BARRENA, *El nuevo Derecho Matrimonial. Estudio de la Reforma de los Códigos Español y Canónico (Latino y Oriental)*, (UNED), Madrid, 1997, págs. 47 a 48.

⁷ Libertad de forma que también está admitida en el Derecho portugués. Por su parte, en el Derecho italiano prevalece la tesis mayoritaria de que el artículo 81 establece una forma *ad probationem*, vid., en esta materia, las aportaciones, entre otros, de TATARANO, «Rapporti da promessa di matrimonio e dovere di correttezza», in *Riv. dir. civ.*, fundada da Walter BIBIATI, diretta da Alberto TRABUCCHI, CEDAM, Padova, 1979, pág. 669; FINOCCHIARO, «Del matrimonio, artt. 79 a 81», nel *Commentario del codice civile* a cura di Antonio SCIALOJA e Giuseppe BRANCA, Libro I, *Delle Persone e della Famiglia*, Nicola Zanichelli editore, Bologna-Roma, 1971, págs. 145 y 172; FORTINO, *Diritto di Famiglia. I Valori, I Principi, Le Regole*, Giuffré editore, Milano, 2004, 2.^a ed., pág. 93.

Por otra parte, se sustituye la asistencia que correspondía al menor, por la referencia al «menor emancipado», homologando el requisito con la capacidad para contraer matrimonio según el párrafo primero del artículo 46 del Código Civil⁸. De modo que tras la reforma practicada por Ley 30/1981, de 7 de julio, el incumplimiento de la promesa de matrimonio necesariamente —para configurar el nacimiento de la obligación— deberá provenir de persona mayor de edad o de menor emancipado —y por extensión analógica, podría entenderse la del habilitado de edad—, ya que, en principio, únicamente estas personas son hábiles para contraer matrimonio.

En síntesis, se elimina esta doble y vetusta constancia documental —la cual se encontraba acompañada de un requisito de edad o asistencia— por la de promesa «cierta» de matrimonio, circunscrita ésta a la realizada por mayores de edad o menores emancipados.

Existen otras especificidades que podemos concretar en la simplificación de la «justa causa» por la de mera «causa», por tanto la eliminación de la cualificación de «justa», elude cualquier proporcionalidad entre la gravedad del motivo y la de la decisión de no contraer matrimonio. Empero, el mantenimiento de la expresión «sin causa», evidencia que el legislador pretendía que la protección de la libertad matrimonial no desembocase en una práctica discrecionalidad en la ruptura de la promesa contraída. Caso contrario, cabe aventurar que el contenido del precepto sería superfluo.

De otra, se añade al precepto el adverbio «sólo»⁹, lo que refuerza el sentido de la norma, subraya la excepcionalidad del precepto y ratifica la nulidad esta-

⁸ «No pueden contraer matrimonio: 1. Los menores de edad no emancipados».

⁹ Téngase en cuenta que la ortografía de la RAE del año 2010 ha eliminado la tilde diacrítica en el adverbio *solo* y los pronombres demostrativos incluso en casos de posible ambigüedad. Según se explica: «La palabra *solo*, tanto cuando es adverbio y equivale a *solamente* (*Solo llevaba un par de monedas en el bolsillo*) como cuando es adjetivo (*No me gusta estar solo*), así como los demostrativos *este*, *ese* y *aquel*, con sus femeninos y plurales, funcionen como pronombres (*Este es tonto*; *Quiero aquella*) o como determinantes (*aquellos tipos*, *la chica esa*), no deben llevar tilde según las reglas generales de acentuación, bien por tratarse de palabras llanas terminadas en vocal o en -s, bien, en el caso de *aquel*, por ser aguda y acabar en consonante distinta de *n* o *s*. Aun así, las reglas ortográficas anteriores prescribían el uso de tilde diacrítica en el adverbio *solo* y los pronombres demostrativos para distinguirlos, respectivamente, del adjetivo *solo* y de los determinantes demostrativos, cuando en un mismo enunciado eran posibles ambas interpretaciones y podían producirse casos de ambigüedad, como en los ejemplos siguientes: *Trabaja sólo los domingos* [= “trabaja solamente los domingos”], para evitar su confusión con *Trabaja solo los domingos* [= “trabaja sin compañía los domingos”]; o *¿Por qué compraron aquellos libros usados?* (*aquellos* es el sujeto de la oración), frente a *¿Por qué compraron aquellos libros usados?* (el sujeto de esta oración no está expreso y *aquellos* acompaña al sustantivo *libros*). Sin embargo, ese empleo tradicional de la tilde en el adverbio *solo* y los pronombres demostrativos no cumple el requisito fundamental que justifica el uso de la tilde diacrítica, que es el de oponer palabras tónicas o acentuadas a palabras átonas o inacentuadas formalmente idénticas, ya que tanto *solo* como los demostrativos son siempre palabras tónicas en cualquiera de sus funciones. Por eso, a partir de ahora se podrá prescindir de la tilde en estas formas incluso en casos de ambigüedad. La recomendación general es, pues, no tildar nunca estas palabras. Las posibles ambigüedades pueden resolverse casi siempre por el propio contexto comunicativo (lingüístico o extralingüístico), en función del cual *solo* suele ser admisible una de las dos opciones interpretativas. Los casos reales en los que se produce una ambigüedad que el contexto comunicativo no es capaz de despejar son raros y rebuscados, y siempre pueden evitarse por otros medios, como el empleo de sinónimos (*solamente* o

blecida en el artículo 42 del Código Civil. Finalmente, se adiciona a la mención de los «gastos hechos» la aclaración de la obligación de la carga de resarcir las «obligaciones contraídas» en consideración al matrimonio prometido —aunque la doctrina mayoritaria bajo la vigencia del antiguo art. 44 del CC de 1889 ya lo entendía así—.

En resumidas cuentas, se incluirán en los gastos, no solo los desembolsos efectivamente realizados, sino también las obligaciones contraídas a causa del matrimonio proyectado.

En el segundo y último párrafo del precepto, se indica de forma expresa que la acción para exigir el resarcimiento de los «gastos hechos» y «obligaciones contraídas» está sujeta a caducidad. Aclaración por el legislador español —a diferencia de la legislación italiana— que elimina las controversias doctrinales suscitadas durante la vigencia del régimen anterior sobre si el carácter del plazo de un año al que aludía el precepto era de prescripción o caducidad.

En definitiva, la nueva redacción no implica tanto una profunda transformación del régimen precedente, cuanto una sistemática más idónea de los preceptos, además del abandono de la terminología «esponsales de futuro»¹⁰ por el término «promesa de matrimonio» y como ya se ha mencionado, la aclaración y especificación de algunos extremos en la forma ya admitidos por la doctrina.

En síntesis, por cuanto atañe al fondo institucional de la promesa de matrimonio, los cambios y modificaciones mencionadas no afectan al fondo de la institución y se conserva la opción básica de nuestro Derecho sobre la negación de toda fuerza vinculante a la promesa de matrimonio y la previsión de una limitada indemnización en ciertos supuestos. Cuestión distinta es el tratamiento de la reintegración de gastos y obligaciones cuyo resarcimiento por parte del incumplidor; no coincide con el inmediatamente precedente.

II. EXAMEN SOBRE LOS GASTOS HECHOS Y OBLIGACIONES CONTRAÍDAS EN CONSIDERACIÓN AL MATRIMONIO: REVISIÓN ANALÍTICA DE DOCTRINA Y RESOLUCIONES JUDICIALES

1. LOS GASTOS Y OBLIGACIONES SUSCEPTIBLES DE REEMBOLSO: EL TENOR LITERAL DEL ARTÍCULO 43

Conforme al literal del artículo 43, doctrina y jurisprudencia se plantean cuáles son los gastos y obligaciones del mencionado precepto susceptibles de reembolso.

Téngase en cuenta que las partidas serán de «reembolso», que no de resarcimiento ni de indemnización, por cuanto inicialmente su naturaleza jurídica y pese a ciertas concomitancias con los principios de responsabilidad civil del

únicamente, en el caso del adverbio *solo*), una puntuación adecuada, la inclusión de algún elemento que impida el doble sentido o un cambio en el orden de palabras que fuerce una única interpretación». Fuente según última consulta de julio de 2013: [http://www.rae.es/rae/gestores/gespub000018.nsf/%28voAnexos%29/arch8100821B76809110C12571B80038BA4A/\\$File/CuestionesparaelFAQdeconsultas.htm#novOrto5](http://www.rae.es/rae/gestores/gespub000018.nsf/%28voAnexos%29/arch8100821B76809110C12571B80038BA4A/$File/CuestionesparaelFAQdeconsultas.htm#novOrto5)

¹⁰ Vid., LUNA SERRANO, «Matrimonio y divorcio», en *El nuevo régimen de la familia*. José Luis LACRUZ BERDEJO, FRANCISCO SANCHO REBULLIDA, ANTONIO LUNA SERRANO, JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA y FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ (coord.), Madrid, 1982, pág. 39, y DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.*, pág. 39.

artículo 1902, se aproxima más certeramente al enriquecimiento sin causa del segundo párrafo del artículo 1901 del Código Civil, siempre y cuando concurre simultáneamente la acreditación de que dichos gastos hayan sido realizados en consideración al matrimonio proyectado.

Hecha la anterior precisión, la doctrina¹¹ entiende por «gastos realizados» todos aquellos que se encuentran en inmediata y directa relación con el matrimonio proyectado¹² y que, efectivamente, hayan sido realizados después de la promesa de matrimonio.

Aquel sería el caso, por ejemplo, de los gastos derivados de la incoación del expediente matrimonial; de la compra del vestido de novia; de los ocasionados como consecuencia del traslado de residencia; de la resolución del contrato de arrendamiento de la vivienda habitual; del traslado de los hijos a un centro de enseñanza próximo a la nueva residencia; del pago y señal del banquete; de la compra de muebles, enseres y elementos decorativos destinados a la que sería la vivienda conyugal¹³ y los abonados para el pago de las invitaciones¹⁴.

¹¹ En este sentido, ORTEGA PARDO aprecia que «por gastos indemnizables se entienden los sacrificios patrimoniales voluntarios y son en consideración al matrimonio prometido cuando se hubieran omitido si se hubiera previsto la ruptura de los esponsales» («La ruptura de esponsales en el Derecho español vigente», en *RGLJ*, año 8, IX, 177, 1945, pág. 628). En el caso de la doctrina italiana, DEgni sostiene que «son aquellos que se encuentran en inmediata y directa relación con el matrimonio que debe celebrarse; así, los gastos legales para otorgar capitulaciones matrimoniales, los de obtención de documentos para el expediente matrimonial y los de tramitación de la dispensa de impedimentos; igualmente, los gastos hechos en vista a la celebración del matrimonio que de otro modo no se hubieran realizado, como los de viaje al lugar de la residencia de la prometida; también entran en este concepto la preparación del ajuar y de la casa conyugal, la adquisición de la vivienda y de su mobiliario, el traje de boda [...]» (*Il diritto di famiglia nel nuovo codice civile italiano*, CEDAM, Padova, 1943, págs. 40 a 41). También, vid., DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.*, pág. 56; PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho Civil español. II. Derecho de Familia. Teoría general del matrimonio*, vol. I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1947, pág. 76; ROCA I TRIAS, BLASCO GASCÓ, CLEMENTE MEORO, LÓPEZ Y LÓPEZ, MONTÉS PENADÉS, PRATS ALBENTOSA Y VALPUESTA FERNÁNDEZ, *Derecho de Familia*, ROCA I TRIAS (coord.), Valencia, 1997, 3.^a ed., pág. 60; GARCÍA CANTERO, «Comentarios a los artículos...», *op. cit.*, pág. 41; VERDA Y BEAMONTE, «Consecuencias económicas derivadas del incumplimiento de la promesa cierta de matrimonio», en *Curso sobre daños en el Derecho de Familia*, Valencia, 2006, pág. 31, y DIEZ-PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS, *op. cit.*, pág. 64. La STS, de 14 de enero de 1913, advertía «que los gastos de que se trata han de ser realizados con vistas al matrimonio prometido, por lo que si son anteriores a los esponsales o no se celebraron con el fin directo del matrimonio no deben ser resarcidos».

¹² La SAP de Alicante, de 2 de noviembre de 2000, estima que solo serán reembolsables «los gastos hechos en consideración al matrimonio prometido, entendiéndolo por tales aquellos que se encuentren en inmediata y directa relación con el matrimonio proyectado, como las obligaciones contraídas en consideración al mismo».

¹³ Vid., SSAAPP de Badajoz, de 10 de julio de 2007; de Murcia, de 29 de mayo de 2009; de Barcelona, de 16 de septiembre de 2010; de Alicante, de 14 de diciembre de 2005. Sentencias todas en las que se incluyen en esa partida los muebles, electrodomésticos, menaje y demás enseres destinados a la decoración y habitabilidad de la que iba a ser la vivienda familiar de haberse celebrado finalmente el matrimonio entre ambas partes.

¹⁴ Así, la SAP de Barcelona, de 12 de junio de 2008, incluye dentro de los gastos realizados los 150 € dejados en concepto de paga y señal en el establecimiento donde se iba a celebrar el convite «RESTAURANTE LA DEU», así como la suma de 179,50 € abonada para el pago de las invitaciones —ambos pagos realizados por doña Luz— al comercio Esther de Papers, S. L. En definitiva, este Tribunal condenó al demandado a indemnizar a la actora por «un

Como «obligaciones contraídas»¹⁵ podrían subsumirse aquellos otros gastos no incluidos en la partida anterior, aunque necesarios para cumplir las prestaciones futuras a las que se haya obligado el demandante —es decir, el legitimado activamente para el ejercicio de la acción del art. 43 del CC o, dicho de otra forma, la parte que no haya motivado la ruptura— en función del matrimonio prometido. Así, por ejemplo, entre otros, las compras con precio aplazado; los gastos que generen garantías del cumplimiento de obligaciones contraídas y el pago de intereses que se devenguen en el futuro.

2. RECLAMACIONES EN VÍA JUDICIAL: PRETENSIONES DE LAS PARTES

- A) *En el ámbito penal el delito de estupro y responsabilidad civil por la comisión del delito como indemnidad de la víctima no coincidente con el principio de restitución de la promesa matrimonial*

En este epígrafe cabe traer razón de la doctrina consecuencia de la tipificación vigente en el momento de la comisión de los hechos denunciados en cada causa, en los que, de traer aparejada condena penal, habría de ser resarcida la víctima, si bien de conformidad a los principios de indemnidad del sujeto pasivo y no del de mera restitución, imperante en la ruptura de la promesa matrimonial.

Sería el caso de la sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de noviembre de 1971, en la que concurre el delito de estupro por parte del condenado, ya que tuvo acceso carnal cometido mediante engaño con menor de edad mediada promesa de matrimonio; o la sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de octubre de 1973, en la que la consumación del delito de estupro fraudulento —mediada también promesa de matrimonio— se concreta al incumplirse la promesa.

Por su parte, y siguiendo en vía penal, la sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de junio de 1979, contra sentencia pronunciada por la Audiencia Provincial de Granada el día 17 de diciembre de 1977, en causa seguida por delito de estupro, recoge que el fundamento de la recurrida es del tenor siguiente «Primero. Resultando que en esta capital de Granada, el hoy procesado José Augusto, que mantenía desde mediados del pasado año 1976 relaciones formales de noviazgo con Carla, de veintidós años de edad, y honrada conducta, nacida el 11 de julio de 1954, aprovechando tal situación consiguió yacer unos meses después con su dicha novia con la que siguió cohabitando bajo promesa de matrimonio

importe total de 329,50 € como perjuicios derivados de la ruptura matrimonial unilateral de matrimonio por parte de éste, junto con los intereses legales desde la interpelación judicial».

¹⁵ Así, entre otros, IGLESIA MONJE sostiene que «por obligaciones se refiere a las obligaciones de pago aplazado contraídas en consideración al matrimonio prometido, siempre y cuando tengan una conexión directa con el matrimonio» («Los esponsales en la actualidad», en *RCDI*, 700, 2007, pág. 815). Por su parte, VÁZQUEZ IRUZUBIETA (*Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil*, Bosch, Barcelona, 1999, 5.ª ed., pág. 103) añade que «por obligaciones se refiere obviamente a las de pago aplazado» y dice que «en estas obligaciones la prestación queda pendiente de ser satisfecha por quien contrajo la deuda» («Comentario a los artículos 42 y 43 del Código Civil», en *Matrimonio, separación y divorcio. Comentarios a los artículos 42 a 107 del Código Civil*, 2009) y vid., también, DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.*, pág. 56; GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, pág. 41; VERDA Y BEAMONTE, *op. cit.*, pág. 32; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. II, Ed. Reus, Madrid, 1988, 14.ª ed., pág. 169.

siendo la última vez el 24 de diciembre del citado año, quedando embarazada a consecuencia de dichas relaciones amorosas, negándose el procesado a contraer matrimonio».

La sentencia de instancia declaró que los hechos probados «constituyen un delito de estupro, previsto y castigado en el primer párrafo del artículo 436 del Código Penal, del que es responsable el procesado, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal». Ratifica el pronunciamiento, que conviene tener en cuenta para constatar lo que se avanzaba al inicio de este subepígrafe, sobre la extensión y alcance de la responsabilidad civil deducible del delito que no coincidiría con las limitadas partidas expresadas por el Código Civil.

La condena, como autor de un delito de estupro implicaba «la pena de tres meses de arresto mayor con la accesoria de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y al pago de las costas procesales y a dotar por vía de indemnización de 50.000 pesetas a la ofendida y a reconocer y alimentar a la prole si la hubiere. Para el cumplimiento de dicha pena le abonamos todo el tiempo que haya estado privado de libertad por esta causa, y se aprueba por sus propios fundamentos el auto de insolvencia que el juez instructor dictó y consulta en el ramo de responsabilidad civil. Una vez firme esta sentencia oiga al Ministerio Fiscal sobre indulto de 14 de marzo de 1977».

Más contemporánea es la sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de noviembre de 2011, sobre abusos sexuales donde se advierte que no existió prevalimiento por razón de la diferencia de edad, ni fraude en atención a la promesa de matrimonio.

B) *La promesa de matrimonio no sirve de fundamento para daños y perjuicios y exclusión de los daños morales: La STS de 16 de diciembre de 1996, siendo ponente Almagro Nosete*

De la sentencia, desestimatoria del recurso de casación, vamos a destacar aquellos fundamentos que ratifican los anteriores argumentos expuestos *ut supra*, en este caso existió una promesa acreditada y ciertos gastos en los que la parte demandante incurrió, unos en atención a la proyectada boda, y otros alegados como daños morales que no fueron atendidos toda vez que extralimitan el ámbito de las previsiones legales del artículo 43 del Código Civil.

«Establece la sentencia recurrida, como base fáctica probada, la certeza de la *convivencia que la demandante mantuvo con el ahora recurrente, la cual se prolongó por espacio de unos tres años y en la que se integraron los tres hijos que aquella tuvo de su precedente matrimonio disuelto*. Dicha convivencia, en la que no se reconocen significativas interrupciones, salvo las determinadas por razón de las actividades laborales del demandado, se mantuvo en el domicilio que éste estableció en Sevilla, y creó una auténtica comunidad de intereses económicos, a más de naturales vínculos afectivos y de un claro reconocimiento social, de todo lo que se derivó un estado de hecho semejante, al generado por una unión matrimonial solemnizada legalmente. *La actora, doña Estela, convino en mantener tal convivencia ante la certidumbre de que habría de alcanzar el refrendo legal, mediante celebración de matrimonio civil con el demandado señor Millán, y así se promovió e incoó el oportuno expediente previo, en el que llegó a hacerse concreto señalamiento para el acto de la ceremonia*. Todo ello resulta del reconocimiento —no exento, ciertamente, de alguna reticencia— por parte de la contraparte y

de la prueba documental que obra en las actuaciones, y que el juzgador valora cumplidamente. La aceptación de esta suerte de convivencia *uxoria* movió a la señora Estela a resolver el contrato de arrendamiento que venía disfrutando respecto de otra vivienda de la misma ciudad, donde residía en unión de sus tres aludidos hijos, y en la que aceptaba un número no determinado, aunque sí reducido, de huéspedes, que representaban para ella unos fluctuantes ingresos económicos. Tal circunstancia, también admitida por la contraparte, se valora a los efectos de fijar el *quantum* indemnizatorio que la Sala de instancia reconoce, como así también, toma en cuenta la contribución de la actora a los gastos que la frustrada convivencia generó, sin olvidar algunos gastos extraordinarios que la señora Estela sin duda realizó, entre ellos, el traslado de su hijo Bernardo a la ciudad de Toledo, para seguir en ella determinados estudios, con vistas al asentamiento en Madrid del proyectado matrimonio. No poca incidencia tiene, según la sentencia recurrida en la fijación de la cuantía indemnizatoria el daño moral que a la actora le fue inferido a causa de la frustración del proyecto matrimonial, y que se tradujo en un estado de depresión reflejado en el informe forense que consta en las actuaciones, y desde un plano estrictamente económico, se valoran, asimismo, las dificultades que aquella tendría que superar para restablecer su vida con «metas y horizontes totalmente distintos de los que se hubiera trazado al proyectar el frustrado matrimonio».

En el Fundamento tercero se dice: De nuevo la parte recurrente se empeña en desconocer que la sentencia recurrida considera de «incontrovertible constancia» que la actora convino en mantener tal convivencia con la certidumbre de que habría de alcanzar el «refrendo legal», esto es, con promesa de matrimonio. Y frente a este hecho probado no vale argüir lo contrario, aunque tal matización sobre los hechos no se recogiera en la sentencia de primera instancia que establece otros extremos. Y, ello, porque como ya se ha dicho y reitera, la sentencia objeto de recurso es la de la Audiencia y no la del Juzgado de Primera Instancia. Por eso, parece asimismo el motivo quinto (art. 1692-4.º de la LEC) que abunda por estas repetidas argumentaciones en la inaplicación del artículo 43 del Código Civil. Lo mismo ha de predicarse del motivo sexto que intenta (art. 1692-4.º de la LEC) con apoyo en los artículos 1249 y 1253 del Código Civil, destruir una presunción a partir de la negación de un hecho base reconocido y probado: el inicio de la convivencia bajo la promesa de matrimonio. En consecuencia, sigue, por hacer supuesto de la cuestión, igual destino desestimatorio. Sin embargo, no puede desconocerse pese al incorrecto planteamiento de los motivos (porque no respetan los hechos probados devenidos firmes) que, precisamente, con apoyo en estos hechos resulta desmesurada la interpretación del artículo 43 del Código Civil, ya que estima «gastos hechos» y «obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido», conceptos o partidas que se avienen mal con la relación de causalidad directa que deben guardar aquellos y estos con la promesa de matrimonio, conceptos que, además, *no pueden incluir una especie de indemnización por daños morales ya que no existe ninguna obligación de indemnizar a la novia o novio abandonado*, ni introducir reproches culpabilísticos en la libre decisión de no contraer matrimonio pese a la promesa, con las limitaciones que este precepto entraña en orden a las consecuencias económicas del incumplimiento.

En cuanto al Fundamento cuarto, este advierte que: «En definitiva nos hallamos en presencia de una convivencia al modo matrimonial de una pareja heterosexual matizada por la promesa de matrimonio que, aunque fuera motivo determinante de la convivencia, refleja un hecho jurídicamente diferenciado al que no se pueden anudar las consecuencias jurídicas del hecho de la convivencia.

En efecto, la realidad social de nuestro tiempo, ofrece ejemplos abundantes de la generalización en la práctica de este tipo de convivencias, carentes todavía de tratamiento jurídico unitario, aunque no faltan referencias legales, y más jurisprudenciales, que se ocupan de las cuestiones jurídicas suscitadas por las mismas. No constituyen matrimonios informales consolidados por el Derecho, como fue el matrimonio por uso del Derecho romano que terminó imponiéndose a las formas solemnes o como el matrimonio *a iuras* del Derecho castellano, que fue aceptado por la Iglesia, hasta la disciplina derivada del Concilio de Trento que instituyó la forma como requisito necesario para la existencia del matrimonio. Ni tampoco deben confundirse con matrimonios de segundo orden o sucedáneos del mismo. En realidad suponen en unos casos alternativa al matrimonio, y en otros, una preparación al matrimonio que se contempla como culminación de la satisfactoria convivencia. Nota común, que resulta de la propia noción es la exclusión por regla general, de las normas legales del matrimonio para disciplinar estas situaciones ya que voluntariamente no se acogen los interesados a las mismas, sea por razones de objeción a los formalismos, sea por razones de conveniencia o por otras. No obstante, esta exclusión no significa como ocurre con todo fenómeno social que el Derecho permanezca al margen de los derechos y deberes que surjan bajo estas situaciones entre la pareja e incluso con terceros a la pareja.

El Fundamento sexto aprecia lo siguiente: «El motivo cuarto (art. 1692-4.º de la LEC), que se trae a examen ahora por elementales criterios de lógica, aunque vuelva a incurrir en la afirmación de hechos que contradicen los que están probados, pretende la revisión de la indemnización acordada, con pobre argumentación, pues, discute la prueba de los datos que determinan la referida indemnización, proceder a todas luces, incorrecto en términos casacionales. Sin embargo, tiene que reconocerse que el motivo habría de prosperar en cuanto al fundamento jurídico de la indemnización que, según la sentencia tiene su apoyo legal en el artículo 43 del Código Civil, cuando la verdad, desde un punto de vista jurídico es, que razonado como ya consta sobre el alcance del expresado precepto, no se pueden imputar al mismo ninguno de los conceptos relacionados en los hechos probados. Desde luego *el daño moral, causado por la frustración del proyecto matrimonial no es indemnizable bajo ninguna cobertura legal y lo mismo cabe decir del estado de depresión reflejado en el informe forense que consta en las actuaciones. Los demás daños son reparables, conforme al artículo 1902 del Código Civil, invocado entre los reguladores de la culpa extracontractual en los fundamentos jurídicos de la demanda*, mas tomando, incluso, en consideración la concurrencia de culpas, aunque la de la mujer por lo dicho sea de menor entidad, procede que estos se cifren, como hizo la Sala, en la cantidad estimada de tres millones de pesetas, cantidad de la que debe responder la parte demandada, dado que aún excluyendo los daños morales, la cuantía de los materiales sería notablemente superior a la señalada por la Sala de instancia, cifra que no se puede modificar en virtud de la *reformatio in peius*. Según reiterada doctrina de esta Sala el cambio de fundamentación si conduce al mismo resultado en sede casacional no motiva la anulación de la sentencia.

«Asimismo [dice el Fundamento séptimo] el recurrente denuncia la infracción de la jurisprudencia relativa al enriquecimiento injusto en orden a la fundamentación jurídica de la instancia para justificar el pronunciamiento relativo al uso de la vivienda que se confiere a la actora. Empero, no es el enriquecimiento injusto el argumento que sirve de soporte al expresado pronunciamiento, sino el desamparo en que quedó la actora como consecuencia del fracaso y ruptura de su convivencia con el demandado. Tampoco el enriquecimiento injusto se

puede traer ahora al recurso como un *novum* en favor del recurrente no sólo por ser ello improcedente como tal cuestión a tratar en el ámbito del recurso, sino porque, en ningún caso, la conducta del demandado, causa de aquel desamparo, puede beneficiarle. No cabe, tampoco en este orden, apoyarse en el artículo 43 del Código Civil para basar la condena al uso y disfrute durante dos años de la vivienda familiar, propiedad del recurrente, pues tal interpretación supondría forzar los límites del expresado precepto, cuya *ratio* no presupone la convivencia como un hecho anticipado al matrimonio, sino que la contempla, implícitamente como un hecho futuro. Pero sí puede y debe tratarse el problema como una aplicación analógica de la disciplina matrimonial en cuanto algunos aspectos de la misma se hacen extensivos con moderación, y sobre todo investigando la *ratio* normativa a la convivencia *more uxorio*».

- C) *Las Audiencias Provinciales en vía civil y concreción de las partidas reembolsables: gastos hechos y desembolsos ya realizados por estar consumados y obligaciones contraídas o deudas todavía no satisfechas*

Sobre la determinación de las partidas reembolsables cabe destacar que jurisprudencia menor y doctrina coinciden en lo fundamental; en este sentido, la *sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, de 24 de octubre de 1994* —siendo ponente RUIZ-RICO RUIZ MORÓN— concluye que serán reembolsables «los gastos hechos en consideración al matrimonio prometido, entendiendo por tales aquellos que se encuentren en inmediata y directa relación con el matrimonio proyectado, como las obligaciones contraídas en consideración al mismo».

En el asunto de autos y como advierte el ponente, de las pruebas practicadas se acredita que «como consecuencia del proyectado matrimonio la actora realizó una serie de gastos y contrajo una serie de obligaciones; así las pruebas testificales y documentales aportadas a los autos demuestran que solicitó un préstamo personal a la Caja Rural de Almería por un importe de un millón de pesetas, entregando al demandado —mediante cheque nominativo— la suma de 968.000 pesetas como parte del precio de adquisición de una vivienda donde se instalaría el futuro matrimonio». Además, acreditó que «entregó al demandado —mediante cheque nominativo— la cantidad de 200.000 pesetas para el abono de determinados gastos de comunidad del edificio adquirido».

Por último, reclama «las cantidades de 252.000 pesetas por la compra de un dormitorio de cinco puertas (*sic*) y de 62.200 pesetas por la adquisición de un mueble para la vivienda, gastos que dice efectuados con vistas al futuro matrimonio». Por su parte, quedó acreditada la existencia de la promesa cierta de futuro matrimonio, como se constató por el certificado del cura párroco y de las testificales de éste y de varios testigos que afirmaron que las partes en enero de 1990 comunicaron de sus intenciones de contraer nupcias a sus amigos y familiares, fijando la celebración de la boda para mayo de 1992¹⁶.

¹⁶ Frente al primer extremo, el demandado afirmó que las cantidades recibidas le eran debidas por un crédito que mantenía con los padres de la actora; respecto del segundo, que dicha suma era debida por los padres de aquélla —afirmaciones carentes de cualquier actividad probatoria, mientras que la solicitud de la actora se encuentra basada en pruebas sólidas documentales que son coincidentes con las fechas de adquisición por el demandado del piso y corroboradas por la prueba testifical—. Respecto de la última reclamación, aunque el demandado mantiene que los muebles indicados fueron pagados en efectivo por él,

Concretamente, el Tribunal condenó al demandado, a restituir a la actora la suma de 968.000 pesetas —importe de un préstamo personal solicitado por aquélla con la finalidad de contribuir al pago de la vivienda, propiedad del demandado y donde los litigantes pensaban residir después de la celebración del matrimonio—; al importe de los intereses derivados del préstamo personal solicitado por la demandante, que ascendían a 443.180 pesetas como obligación reembolsable contraída con ocasión del matrimonio proyectado y finalmente, a la mitad de la suma reclamada por los muebles adquiridos por ambos con destino a la mencionada vivienda, debido a que dicho extremo al Tribunal le pareció más ajustado a la realidad y al fundamento del empobrecimiento injusto de la obligación contenida en el artículo 43 del Código Civil.

En similar sentido se pronunciaba otra resolución suscrita por el mismo Ponente, en la *sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 15 de enero de 2010*, donde «se condenaba al demandado a restituir a la actora la cantidad de 17.442,84 € en concepto de los gastos realizados por ésta con la finalidad de adquirir mobiliario, preparar el ajuar y acondicionar la vivienda que ambos decidieron que debía ser el domicilio conyugal».

Igualmente quedó acreditada la existencia de la promesa cierta de futuro matrimonio, comprometiéndose las partes como culminación de la convivencia que habían iniciado meses antes, siendo formulada de forma seria e inequívoca y exteriorizada a amigos y familiares. La fecha de la boda se señaló para el 15 de julio de 2006, siendo prueba de ello el inicio de los preparativos del viaje de luna de miel en una agencia de viajes. Por otra parte, la ruptura de la promesa fue realizada sin causa que lo justificara por el demandado y los gastos realizados por la actora fueron realizados a partir de que la promesa de matrimonio tuviese lugar y en consideración al futuro matrimonio que iban a contraer y no de la convivencia iniciada con antelación. Prueba de ello es que no consta que la demandante efectuara gasto o adquisición alguna con anterioridad al compromiso matrimonial.

Es el caso, también, de la *sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, de 10 de julio de 2007*, que condenó al demandado a restituir a la demandante la cifra de 5.927,92 € más los intereses legales, a consecuencia de los gastos satisfechos por la demandante con motivo de la promesa de matrimonio incumplida por el demandado y de otro, en concepto de las obligaciones contraídas al pago de 10.293,52 €¹⁷.

De las «consideraciones aportadas queda debidamente acreditado el incumplimiento de la promesa de matrimonio por parte del demandado, lo que, en estricta aplicación de lo dispuesto en el artículo 43 del Código Civil, le hace responsable del resarcimiento de los gastos realizados y las obligaciones contraídas que resultan igualmente probadas, al no haber refutado éste las pruebas

lo cierto es que la prueba practicada al respecto —consistente en la testifical del industrial que vendió los muebles— únicamente acredita que fueron pagados por los dos.

¹⁷ En el caso concreto, dichas sumas incluían los «conceptos abonados por la actora —lámparas halógenas por importe de 90 €, papel pintado del cuarto de baño por importe de 44 € enseres y mobiliario adquirido a Pilana, S. L., por importe de 4.682,92 € y anticipo a cuenta de sanitarios y grifería por importe de 967 €—; adicionalmente, «la responsabilidad de pago de las demás obligaciones contraídas a consecuencia de la promesa de matrimonio incumplida, por importe total de 11.293,52 € —muebles y enseres adquiridos por la actora por importe de 5.856,54 €, vidriera por importe de 315,50 € y muebles adquiridos a Prestimueble Villamueble, SAL, por importe de 4.121,48 €—».

aportadas por la demandante, que muestran cada uno de los conceptos y su consiguiente cuantificación. Por tanto, carecen del pretendido efecto revocatorio las confusas argumentaciones que, a modo de cortina de humo, trata de interponer el demandado frente a la incuestionable realidad de la adquisición de una serie de muebles, enseres, útiles y elementos decorativos destinados a la que sería vivienda conyugal, algunos de los cuales han sido abonados por la demandante y otros están pendientes de pago. De no haber mediado la promesa incumplida, la actora no habría realizado los meritados pagos y otras adquisiciones cuyo abono sigue pendiente, por lo que al demandado le corresponde hacer frente a los mismos en los términos impetrados en la demanda».

En idéntico sentido, la *sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 7 de junio de 2011*, condenó al «demandado a abonar a la actora la suma de 2.480 € e intereses legales de demora, e imponiendo a éste las costas causadas, por la ruptura sin causa de la promesa de matrimonio». Dicho importe estaba referido a los gastos sufragados por la actora para la boda que ambos pensaban celebrar y que el demandado rompió de forma unilateral. Aunque la promesa de matrimonio no se formalizó por escrito, de la prueba practicada se concluye la existencia irrefutable de dicho compromiso, de ahí que la actora procediese a la reserva de la Iglesia, compromiso fotográfico, alquiler de equipo de música, salón de boda y adquisición del traje de novia —partidas todas que se encuentran incluidas dentro del concepto de gastos, siempre que se encuentren en inmediata y directa relación con el matrimonio proyectado y se realicen después de la promesa de matrimonio—¹⁸.

En el caso ventilado por la *sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 27 de enero de 1998*, el demandando pretendió sin éxito alegar que la ruptura fue bilateral sin acreditar por su parte, la causa alegada para desistir de la promesa suscrita. De la prueba practicada, el futuro contrayente demandado fue condenado a abonar a la actora la suma de 78.431 pesetas y a asumir de forma unilateral las responsabilidades derivadas de las obligaciones contraídas con ocasión del matrimonio. En ella, aunque el demandado alegó que hubo promesa de matrimonio —es decir, negocio jurídico preliminar a la celebración de las nupcias, pero de naturaleza bilateral, que tras su aceptación deja de ser una solicitud unilateral, pasando a tener carácter recíproco—, debido a que éste así lo admitió en su escrito de contestación, señalando que se acordó la boda para el 2 de julio de 1994 y aduciendo que la ruptura se produjo de mutuo acuerdo —supuesto de extinción en el que como en todo negocio jurídico bilateral queda inoperante la obligación indemnizatoria del art. 43 del CC—, lo cierto es que de los elementos probatorios se dedujo que la ruptura provino únicamente del demandado, el cual no demostró que concurriese causa que obstase a la celebración del matrimonio, lo que constituye un hecho extintivo que requiere de alegato y prueba para quedar remitida la obligación indemnizatoria.

En similar sentido se pronunciaban las *sentencias de la Audiencia Provincial de Oviedo, de 15 de noviembre de 2000*, en las que se reitera que «solo producirá

¹⁸ De la lectura de los correos electrónicos remitidos por el demandado a la actora —aportados con la demanda y cuya autoría no se objeta— el futuro contrayente pone de manifiesto la pérdida plena de afectividad y señala claramente su intención de desistir unilateralmente al matrimonio proyectado por ambos sin aportar causa alguna, la juez *a quo*, no duda de que el responsable de la ruptura de la promesa fue el demandado, pese a los innumerables intentos por la actora de reconducir la situación al expresarle que desistiese de esa idea y siguiesen adelante con la celebración del proyectado matrimonio.

la obligación de resarcir a la otra parte de los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido, descartando cualquier indemnización que no sea por los dos conceptos referidos: gastos hechos y obligaciones contraídas». En el caso concreto, el demandado escribió a la demandante una carta proponiéndole matrimonio, hecho que origina que aquella abandonase Suecia y retornarse a España, lo que le supuso el transporte de muebles, desde aquel país al domicilio del demandado sito en Avilés. En la mencionada sentencia se condenó al demandado a abonar a la demandada el importe del billete de avión para regresar a España desde el país en el que residía —Suecia— valorado en 58.849 pesetas, así como el importe derivado del transporte de los muebles de aquella —190.000 ptas.—, valorándose los daños en un total de 251.929 pesetas; sentencia que a su vez fue recurrida por la demandante en casación y resuelta por el *Auto del Tribunal Supremo, de 14 de octubre de 2003*, resolución en la que el ponente MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, inadmite el recurso por no constituir el artículo 43 norma que conlleve carga procesal alguna y por tanto, incurrir el recurso en defecto de técnica casacional al alegarlo cuando solo cabe si concurre error en la valoración de la prueba; en cuya virtud, declara firme la sentencia controvertida e impone las costas a la parte recurrente.

Son sus Fundamentos de derecho: «1. La parte recurrente instrumenta su recurso de casación en un motivo único, en el que denuncia, al amparo del artículo 1692.4 LEC, infracción por la sentencia recurrida del artículo 43 del Código Civil, por cuanto dicha norma dice que ...el incumplimiento sin causa de la promesa de matrimonio... producirá la obligación de resarcir a la otra parte de los gastos hechos y de las obligaciones contraídas..., y al entender de la recurrente consentido el pronunciamiento contenido en la sentencia de primera instancia de que el demandado don José Ramón había incumplido la promesa de matrimonio contraída con doña Julieta, y acreditado indubitadamente que doña Julieta a consecuencia de esa promesa de matrimonio regresó a España abandonando en Suecia todos los derechos reconocidos por la Ley de ese país, entre ellos la percepción de un subsidio de desempleo por un importe de 175.879 pesetas al mes hasta la edad de sesenta y cinco años, existe un empobrecimiento por vía de lucro cesante que la recurrente no debe soportar por lo que debe ser condenado don José Ramón a abonar a doña Julieta la cantidad de 27.788.882 pesetas. El motivo incurre en la causa de inadmisión por carencia manifiesta de fundamento recogida en el artículo 1710.1.3.º LEC, caso primero, para cuya estimación no se requiere conferir previo trámite de audiencia al interesado, conforme reiterada doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional (SSTC 37, 46 y 98/95 y 152/98; ATC 24/4/96), por cuanto el recurrente pretende por esta vía modificar el resultado probatorio realizado por la Audiencia, al fundamentar su alegación en una base fáctica distinta de aquella, pero sin denunciar el error de derecho en la valoración de la prueba. En efecto, el motivo parte de la afirmación de que ha quedado acreditado indubitadamente que doña Julieta a consecuencia de esa promesa de matrimonio regresó a España abandonando en Suecia todos los derechos reconocidos por la Ley de ese país, entre ellos la percepción de un subsidio de desempleo por un importe de 175.879 pesetas al mes hasta la edad de sesenta y cinco años, en contra de lo afirmado por la sentencia apelada (Fundamento de Derecho tercero, folios 33 y 34 del Rollo de Apelación), de que “en autos no se ha probado la duración de la prestación del subsidio por desempleo y en consecuencia, no se ha acreditado que la actora tuviera derecho a percibirlo hasta el momento de su jubilación, como tampoco ha probado que en el supuesto de retornar a Suecia no volviera a tener derecho a las prestaciones que anterior-

mente había recibido, pareciendo deducirse lo contrario del documento núm. 10 aportado con la demanda". Debe tenerse en cuenta que desde la reforma llevada a cabo por la Ley 10/92, la única vía hoy admisible para combatir en casación la valoración probatoria del Tribunal de instancia es la del error de derecho en la apreciación de la prueba, que exige ineludiblemente la cita, como infringida, de alguna de las pocas normas de nuestro ordenamiento que contienen regla legal de valoración probatoria (SSTS 24-1-95, 26-12-95, 25-2-97, 22-3-97, 18-4-97, 6-5-97, 18-7-97, 23-1-98, 14-2-98, 1-3-99, 7-6-99, 26-4-2000, 9-10-2000 y 2-3-2001), a cuya clase no pertenece el artículo 43 del Código Civil que se cita como infringido, por lo que hace que el motivo incurra en el defecto casacional de la petición de principio o supuesto de la cuestión al partir de una base fáctica diversa a la constatada por la resolución recurrida sin haberla desvirtuado previamente por la vía casacional adecuada. 2. Procediendo por tanto la inadmisión del recurso las costas deben imponerse a la parte recurrente de conformidad con lo establecido en el artículo 1710.1.1.ª de la LEC de 1881.

Por su parte, la *sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 2 de noviembre de 2000*, se estimaron como gastos consumados en consideración al matrimonio prometido, los derivados de las cancelaciones efectuadas de la reserva del comedor para la celebración de las nupcias, el encargo del reportaje fotográfico, la lista de bodas y la adquisición del traje y zapatos de la novia¹⁹, ascendiendo a un total de 235.000 pesetas. Téngase en cuenta que el demandado, sin alegar causa, procedió a la ruptura unilateral de la promesa siete o diez días con anterioridad a la fecha establecida para la celebración de las nupcias.

Otra resolución de interés es la *sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 8 de octubre de 2004*, que refunde la doctrina sentada por la *sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de enero de 1913*, al considerar que tendrán la consideración de gastos hechos «los efectuados para trasladarse al lugar donde se debía celebrar el matrimonio y que también cabría considerar como tales los gastos reclamados por paga y señal del banquete».

En particular, la *sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 13 de marzo de 2009* —siendo ponente VILLAGRASA ALCAIDE— desestimó el recurso de apelación interpuesto, con imposición de las costas a la parte apelante. En ella, se solicitaba por el demandante, apoyándose en que la ruptura de la promesa se produjo unilateralmente por la demandada, el resarcimiento de los gastos derivados del pago de un tratamiento dental que éste asumió en favor de aquélla en consideración del proyectado matrimonio entre las partes. En el caso concreto, ni quedó acreditada la existencia de promesa cierta de matrimonio —aun a pesar de la insistencia del apelante respecto de la existencia de aquella, considerando su

¹⁹ Vid., por el contrario, la SAP de Valladolid, de 16 de abril de 2008, sostiene que «en caso de condena al pago del precio del vestido y zapatos de boda adquiridos por la actora, debería ser está condenada a hacer entrega de los mismos al demandado, pues de lo contrario se produciría un enriquecimiento injusto ya que podría venderlos *a posteriori* o volver a utilizarlos ella misma si contrae matrimonio con otra persona en el futuro». Consideración que es del todo coherente, puesto que el reembolso únicamente deberá tener lugar en la medida en que, efectivamente, estos conceptos devengan inútiles o estériles, por tanto, será necesario tener en cuenta si la parte que los ha realizado ha obtenido alguna utilidad eventual de estos diferente de la matrimonial inicialmente prevista, la cual se deberá deducir del pasivo a reembolsar. Siendo este un claro caso de lo aquí expuesto, debido a que el traje y los zapatos de novia podrían originar ya su posterior reventa o la obtención de alguna utilidad, por ejemplo, su reutilización en un matrimonio posterior.

acreditación por el encargo del vestido de novia o de las solicitudes de la partida de nacimiento o del expediente matrimonial—, debido a que la documentación aportada no permitía concluir que hubiera existido la promesa mencionada, ni se aportó prueba alguna sobre la existencia del mencionado tratamiento dental.

De lo dicho, se puede concluir que tendrán la consideración de «gastos hechos» los desembolsos ya realizados por estar consumados y de «obligaciones contraídas» las deudas todavía no satisfechas, debido a que la prestación está todavía pendiente de ser satisfecha por quien contrajo esa deuda. Asimismo, se deberán haber realizado en consideración al matrimonio prometido, encontrando su justificación²⁰ en éste, por lo que su realización necesariamente se deberá haber realizado después de haber efectuado la promesa de matrimonio²¹.

D) *Exclusión de los daños morales: SAP de Zaragoza, de 10 de marzo de 1999*

En este caso, ventilado por la Audiencia Provincial de Zaragoza, en su sentencia de 10 de marzo de 1999, «La actora, doña A. B., reclama 1.516.067 pesetas a don J. Q., como resarcimiento por la ruptura de la promesa de matrimonio que le habría manifestado en el año 1993, y en cuya consideración fueron realizados los desembolsos que se expresan en los hechos segundo a sexto de la demanda. Igualmente le reclama 670.000 pesetas como indemnización por la baja laboral derivada de la depresión sufrida por aquella ruptura del compromiso matrimonial».

Como no podía ser de otra manera, el Tribunal ha de advertir la tantas veces mencionada extensión de las partidas, por lo que aprecia lo siguiente: «El alcance del resarcimiento que procede por motivo de incumplimiento de la promesa de matrimonio está claramente establecido en el artículo 43 del Código Civil a cuyo tenor: “El incumplimiento sin causa de la promesa cierta de matrimonio hecha por persona mayor de edad o por menor emancipado solo producirá la obligación de resarcir a la otra parte de los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido”, precepto cuyo contenido ha sido precisado por la STS de 16-12-96, según la cual “no puede desconocerse pese al incorrecto planteamiento de los motivos (porque no respetan los hechos probados devenidos firmes) que, precisamente, con apoyo en estos hechos resulta desmesurada la interpretación del artículo 43 del Código Civil, ya que estima ‘gastos hechos’ y ‘obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido’, conceptos o partidas que se avienen mal con la relación de causalidad directa que deben guardar aquellos y estos con la promesa de matrimonio, conceptos que, además, no pueden incluir una especie de indemnización por daños morales ya que no existe ninguna obligación de indemnizar a la novia o novio abandonado, ni introducir reproches culpabilísticos en la libre decisión de no

²⁰ Por su parte, BADOSA COLL sostiene que «al tratarse de gastos y obligaciones que solo se justifican en función del matrimonio prometido, esta justificación se expresa jurídicamente como *motivo o determinante* del gasto o negocio por el que se asumió la obligación. En consecuencia, no se puede exigir que este carácter venga expresado en los respectivos actos, por lo que se debe desprender de las circunstancias de los mismos» («Comentarios a los artículos 42 y 43 del Código Civil», en *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 261).

²¹ En este sentido, la SAP de Alicante, de 14 de diciembre de 2005, sostiene que «tanto los gastos hechos como las obligaciones contraídas que correspondan ser reembolsadas, deberán ser siempre posteriores a la celebración de la promesa de matrimonio».

contraer matrimonio... pese a la promesa, con las limitaciones que este precepto entraña en orden a las consecuencias económicas del incumplimiento no se pueden imputar al mismo ninguno de los conceptos relacionados en los hechos probados. Desde luego el daño moral, causado por la frustración del proyecto matrimonial no es indemnizable bajo ninguna cobertura legal y lo mismo cabe decir del estado de depresión reflejado en el informe forense que consta en las actuaciones". Esto es, como señala la doctrina, la finalidad del precepto no es sino la compensación por el empobrecimiento sufrido por quien ve frustradas las esperanzas surgidas de la promesa quebrantada, a consecuencia de la realización de gastos o asunción de obligaciones que se presentan inútiles sin la celebración del matrimonio, a semejanza con lo que ocurre en los artículos 1729 y 1893 del Código Civil. De lo dicho se desprende, en primer lugar, que no son indemnizables los días de baja laboral de la actora a consecuencia del trastorno adaptativo derivado del comportamiento del demandado».

En cuanto a la actividad probatoria exigible para acreditar la existencia de la promesa matrimonial, la resolución expone que «es de señalar que la prueba testifical aportada por la actora es más convincente que la del demandado sobre el extremo referente al tiempo en que los litigantes intercambiaron la promesa de matrimonio, pues se corresponde mas con el comportamiento de los mismos, que ya en el año 1993 adquirieron un piso entre ambos y dispusieron las obras y adquisición de mobiliario necesario para que constituyera el hogar conyugal, por lo que no puede estimarse la tesis del demandado de que aquella promesa no hubiera sido efectuada sino hasta el año 1995, y en consecuencia, la actora ha de ser resarcida de todos los gastos hechos en consideración exclusiva al matrimonio, de tal forma que carecen de utilidad tras la ruptura de relaciones».

Y en cuanto al piso adquirido, «la actora reconoce en que ha atendido en menor proporción que el demandado el pago de las cuotas del préstamo hipotecario que concertaron para su adquisición, y que, sin embargo, participó por mitad en el precio obtenido por la venta del mismo el día 15 de julio de 1997, percibiendo la suma de 2.500.000 pesetas, una vez descontada la amortización del préstamo y los gastos inherentes a la operación, cifra muy superior a los intereses que dice haber aportado —1.313.473 ptas.— y al importe de las obras de mejora que dice haber financiado —25.152 ptas.— y que se describen en los documentos números 14 y 15 de los de la demanda. Teniendo en cuenta tal diferencia, es obvio que ningún perjuicio se deriva para la actora por la adquisición del repetido piso aun cuando se estime, como parece, que fue adquirido en consideración al matrimonio»²².

²² Sigue la sentencia en sus Fundamentos 5 y 6: QUINTO: Ambas partes están de acuerdo en que la demandante adquirió los muebles que integraban el dormitorio —documentos 16 a 19 de la demanda— con cargo a su peculio, que los retiró del piso y que en la actualidad los tiene en su poder, sin que haya acreditado su inutilidad para fin diferente del inicialmente proyectado, por lo que tampoco procede resarcimiento alguno por este concepto, como con todo acierto concluye la juzgadora de primer grado, criterio este que puede ser aplicado igualmente a la mesa de comedor, cuya realización anterior a la ruptura es negada por el demandado. SEXTO: Igualmente existe acuerdo en que los litigantes costearon por mitad el 1.264.526 ptas. del precio del resto de enseres adquiridos para el piso, que se relacionan en el hecho quinto de la demanda, habiendo admitido la actora que retiró de los mismos seis sillas, el frigorífico combi y el microondas —243.490 ptas. en total—. El resto, a excepción de la librería de módulos, un sofá y dos puf, cortinas blancas, una estufa, un

Y en cuanto a los Fundamentos 7.º, 8.º y 9.º donde se hizo por parte del demandando de una oferta por la ruptura, al ser rechazada no cabe ser ahora aplicada en virtud de la doctrina de los actos propios. Dicen los mencionados Fundamentos: «En cuanto al resto de los desembolsos —ajuar, ropa interior y traje y zapatos adquiridos para la boda— esta Sala comparte los razonamientos de la juzgadora de primer grado en cuanto que tan sólo los dos últimos se evidencian como gastos inútiles para fin distinto del de la ceremonia proyectada, pues la misma actora ha reconocido en confesión judicial que el resto de los bienes carecen de características específicas que reduzca su uso a tal fin, por lo que tan sólo tiene que ser resarcida en este concepto en la suma de las 38.275 pesetas contempladas en la sentencia de primer grado».

«En definitiva, y resumiendo, de lo dicho se desprende que tan sólo se ha apreciado unos gastos que suponen un empobrecimiento para la actora de la suma de las 323.262 pesetas fijadas en la sentencia, por lo que los recursos deben ser rechazados (...) A lo dicho no puede ser opuesta la oferta de 700.000 pesetas hecha a la actora por el demandado en su día como reparación por la ruptura del compromiso matrimonial, pues como tal oferta su alcance viene limitada en la medida de su aceptación, que en este caso no se produjo, por lo que no puede ser invocada la doctrina de los actos propios».

E) *La carga de la prueba sobre la causa del incumplimiento de la ruptura recae sobre el futuro contrayente que ha roto la promesa: la SAP de Zaragoza, de 11 de enero de 1994*

Téngase en cuenta que la resolución que ahora vamos a ventilar tiene su exclusivo fundamento legal en el artículo 43 del Código Civil, por lo que en buena lógica, la carga probatoria de la causa motivadora por la que rompe la promesa dada, solo a él ha de incumbir.

En su virtud, dice la resolución: «pretende la actora el resarcimiento de los gastos efectuados en contemplación de su enlace matrimonial con el demandado y relativos al amueblamiento y acondicionamiento del piso propiedad de éste que había de constituir la vivienda familiar. Admitida por el demandado la promesa de matrimonio y la ruptura de la misma pocos días antes de que éste se celebrase, niega sin embargo que la decisión le sea atribuible, pues la achaca a la unilateral voluntad de la demandante. Ha de convenir, sin embargo, con la sentencia recurrida en que, según resulta de los medios probatorios practicados

armario y espejo de baño, una mesa y dos sillas, 422.974 ptas., así como los muebles que el demandado adquirió para su despacho-biblioteca, cuyo precio no ha sido convenientemente acreditado, dada la discrepancia entre lo manifestado en los escritos de alegaciones y la testifical por él propuesta, quedó en el piso y fue vendido junto con él (ver declaración testifical del adquirente señor Fredes), por lo que no cabe sostener la inutilidad del gasto, aparte de que el precio pagado por ellos habría sido recuperado con la venta, tal y como razona la juzgadora de primer grado. Con lo dicho se desprende que de lo adquirido resta tan sólo sin utilidad los muebles que nadie ha querido, que importan, como decimos arriba 422.974 ptas., de cuya mitad ha de ser resarcida la actora —211.487 ptas.—, así como de la mitad del precio del vídeo y televisor —147.000 ptas.—, que, por habérselo quedado el demandado, ninguna utilidad ha reportado a la actora. De lo dicho se desprende que corresponde a la actora por estos muebles la cifra de 284.987 ptas., que con toda corrección se señala en el Fundamento de Derecho quinto de la resolución apelada.

y en particular, de la confesión judicial de los interesados, *el incumplimiento de los esponsales obedeció a la exclusiva determinación del demandado, y siendo ello así, resulta obligado situar del lado de dicha parte* (art. 1124 CC) *la carga de probar la existencia de la causa motivadora de tal ruptura*. La resolución apelada fundamenta su criterio desestimatorio de la demanda sobre la base de supuestas desavenencias entre la actora y el demandado, a las que otorga el rango causal requerido por el artículo, no obstante, que no se hiciera alusión alguna a esas discrepancias en la fase expositiva del proceso y que toda su referencia provenga de las manifestaciones de la interesada al absolver posiciones, pero negando, en definitiva su eficacia motivadora por no afectar a la voluntad positiva de ésta respecto del proyectado matrimonio. Se desconocen, además, la razón de ser y el contenido exacto de tales desacuerdos, y aun cuando sea cierto que, a diferencia del régimen legal anterior a la reforma del Código por Ley 30/1981, de 7 de julio, *la actual disciplina jurídica de los esponsales no exige que la causa del incumplimiento sea "justa", en el sentido de resultar precisa la adecuada correspondencia entre la entidad de la causa esgrimida y la trascendencia de la contradicción del compromiso nupcial previo*, no por ello cabe pensar, so pena de privar al indicado precepto legal de todo contenido normativo, que sea suficiente la mera invocación de cualquier tipo de motivo, por fútil, inconsistente o poco razonable que pueda parecer, para enervar los efectos de la correspondiente acción de rescancimiento. En suma, y con relación al supuesto que aquí se plantea, no han quedado probados los concretos motivos que llevaron al demandado al desistimiento, y con ello queda obligado a indemnizar a la recurrente por los gastos realizados en consideración al matrimonio prometido»²³.

²³ Sigue el Fundamento segundo advirtiendo que: La prueba documental justifica que el desembolso de 695.000 pesetas a que se refiere la factura de «Muebles...» fue efectuado por la actora en su integridad. Ningún indicio serio existe, contra lo que se alega, de que el demandado, quien conserva en su poder el mobiliario transportado a su piso, contribuyera parcialmente a pagarlo. También está acreditado que los electrodomésticos adquiridos por 337.000 pesetas a ESL se instalaron en el inmueble, por lo que de tal suma sólo habrán de detrarse las 150.800 pesetas correspondientes a los artículos devueltos al establecimiento vendedor por la demandante compradora (folio 123), y las 7.300 pesetas de una plancha que esta última (absolución a la posición 5.^a) reconoce haber retirado previamente. De igual modo, debe incluirse en la indemnización a señalar, junto a las 73.447 pesetas reconocidas en la instancia por los gastos de instalación de teléfono y primer recibo de dicho servicio, las 86.355 pesetas satisfechas por la actora en ASC y las 9.636 pesetas abonadas a AFSA, pero no el resto de las partidas reclamadas, que se refieren a abonos realizados por el apelado (las 26.977 pesetas del albarán presentado con la demanda como documento número 18, cuya factura aporta este último), o a enseres (batería, cristalería, etc.) que la apelante retiró en su momento. Por tanto, la resolución acoge parcialmente «el recurso interpuesto por doña M. A. C. P. y la desestimación del deducido por don E. A. G. F., prosperando en definitiva la demanda por la cantidad de 1.043.338 pesetas y sin que, por razón de esta estimación parcial de la pretensión deducida, quede pronunciamiento condenatorio sobre las costas de la primera instancia (art. 523, párrafo segundo de la LEC), así como tampoco respecto de las de esta segunda en virtud del sentido revocatorio de esta resolución (art. 710)».

- F) *Alegación ante la Audiencia del enriquecimiento injusto: la determinación de los gastos hechos en consideración al matrimonio prometido con exclusión de lucro cesante o cualquier otro*

La sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 14 de diciembre de 2005, tiene interés por alguno de los aspectos que ahora se podrán constatar de la transcripción de sus Fundamentos de Derecho; el primero de ellos se refiere a la precisa narración histórica que de la promesa ofrece, y adicionalmente, por la concreción de las partidas indemnizables atendidas las alegaciones de la partes en que se recurría al enriquecimiento injusto.

Dice el primero de sus Fundamentos de Derecho: «La sentencia de instancia desestimó la acción de reclamación de cantidad ejercitada por el actor como efecto derivado de la ruptura sin causa de la promesa de matrimonio, por entender que no se trata de gastos hechos en consideración al matrimonio prometido, ni tampoco de donaciones por razón del matrimonio. Igualmente, rechazó la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto. Frente a dicho pronunciamiento absolutorio se alza el demandante alegando la infracción de los artículos 43 y 1342 del Código Civil, y el error por la no aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto. La promesa de matrimonio, está regulada en los artículos 42 y 43 del Código Civil, referida a los antiguos esponsales, que consistían en la promesa, deliberada y expresada de un modo sensible de futuro matrimonio entre personas determinadas e idóneas, unilateral o bilateral (que recibe el nombre de esponsalicia). Los esponsales han experimentado una evolución en cuanto a la necesidad de que constaren en escritura pública por Real Decreto de 10 de abril de 1803 de Carlos IV, que posteriormente fue aceptado por la Iglesia dicha forma (1880), si bien tras la promulgación del Código Civil en su artículo 42 se abrogó dicha pragmática de Carlos IV, y en la Iglesia a través del Decreto *Ne Temere*. La evolución de la promesa de matrimonio en su regulación la vemos en el Código Civil y en el Código Canónico (canon 1062). En relación al resarcimiento el canon 1.062 se refiere a *si en algún modo es debido*, y en el Código Civil se refería el anterior artículo 44 a que si la promesa se hubiese hecho en documento público o privado el que rehusare casarse sin justa causa está obligado a resarcir a la otra parte de los gastos que hubiese hecho».

Después del *excursus* histórico aprecia la resolución lo siguiente: «En el actual artículo 43 se alude a que el incumplimiento sin causa sólo producirá la obligación de resarcir los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido. Cabría plantearse en interpretación de dicho precepto la necesidad de cumplirse la primera premisa, es decir, «sin causa» (actual art. 43), para que dé lugar a poder solicitar el resarcimiento. Entendemos que la libre decisión de la demandada de no contraer matrimonio supone «justa causa» o «causa», y no cabe buscar culpabilidades, pues atentaría a libertad de conciencia. El Tribunal Supremo, en sentencia de 16 de diciembre de 1996, nos dice que no cabe «introducir reproches culpabilísticos en la libre decisión de no contraer matrimonio pese a la promesa», señalando dicha sentencia que el daño moral causado por la frustración del proyecto matrimonial no es indemnizable bajo ninguna cobertura legal, ni tampoco los estados depresivos que pudieran derivarse del mismo».

En cuanto a la determinación de los conceptos se retrotrae a la sentencia ya citada en otros momentos del siglo XIX y dice: «En sentencia del TS, de 14 de enero de 1913, se refiere a “gastos hechos para trasladarse al lugar en donde había de celebrarse”, también cabría considerar los gastos reclamados por “paga

y señal del banquete”, que ya fueron abonados por el demandado. Pero *no cabe incluir el lucro cesante por la ganancia dejada de obtener por los alquileres que se perdieron en la vivienda de la actora donde iban a vivir*, ni tampoco cabe atender a la reclamación sobre las obras a realizar en la vivienda, que quedarán en beneficio de la misma, incrementando su valor en venta o arrendamiento, y de las que el demandado no tendrá ningún enriquecimiento, ni supondrán empobrecimiento alguno para la demandada, ni le supone daño patrimonial, siendo que será libre para elegir los presupuestos que considere preciso, y realizar las reformas que tuviere por conveniente, siendo que libremente decidió ocupar el piso de su propiedad. En este sentido y a la luz de la anterior doctrina jurisprudencial entendemos que la sentencia apelada realiza un acertado análisis de la prueba y del artículo 43 del Código Civil, pues siendo pacífico y aceptado por las partes la existencia de promesa de matrimonio y la realidad de los regalos y cantidades entregadas por el actor, *la cuestión litigiosa queda reducida a determinar si dichos gastos se hicieron en consideración al matrimonio prometido*. En este punto comparte la Audiencia el criterio de la juez *a quo* respecto a que los regalos consistentes en joyas, libros, ropa etc., no son gastos hechos por razón del matrimonio futuro, como lo son los del vestido para tal acontecimiento, banquete, luna de miel, etc., sino que son regalos de costumbre generalizados en nuestro país entre personas que mantienen una relación afectiva. Por consiguiente, no son tampoco donaciones por razón del matrimonio por lo que no existe infracción del artículo 1342 del Código Civil. Por lo que atañe a las cantidades abonadas para la manutención de la demandada y su hija, la prueba demuestra que tampoco se hicieron con vistas al matrimonio prometido, sino que tenían carácter mensual y estaban destinadas al sostenimiento del hogar durante el tiempo en que convivieron juntos los litigantes, por la escasa pensión de la madre».

Pero tampoco prospera el resarcimiento, vía enriquecimiento sin causa. Dice así el Fundamento de Derecho segundo: *«Del mismo modo tampoco los gastos y regalos efectuados pueden ser resarcidos por la vía del enriquecimiento injusto*. La figura del enriquecimiento sin causa carece de una regulación general o sistemática en nuestro ordenamiento jurídico, mencionándose únicamente en el artículo 10.9 del Código Civil. La jurisprudencia la sustenta en el principio general de derecho de que nadie puede enriquecerse injustificadamente (torticeramente como decían las Partidas), o injustamente, o sin justicia o sin razón, a costa de otro creándose, en caso de haber llegado a producirse así aquel beneficio, la obligación de restituir o reparar el patrimonio empobrecido por quien, a costa de él, ha enriquecido el suyo y no cabe otro remedio reparador preferente por lo que la acción restauradora basada en la producción de aquel efecto sería subsidiaria de esta otra primaria y habrá de sustentarse en la realidad de los dos presupuestos esenciales ya enunciados, enriquecimiento a costa de un empobrecimiento, en la falta de causa que los justifique y en la inexistencia de precepto legal que lo imponga, prescindiéndose en la apreciación de su producción, de todo lo que no sea la realidad del enriquecimiento y su justificante (se prescinde de toda idea de culpa o dolo), quedándose en aquel efecto cualquiera que sea su origen, carente siempre de causa justificativa. Dicho esto, para la admisión del enriquecimiento injusto es necesario que concurren los siguientes requisitos: 1.º) Que nazca de un hecho jurídico lícito, prescindiendo de nociones de culpa o culpabilidad. 2.º) La adquisición de una ventaja patrimonial por parte del demandado, que puede producirse tanto por un aumento del patrimonio *lucrum emergens*, como por una no disminución del mismo *damnum cesans*. 3.º) Un correlativo empobrecimiento acreditado del

actor. 4.º) Una conexión perfecta entre el enriquecimiento y el empobrecimiento por virtud del traspaso directo del patrimonio del actor al del demandado. 5.º) Finalmente, una falta de causa o justificación, ausencia que no se da cuando el desequilibrio económico sea consecuencia de la existencia de un negocio jurídico válido y eficaz entre las partes o de una expresa disposición legal que lo autorice, o lo que es lo mismo, cuando lo obtenido se adquiere en virtud de un derecho. En el supuesto que nos ocupa *no existe enriquecimiento injusto, porque el demandante actuó con conocimiento de la causa por la que realizó los regalos y desembolsos económicos a la demandada. La causa consistió en ayudar económicamente a la persona que era su pareja sentimental afrontando los gastos de la unidad familiar integrada por él, y por la madre su novia, ésta y su hija. El recurso debe ser desestimado*».

En definitiva, no tanto por no estar incursos los gastos en un enriquecimiento sin causa por parte de quien los recibe, sino por no estar relacionados ni realizados en atención al matrimonio comprometido, el recurso y las alegaciones hechas en él, no prosperan.

IV. REFLEXIONES FINALES SOBRE LOS DAÑOS ENDOFAMILIARES Y EL FUNDAMENTO DEL ARTÍCULO 43: ENTRE EMPOBRECIMIENTO SIN CAUSA, RESPONSABILIDAD CIVIL Y LA LIMITACIÓN AL RESARCIMIENTO DE GASTOS

El esquema tradicional de la familia respondía a un modelo basado en la solidaridad y socorro mutuo entre cónyuges y, a su vez, entre los componentes del grupo familiar. Históricamente, sus miembros, conectados entre sí mediante vínculo matrimonial, de parentesco, adopción o prohijamiento, relación de servidumbre o vasallaje, estaban sometidos a la autoridad del paterfamilia y las tensiones que surgieran en muy contadas ocasiones salían de ese reducido espacio intramuros.

Estos parámetros han cambiado de forma radical y de hecho, la convivencia matrimonial y los innumerables trances existentes entre sus componentes, han requerido de distintas formas de intervención estatal, cristalizadas en el Derecho de Familia, dedicado, en definitiva a la regulación del matrimonio y sus crisis, las relaciones entre progenitores e hijos (e hijas) y las instituciones tutelares en función sustitutiva de la patria potestad.

Por su parte, no son idénticos los presupuestos de base a los que atiende el Derecho Civil extracontractual, toda vez que pretende la indemnidad de la víctima del daño injustamente causado, sin atender a la potencial relación familiar que pudiese existir entre el agente causante y el sujeto pasivo de la acción u omisión dañosa.

El Derecho de Familia tiene por objeto la protección del vínculo y el parentesco ante los distintos conflictos, que en su caso se originen en su seno, causados por los propios miembros del grupo o, por sujetos ajenos a él; por su parte, el Derecho Civil extracontractual busca resarcir a la víctima del daño injustamente causado.

En la actualidad, esta aparente dicotomía está llamada, cuando menos, a suavizarse. En este sentido, la crónica judicial nos relata múltiples supuestos referidos a indemnizaciones reclamadas por daños morales entre cónyuges, entre progenitores e hijos... etc., perjuicios todos de carácter moral y pretensiones resarcitorias de naturaleza económica.

Esta aparente separación jurídica entre unos conflictos y otros ha sido salvada por la igualadora presencia y alegación del artículo 1902 del Código Civil, fundamento jurídico básico para las reclamaciones de daños y perjuicios de naturaleza extracontractual, con la particularidad de que la dicción literal de los artículos 42 y 43 encuentra su sede o naturaleza en presupuestos distintos de los anteriores, toda vez que no hay «víctima civil», sino persona que ha incurrido en ciertos gastos en atención a la promesa dada.

De modo que en buena lógica a distintos presupuestos, distintas consecuencias, pese a que otro tipo de daños también puedan ser resarcidos atendiendo a presupuestos legales diferentes, si bien tal fundamento jurídico deberá sortear el tenor literal de los preceptos, mediante la pericia de una buena base fáctica y un amplio acervo probatorio, capaz de incluir en capítulo indemnizatorio distinto partidas como la reparación e indemnidad de quien ha sufrido daño no solo patrimonial sino también moral.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ASÚA GONZÁLEZ: «Comentarios a los artículos 42 y 43 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, RAMS ALBESA y MORENO FLÓREZ (COORD.), Barcelona, 2000, págs. 467 a 481.
- ALBALADEJO GARCÍA: *Curso de Derecho Civil. IV. Derecho de Familia*, Madrid, 2006, 10.^a ed.
- BADOSA COLL: «Comentarios a los artículos 42 y 43 del Código Civil», en *Comentarios del Código Civil*, PAZ-ARES, BERCOVITZ, DÍEZ-PICAZO y SALVADOR CODERCH (DIRS.), Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 256 a 261.
- CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. II, Madrid, 1988, 14.^a ed.
- COBACHO GÓMEZ: «Comentario a los artículos 1336 a 1.343», en *Comentario del Código Civil*, T. II, PAZ-ARES, BERCOVITZ, DÍEZ-PICAZO y SALVADOR CODERCH (DIRS.), Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 615 a 632.
- COSTAS RODAL: «De las donaciones por razón del matrimonio. Artículos 1336 a 1343», en *Comentarios al Código Civil*, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (COORD.), ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, 2.^a ed., págs. 1600 y sigs.
- DEGNI: *Il diritto di famiglia nel nuovo codice civile italiano*, CEDAM, Padova, 1943.
- DELGADO ECHEVERRÍA: «Comentarios a los artículos 42 y 43 del Código Civil», en *Matrimonio y divorcio. Comentario al nuevo Título IV del Libro Primero del Código Civil*, LACRUZ BERDEJO (COORD.), Civitas, Madrid, 1994, 2.^a ed., págs. 39 a 59.
- DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS: *Sistema de Derecho Civil. IV*, Madrid, 2012, 11.^a ed.
- FINOCCHIARO: «Del matrimonio, artt. 79 a 81», nel *Commentario del codice civile a cura di Antonio SCIALOJA e Giuseppe BRANCA*, Libro I, *Delle Persone e della Famiglia*, Nicola Zanichelli editore, Bologna-Roma, 1971, págs. 59 a 195.
- FORTINO: *Diritto di Famiglia. I Valori, I Principi, Le Regole*, Giuffré editore, Milano, 2004, 2.^a ed.
- GARCÍA CANTERO: «Comentarios a los artículos 42 y 43 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. II, ALBALADEJO GARCÍA (DIR.), edición de acuerdo con la Ley de 7 de julio de 1981, Revista de Derecho Privado, Edersa, Madrid, 1982, 2.^a ed., págs. 22 a 44.
- IGLESIA MONJE: «Los esponsales en la actualidad», en *RCDI*, 700, 2007, págs. 809 a 816.

- LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, LUNA SERRANO, RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA: *Elementos de Derecho Civil. IV. Derecho de Familia*, vol. I, José M.^a Bosch ed., Barcelona, 1990, 3.^a ed. (reimpresión actualizada).
- LASARTE ÁLVAREZ: *Principios de Derecho Civil*, 1, Madrid, 2012, 18.^a ed.
— *Principios de Derecho Civil*, 6, Madrid, 2012, 11.^a ed.
- LUNA SERRANO: «Matrimonio y divorcio», en *El nuevo régimen de la familia*. LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, LUNA SERRANO, DELGADO ECHEVERRÍA y RIVERO HERNÁNDEZ (coord.), Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Madrid, 1982.
- MARÍN LÓPEZ: «Comentarios a los artículos 42 y 43 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), Pamplona, 2009, 3.^a ed., págs. 164 y 165.
- NÚÑEZ LAGOS: *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, ed. Reus, Madrid, 1934.
- ORTEGA PARDO: «La ruptura de esponsales en el Derecho español vigente», en *RGLJ*, año 8, T. IX (177 de la colección), junio de 1945, págs. 611 a 629.
- PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho Civil español. II. Derecho de Familia. Teoría general del matrimonio*, vol. I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1947.
- ROCA I TRIAS, BLASCO GASCÓ, CLEMENTE MEORO, LÓPEZ Y LÓPEZ: *Derecho de Familia*, ROCA I TRIAS (coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, 3.^a ed.
- RODRÍGUEZ GUTIÁN: *Responsabilidad civil en el Derecho de Familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Thomson Reuters, Civitas, Madrid.
- ROMERO COLOMA: *Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares en el marco de la responsabilidad civil*, Bosch, Barcelona, 2009.
- TATARANO: «Rapporti da promessa di matrimonio e dovere di correttezza», en *Riv. dir. civ.*, 1979, págs. 649 a 679.
- VARGAS ARAVENA: *Daños civiles en el matrimonio*, Salamanca, 2009.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA: *Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil*, Bosch, Barcelona, 1999, 5.^a ed.
— «Comentario a los artículos 42 y 43 del Código Civil», en *Matrimonio, separación y divorcio. Comentarios a los artículos 42 a 107 del Código Civil*, Vlex, 2009, págs. 96 a 98.
- VERDA Y BEAMONTE: «Consecuencias económicas derivadas del incumplimiento de la promesa cierta de matrimonio», en *Curso sobre daños en el Derecho de Familia*, Retro-Expres, Valencia, 2006, págs. 25 a 34.
- VIVAS TESÓN: «La responsabilidad aquiliana por daños endofamiliares: Comentario a la STS de 14 de julio de 2010 (JUR 2010/326836)», en *Revista de Derecho Patrimonial*, 26, 2011, págs. 335 a 347.
- VIVO DE UNDABARRENA: *El nuevo Derecho matrimonial. Estudio de la Reforma de los Códigos Español y Canónico (Latino y Oriental)*, (UNED), Madrid, 1997.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL SUPREMO

Civil

- STS de 14 de enero de 1913.
- STS de 16 de diciembre de 1996.
- ATS de 14 de octubre de 2003.

Penal

- STS de 5 de noviembre de 1971.
- STS de 8 de octubre de 1973.
- STS de 26 de junio de 1979.
- STS de 16 de noviembre de 2011.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Alicante, de 2 de noviembre de 2000.
- SAP de Alicante, de 14 de diciembre de 2005.
- SAP de Almería, de 24 de octubre de 1994.
- SAP de Badajoz, de 10 de julio de 2007.
- SAP de Barcelona, de 16 de septiembre de 2010.
- SAP de Barcelona, de 8 de octubre de 2004.
- SAP de Barcelona, de 12 de junio de 2008.
- SAP de Barcelona, de 13 de marzo de 2009.
- SAP de Oviedo, de 15 de noviembre de 2000.
- SAP de Madrid, de 27 de enero de 1998.
- SAP de Murcia, de 29 de mayo de 2009.
- SAP de Granada, de 15 de enero de 2010.
- SAP de Sevilla, de 7 de junio de 2011.
- SAP de Valladolid, de 16 de abril de 2008.
- SAP de Zaragoza, de 11 de enero de 1994.

RESUMEN

**PROMESA DE MATRIMONIO O
ESPONSALES; RESPONSABILIDAD
CIVIL; EMPOBRECIMIENTO
SIN CAUSA**

La vigente redacción del artículo 43 del Código Civil español advierte que «el incumplimiento sin causa de la promesa cierta de matrimonio hecha por persona mayor de edad o por menor emancipado solo producirá la obligación de resarcir a la otra parte de los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido. Esta acción caducará al año contado desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio». En definitiva, sólo tendrá visos de prosperar la demanda del perjudicado cuyo objeto sea el resarcimiento de dos partidas muy concretas: los gas-

ABSTRACT

**BREACH OF PROMISE TO MARRY
OR BREACH OF ENGAGEMENT;
CIVIL LIABILITY; UNJUST
IMPOVERISHMENT**

As currently worded, article 43 of the Spanish Civil Code warns, «Breach of a valid promise of marriage, without cause, by a person who is of legal age or by an emancipated minor will only produce the obligation to compensate the other party for expenditures made and obligations contracted in consideration of the promised marriage. The right to claim such compensation will expire in one year counting from the day of the refusal to marry.» In short, the injured party can sue but may expect to win only if seeking compensation for two very specific items, expenditures made and obligations contracted in considera-

tos hechos y las obligaciones contraídas en consideración a ese matrimonio prometido y del que uno de los futuros contrayentes se ha apartado sin alegar causa. En este sentido, conviene tener en cuenta el presupuesto de la causa del incumplimiento, que ha de obedecer a la exclusiva determinación del sujeto demandado, requisito del que ya no se reclama la antigua cualificación de «justa». Por tanto, si la causa del incumplimiento ha de existir y haber sido alegada, la pretensión de cumplir el matrimonio conllevará, por el contrario, la improcedibilidad e inmediato archivo de las actuaciones. Por otra parte, la causa, motivo o razón de la ruptura de esos esponsales, su consistencia o insustancialidad, sí será examinada casuísticamente. En este trabajo haremos una revisión de alguna de las numerosas resoluciones de los últimos tiempos pronunciadas por las Audiencias Provinciales toda vez que, con más asiduidad de lo esperable, serán de utilidad para contrastar y clarificar las partidas indemnizables y otros elementos de particular relevancia para una institución aún pujante.

tion of the promised marriage, and only when the other party has called off the promised marriage without giving any cause. The cause of the breach of promise is a vital point: The offending party's decision not to marry must alone lie at the root of the breach of promise. No longer must the required cause be (as described of old) «just.» Therefore, if there is some cause for the breach of promise, and if that cause has been given, any suit seeking to enforce the promise of marriage will be inadmissible and immediately thrown out. On the other hand, the cause, motive or reason for the promise's having been broken and the consistency or insubstantiality of the cause, motive or reason will be examined on a case-by-case basis. This paper reviews some of the numerous decisions given in recent times by Spanish provincial appellate courts. More often than one might expect, these decisions are useful for contrasting and clarifying what items are deserving of compensation and what other factors are particularly relevant in the still-thriving institution of marriage.

1.7. Concursal Civil

LA REFORMA DEL REAL DECRETO-LEY 6/2012, DE 9 DE MARZO,
DE MEDIDAS URGENTES DE PROTECCIÓN DE DEUDORES HIPOTECARIOS
SIN RECURSOS, POR LA LEY 1/2013, DE 14 DE MAYO «ANTI DESAHUCIOS»

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS DE LA LEY 1/2013, DE 14 DE MAYO, Y LAS MEJORAS TÉCNICAS EFECTUADAS POR LA LEY 8/2013, DE 26 DE JUNIO.—II. LA INCLUSIÓN EN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL REAL DECRETO-LEY 6/2012, DE FIADORES E HIPOTECANTES NO DEUDORES. BENEFICIO DE EXCUSIÓN PARA LOS MISMOS.—III. NUEVA DESCRIPCIÓN DEL UMBRAL DE EXCLUSIÓN SOCIAL. REFORMA DEL ARTÍCULO 3 DEL REAL DECRETO-LEY 6/2012.—IV. LA ACREDITACIÓN DEL UMBRAL DE EXCLUSIÓN AMPLIO Y ESTRICTO Y LA DECLARACIÓN RESPONSABLE DEL DEUDOR.—V. LA MEDIDA DE MODERACIÓN DE LOS INTERESES MORATORIOS.—VI. LA SUJECCIÓN AL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS. NOVEDADES EN EL ARTÍCULO 5 DEL REAL DECRETO-LEY 6/2012.—VII. EL SEGUIMIENTO DEL CUMPLIMIENTO DEL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS.—VIII. EL NUEVO CONTENIDO DEL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS DE ACUERDO CON LA REDACCIÓN DADA POR LA LEY 1/2013 AL ANEXO DEL REAL DECRETO-LEY 6/2012: 1. MEDIDAS PREVIAS A LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA: REESTRUCTURACIÓN DE DEUDAS HIPOTECARIAS. 2. MEDIDAS COMPLEMENTARIAS. 3. MEDIDAS SUSTITUTIVAS DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA: DACIÓN EN PAGO DE LA VIVIENDA HABITUAL.—IX. EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA EXTRAJUDICIAL TRAS LA LEY 1/2013.—X. EL CAPÍTULO V DEL REAL DECRETO-LEY 6/2012. ACCESO AL ALQUILER DE LAS PERSONAS AFECTADAS POR DESAHUCIOS Y SUJETAS A MEDIDAS DE FLEXIBILIZACIÓN DE LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS.—XI. CONCLUSIONES.—XII. BIBLIOGRAFÍA.—XIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

- I. LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS DE LA LEY 1/2013, DE 14 DE MAYO, Y LAS MEJORAS TÉCNICAS EFECTUADAS POR LA LEY 8/2013, DE 26 DE JUNIO¹

Recientemente, y tras un intenso debate doctrinal (*vid.*, la numerosa bibliografía recogida en el epígrafe XII), se ha publicado en el *BOE* la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que en palabras de PÉREZ HEREZA,

¹ Este trabajo se realiza en el marco del Grupo de Investigación de la UCM, «Nuevas perspectivas del Derecho Civil», dirigido por el Catedrático Emérito de la UCM, Doctor Joaquín José RAMS ALBESA.

«parece ser la respuesta final del Gobierno al problema social de los desahucios, consecuencia de las ejecuciones hipotecarias, adaptando además nuestra normativa a las exigencias derivadas de la sentencia del TJUE, de 14 de marzo de 2013»². La Ley expresa en su Exposición de Motivos que las circunstancias excepcionales que atraviesa en estos momentos España, motivadas por la crisis económica y financiera, exigen adoptar medidas que contribuyan a aliviar la situación de los deudores hipotecarios y que garanticen que ningún ciudadano es conducido a una situación de exclusión social. Con este fin, la ley pretende «profundizar en las líneas que se han ido desarrollando en los últimos tiempos, para perfeccionar y reforzar el marco de protección a los deudores que, a causa de tales circunstancias excepcionales, han visto alterada su situación económica o patrimonial y se han encontrado en una situación merecedora de protección». Para ello, el Capítulo IV de la Ley aborda una modificación del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, *«tanto en lo que afecta al ámbito de aplicación, como en lo relativo a las características de las medidas que pueden ser adoptadas»*, y el Capítulo I deroga tácitamente el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre³, regulando la suspensión de los lanzamientos o desahucios de las familias que se encuentren en una situación de especial riesgo de exclusión.

La Ley entró en vigor el día de su publicación en el BOE (15 de mayo de 2013) (Disp. Final 4.^a). Su Disposición Transitoria 1.^a prevé su aplicación retroactiva a los *procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria que se hubieran iniciado a la entrada en vigor de la misma y en los que no se hubiese ejecutado el lanzamiento*. Esta Disposición Transitoria parece ser aplicable específicamente en relación con la medida de suspensión de los lanzamientos. Así pues, el régimen del Real Decreto-ley 27/2012 quedaría sustituido totalmente, *incluso con efectos retroactivos, por el dispuesto en el Capítulo I de esta Ley 1/2013*.

En relación con la aplicación del Código de Buenas Prácticas, regulado en el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, la Disposición Transitoria 7.^a señala que *«los procedimientos de aplicación del Código de Buenas Prácticas iniciados y no finalizados antes de la entrada en vigor de esta Ley, se regirán por lo dispuesto en el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, incorporando las adaptaciones necesarias para ajustarse a los cambios que introduce esta Ley en el Código, a partir de que la entidad comunique su adhesión»*. Esto es, *quedaría a la libertad de la entidad crediticia aplicar el antiguo Código de Buenas Prácticas o el nuevo regulado en la Ley, manifestando o no su adhesión formal al nuevo Código de Buenas Prácticas*. En todo lo demás, el Capítulo IV de la Ley 1/2013, parecería que *no tendría efectos retroactivos*, aplicándose sólo a partir del 15 de mayo de 2013, las reformas efectuadas en los artículos 2, 3, 4, 5, 6 y 15 del Real Decreto-ley 6/2012, así como el nuevo artículo 3 bis. Por lo que en cuanto a solicitudes formuladas antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, *se regirán en todo por lo dispuesto en la redacción originaria del Real Decreto-ley 6/2012*, salvo que la entidad crediticia manifestara su adhesión al nuevo Código de Buenas Prácticas, caso en el que el Código aplicable sería el formulado por la Ley 1/2013.

² PÉREZ HEREZA, J., «¿Una ley definitiva para la protección del deudor hipotecario?», en *El Notario del Siglo XXI*, mayo-junio, 2013, núm. 49, pág. 34.

³ MARTÍN PASTOR, J., «La Ley 1/2013, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social», en *Diario La Ley* (LA LEY 2928/2013), pág. 14.

Si observamos la Disposición Transitoria 8.^a, esta señala: «Las entidades comunicarán su adhesión a las modificaciones introducidas en el Código de Buenas Prácticas por esta Ley a la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera. En los primeros diez días de los meses de enero, abril, julio y octubre, el Secretario de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, mediante resolución, ordenará la publicación del listado de las entidades adheridas a dichas modificaciones en la sede electrónica de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera y en el BOE.

Las entidades que se hubieran adherido al Código de Buenas Prácticas aprobado por el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos y no se adhieran a las modificaciones introducidas en el mismo por esta Ley seguirán obligadas en los términos de dicho Real Decreto-ley, en su versión originaria».

Sentado lo anterior, en fechas recientes, 27 de junio de 2013, se ha publicado en el BOE la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, que entró en vigor el 28 de junio (Disp. Final, 20.^a). Esta Ley, en su Disposición Final 14.^a, modifica la redacción dada a los mencionados artículos 2 y 3 bis, por la Ley 1/2013. En la Exposición de Motivos se señala que se pretende simplemente incluir «meras mejoras técnicas», por lo que hay que entender que la redacción dada por la Ley 1/2013 ya incluía en su espíritu, aunque no resulte claro de su letra, el contenido actual de los artículos 2 y 3 bis del Real Decreto-ley 6/2012. Habría que concluir, pues, que dicha Disposición Final 14.^a de la Ley 8/2013, tiene necesariamente efectos retroactivos, a fecha de 15 de mayo de 2013.

II. LA INCLUSIÓN EN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL REAL DECRETO-LEY 6/2012, DE FIADORES E HIPOTECANTES NO DEUDORES. BENEFICIO DE EXCUSIÓN PARA LOS MISMOS

El ámbito de aplicación de las medidas previstas en el Real Decreto-ley 6/2012 venía determinado en el artículo 2. Según dicho artículo 2, dichas medidas serían de aplicación a contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria *sobre la vivienda familiar, siempre que se hubiese solicitado el préstamo o crédito para su adquisición y que el deudor se encontrase situado en el umbral de exclusión definido en el artículo 3, y que el contrato estuviese vigente a la fecha de la entrada en vigor del Real Decreto-ley (fecha que fue el 11 de marzo de 2012)*. Por lo tanto, las medidas del Real Decreto-ley no serían de aplicación a contratos de préstamo hipotecario concertados a partir del 12 de marzo de 2012, inclusive (contratos futuros); ni a contratos de préstamo hipotecario que, aunque vigentes el 11 de marzo de 2012, tuviesen por objeto bienes inmuebles distintos de la vivienda familiar, *ni a deudores hipotecarios que no se encontrasen situados en el umbral de exclusión, aunque atravesasen graves dificultades económicas, ni a contratos consumados por el cumplimiento voluntario o forzoso antes del 11 de marzo de 2012*. Se exceptuaban las medidas contenidas en los artículos 12 (relativo al procedimiento de ejecución extrajudicial sobre la vivienda habitual del deudor) y 13 (relativo a la preferencia para el acceso a las ayudas a los inquilinos) que se consideraban de aplicación general. *El Real Decreto-ley tenía, pues, un marcado carácter retroactivo.*

A lo expuesto anteriormente, la Ley 1/2013 ha añadido un párrafo segundo, *modificado por la Ley 8/2013, de 26 de junio, para mencionar expresamente a los*

fiadores, por medio del cual, las medidas previstas en el Real Decreto-ley «se aplicarán igualmente a los fiadores y avalistas hipotecarios del deudor principal, respecto de su vivienda habitual y con las mismas condiciones que las establecidas para el deudor hipotecario». A partir, pues, del 15 de mayo de 2013, los fiadores que, como consecuencia de haber vinculado su patrimonio personal a la satisfacción de una deuda hipotecaria ajena, vean trabada mediante embargo su vivienda habitual, o los hipotecantes no deudores, que hubiesen hipotecado su vivienda habitual en garantía de una deuda ajena, podrán también hacer uso de las medidas del Real Decreto-ley 6/2012 para evitar una situación de exclusión social, solicitando la aplicación del Código de Buenas Prácticas, en su versión originaria o actual, según la entidad crediticia se haya o no adherido al nuevo Código. Siempre que cumplan con las mismas condiciones que las establecidas para el deudor hipotecario; que la deuda que garanticen proceda de un contrato vigente a fecha de 11 de marzo de 2012, y que no estuviese aún consumado, por cumplimiento voluntario o forzoso del deudor o por pago del fiador, o del avalista hipotecario.

A esta posibilidad que la ley reconoce expresamente a los fiadores y avalistas se suma la previsión del nuevo artículo 3 bis introducido por la Ley 1/2013, según la cual, «los fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores *que se encuentren en el umbral de exclusión* podrán exigir que la entidad *agote el patrimonio del deudor principal*, sin perjuicio de la aplicación a éste, en su caso, de las medidas previstas en el Código de Buenas Prácticas [esto es, se encuentre el deudor situado o no en umbral de exclusión], *antes de reclamarles la deuda garantizada, aun cuando en el contrato hubieran renunciado expresamente al beneficio de excusión*». Esta medida tiene gran trascendencia y rectifica en parte, para los casos en que el fiador, o el hipotecante no deudor, se encuentra en el umbral de exclusión, la sobregarantía que suponía la exigencia por parte de la entidad crediticia de un fiador solidario o de la hipoteca sobre bienes de un tercero para la concesión del préstamo hipotecario; préstamo que ya contaba con la garantía real de la hipoteca sobre la vivienda adquirida por el deudor y con la garantía del patrimonio personal del deudor (art. 105 LH). Con esta medida la ley le otorga al fiador y al hipotecante no deudor que se encuentren en el umbral de exclusión *la facultad de exigir* que su responsabilidad personal o real sea *subsidiaria*, en defecto de patrimonio que agredir del deudor principal, *aun cuando en el contrato hubiesen renunciado al beneficio de excusión*. Ello sin perjuicio, de la aplicación al deudor del Código de Buenas Prácticas. De manera que si no se aplicó el Código de Buenas Prácticas al deudor principal, por no cumplir los requisitos para ello o, concedido un plan de reestructuración al deudor o/y, en su caso, una quita, no procediera la dación en pago [por ejemplo, por existencia de otras cargas posteriores a la hipoteca a favor de tercero diverso del acreedor hipotecario], sino la exigencia del cumplimiento forzoso al deudor principal, dicho cumplimiento forzoso no podrá hacerse efectivo sobre el patrimonio personal del fiador solidario o sobre el bien hipotecado por el hipotecante no deudor, mientras existan bienes del deudor principal que agredir para su cobro, excluidos los bienes legalmente inembargables. Sólo cuando no existan tales bienes el fiador o el hipotecante no deudor quedarían obligados al pago del crédito del deudor principal, en los términos resultantes de la aplicación del Código de Buenas Prácticas (si la entidad crediticia estuviese adherida al mismo, y por lo tanto, les fuese aplicable) o en los términos resultantes del contrato firmado con el acreedor.

Si ya se hubiese iniciado una ejecución forzosa contra el patrimonio del fiador solidario o que renunció al beneficio de excusión, o del hipotecante no deudor, a la entrada en vigor de la Ley 1/2013 (y por lo tanto, de este artícu-

lo 3 bis incorporado al Real Decreto 6/2012), existiendo bienes perseguibles en el patrimonio del deudor principal, una vez acreditada la situación de umbral de exclusión ante el Tribunal que conoce de la ejecución, éste debería darla por concluida, sin perjuicio de la eficacia de las actuaciones llevadas a cabo hasta el momento (*arg. ex* Disposición Transitoria 4.^a de la Ley 1/2013, según la cual «las modificaciones de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, introducidas por la presente Ley serán de aplicación a los procesos de ejecución iniciados a su entrada en vigor, únicamente respecto a aquellas actuaciones ejecutivas pendientes de realizar»). Procedería la conclusión (y no la suspensión de la ejecución) en la medida en que, como señala el artículo 565.2 LEC, «decretada la suspensión, podrán, no obstante, *adoptarse o mantenerse medidas de garantía de los embargos acordados y se practicarán, en todo caso, los que ya hubieren sido acordados*», *todo lo cual perjudica a dicho fiador o hipotecante no deudor; pues por ejemplo, una anotación de embargo en el Registro de la Propiedad sobre sus bienes inmuebles, podría impedirle obtener crédito para desarrollar una actividad económica por cuenta propia*. La conclusión se acordará por decreto del secretario judicial, contra el cual podrá interponerse recurso directo de revisión (arts. 565.2 y 570 LEC).

De lo expuesto cabe concluir que la Ley 1/2013 amplía el ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 6/2012 a fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores, lo que es una mejora importante.

III. NUEVA DESCRIPCIÓN DEL UMBRAL DE EXCLUSIÓN SOCIAL. REFORMA DEL ARTÍCULO 3 DEL REAL DECRETO-LEY 6/2012

De acuerdo con la nueva redacción del artículo 3 del Real Decreto-ley 6/2012, se considerarán situados en el umbral de exclusión aquellos deudores de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca sobre su vivienda habitual, cuando concurran en ellos todas las circunstancias siguientes:

a) Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM). La Disposición Adicional 82.^a LPGE para 2013 establece las siguientes cuantías para el año 2013:

- El IPREM diario, 17,75 euros.
- El IPREM mensual, 532,51 euros.
- El IPREM anual, 7.455,14 euros o 6.390,13 euros si expresamente se excluyen las pagas extras.

Por lo tanto, siempre que el conjunto de ingresos de la familia, procedentes del trabajo, actividad económica, rentas de bienes muebles, subsidios de desempleo, prestaciones por desempleo abonadas por mutualidades de previsión social que actúen como alternativa al Régimen de autónomos, etc., *no supere los 1597,53 euros mensuales, el deudor hipotecario se considerará incluido dentro del umbral de exclusión social*. A estos efectos, el Real Decreto-ley señala que «se entenderá por unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos, con independencia de su edad, que residan en la vivienda, incluyendo los vinculados por una relación

de tutela, guarda [de hecho] o acogimiento familiar»⁴. *La nueva norma mejora en relación con la anterior al no exigir el desempleo de todos los miembros de la unidad familiar* pero sigue introduciendo serias disfunciones en razón de su definición de unidad familiar (en conexión con las normas del CC). Sorprende, por un lado, que la familia deba ser constantemente definida y redefinida por el legislador, en razón de uno u otro efecto jurídico que quiera vincularsele, en una suerte de nominalismo, que huye de la realidad de las cosas, para fraguar voluntaristamente conceptos legislativos⁵. Por otro lado, no tiene sentido que el deudor divorciado o separado legalmente reciba mejor trato que el que se en-

⁴ El legislador, como hemos indicado otras veces, insiste en equiparar situaciones no equiparables como el matrimonio y la convivencia *more uxorio*. Los integrantes de la pareja de hecho tienen el estado civil de solteros y son jurídicamente extraños entre sí, habiendo rehusado voluntariamente celebrar el contrato matrimonial y por lo tanto, gozar de los beneficios inherentes a la condición de casado. No existe entre ellos relación jurídica alguna pues falta el negocio jurídico matrimonial que los vincule; faltando, por tanto, la identidad sustancial entre ambos supuestos (matrimonio y unión *more uxorio*), base de la analogía. Además, la potencial protección de los hijos habidos de tales uniones *more uxorio* no se verifica precisamente otorgando beneficios propios de la condición de casado a la pareja de hecho, pues ello, en definitiva, fomenta socialmente la huida del matrimonio y potencia una situación no adecuada al bien común de los hijos, que no gozan de un entorno estable y duradero para su educación, entorno que puede desaparecer en cualquier momento por decisión unilateral de uno de los padres. La verdadera protección a los hijos se verifica potenciando el matrimonio, vínculo entre los progenitores que por Derecho natural (esto es, por exigencias de la condición humana tal como la concibió Dios, Creador del hombre) ha de ser insoluble para el varón y la mujer, para que quede garantizado el bien de la prole.

⁵ Como señala Michel VILLEY, «Todo el mundo ha oído hablar de la “querella de los universales”. Esta controversia nace del análisis del lenguaje. Atendamos, por ejemplo, esta frase: “Sócrates es ciudadano de Atenas”. En esta frase distinguiremos (dejando a un lado la cópula es), dos tipos de términos, uno *singular* (Sócrates) y otro *universal* (ciudadano de Atenas —la expresión se aplica a todos los ciudadanos—). Se pregunta bajo qué título estas palabras *significan* la realidad, con qué tipo de realidad se corresponden unos y otros. Para los *realistas*... a cada uno de estos términos les corresponde una realidad. A la palabra *Sócrates*, evidentemente; Sócrates existe, es real. El individuo, dice Aristóteles, es incluso de quien se debe afirmar en primer lugar la existencia distinta, una “sustancia primera”. Pero hemos de decir que también las palabras “Atenas” o “ciudadano” remiten a algo real, algo diferenciado en la realidad, lo que Aristóteles denomina “sustancia segunda”. *El mundo no es simplemente un conjunto de cosas singulares, está ordenado: comporta realidades genéricas (como la de “ciudadano”) o cuerpos (Atenas). Está realmente estructurado, y son estas estructuras [léase, por ejemplo, la sociedad familiar] las que reflejan,... los términos universales*. Distinta es la respuesta de los *nominalistas*. Sin duda porque son familiares de una literatura religiosa en la que únicamente entran en juego las personas: su universo no comprende más que seres singulares: Sócrates, Pedro o Pablo. *En cuanto a los términos universales (“ciudadano de Atenas”) no podría decirse que les corresponda un objeto real; que tenga por función designar inmediatamente una cosa. Son instrumentos lingüísticos que nos sirven para connotar (lo que significa abarcar en conjunto —simultáneamente, de un solo golpe—) una pluralidad de objetos que guardan entre sí cierta semejanza*. Así, mediante la palabra “ciudadano de Atenas” designo en un memento a Sócrates, Alcibíades, Platón, etc. Es una economía del lenguaje. De ahí se sigue que los “universales” no tienen otra existencia que la mental e instrumental; y nosotros los formamos libremente. No les pedimos que sean verdaderos (esto es, adecuados a lo real), sino que... nos permitan operar sobre los fenómenos singulares; solamente, pues, que sean “operativos”, como dicen los sabios de hoy» (VILLEY, M., *Filosofía del Derecho* [traducción: PALOMAR MALDONADO, E.]. Scire Universitaria. Barcelona, 2003, págs. 90 y 91).

cuentra en situación de normalidad matrimonial, pues si ambos consortes reciben ingresos superiores al máximo legal en aquellos casos, tales ingresos superiores no se tendrán en cuenta a efectos de considerar singularmente al deudor fuera del umbral de exclusión, *siempre que sus ingresos personales no excedan de 1597,53 euros mensuales. Como esta situación resulta discriminatoria para la familia en situación de normalidad matrimonial y particularmente para sus hijos, se impone una interpretación correctora en sentido estricto, en el sentido de que los ingresos de cualquiera de los cónyuges en situación de normalidad matrimonial no impiden que el deudor hipotecario esté situado en el umbral de exclusión (como no lo impiden los ingresos del cónyuge separado legalmente o del cónyuge divorciado, o de la pareja de hecho no inscrita) siempre que los ingresos del deudor hipotecario no excedan de 1597,53 euros mensuales.*

El límite de ingresos previsto en el artículo 3.1.a) será de cuatro veces el IPREM en el caso de que *alguno de los miembros de la unidad familiar* tenga declarada discapacidad [física] superior al 33 por 100, situación de dependencia o enfermedad que (dada cualesquiera de las tres situaciones anteriores) *le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral* o bien de cinco veces el IPREM, en el caso de que un *deudor hipotecario* sea persona con parálisis cerebral o bien con enfermedad mental o con discapacidad intelectual [discapacidad originada no por enfermedad mental, sino por un retraso intelectual] con un grado de discapacidad [en los dos casos] reconocido igual o superior al 33 por 100; o persona con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por 100. *Dicho límite de cinco veces el IPREM, se aplicará igualmente en los casos de enfermedad grave que incapacite acreditadamente a la persona o a su cuidador [la enfermedad, pues, es grave, incluso requiere para su atención de un cuidador] para realizar una actividad laboral en el momento en cuestión en que se plantea el problema económico (no necesariamente de forma permanente, pues la ley no lo exige). Piénsese por ejemplo, en un enfermo de cáncer al que se opera de un tumor cerebral y como consecuencia de la operación, pierde temporalmente la movilidad, necesitando de uno o varios cuidadores.*

b) Resulta preciso para estar incluido en el umbral de exclusión que en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud la unidad familiar haya sufrido una *alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo a la vivienda*, o hayan sobrevenido en dicho periodo de 4 años *circunstancias familiares de especial vulnerabilidad. Esta exigencia no se incorporaba en la antigua redacción del Real Decreto-ley*. La propia Ley entiende que concurre el primer supuesto «cuando el esfuerzo que represente la carga hipotecaria sobre la renta familiar *se haya multiplicado por al menos 1,5*; salvo que la entidad acredite que la carga hipotecaria en el momento de la concesión del préstamo era *igual o superior* a la carga hipotecaria en el momento de la solicitud de la aplicación del Código de Buenas Prácticas. Al exigir este requisito la norma busca ser aplicada al deudor que ha experimentado *una multiplicación en la carga hipotecaria por efecto de las circunstancias económicas*. Ahora bien, habrá que tener en cuenta para determinar el aumento de esfuerzo sobre la renta familiar, no sólo la pérdida de un empleo cualificado, por ejemplo, sino también el propio clausulado del contrato. Esto es, si dicho esfuerzo se ha aumentado por existencia de cuotas de amortización creciente, tipos de interés variable sin cláusula techo (en el fondo exigida por la definición de intereses usurarios de la Ley Azcárate: interés notablemente superior al normal del dinero) o con cláusula suelo nula (a este respecto habría que tener en cuenta la reciente STS, número 241/2013, de 9 de

mayo de 2013, Ponente Excmo. señor don Rafael GIMENO-BAYÓN COBOS y el Auto de aclaración de fecha 3 de junio de 2013, Ponente Excmo. señor don Rafael GIMENO-BAYÓN COBOS), etc. *De manera que no podrá considerarse que la carga hipotecaria actual era igual a la existente en el momento de concesión del préstamo, aunque la variación en las cuotas hipotecarias (y por lo tanto, en el esfuerzo hipotecario) se deba exclusivamente al clausulado del propio contrato.*

Dicha alteración significativa no es preciso que se haya manifestado *durante* el periodo de los cuatro años anteriores a la solicitud, sino *en dicho periodo*, que probablemente coincidirá, más o menos, con el estallido de la burbuja inmobiliaria. *Ahora bien, entiendo que debería estar vigente en el momento de iniciarse la tramitación de solicitud de aplicación del Código de Buenas Prácticas.*

En cuanto a la circunstancia familiar de especial vulnerabilidad, sobrevenida en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, se considera que concurre si *la unidad familiar definida en el artículo 3.1.a)*, se encontró en alguno de los siguientes casos:

- a) La unidad familiar es una *familia numerosa* de acuerdo con la legislación vigente (Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección de las Familias Numerosas).
- b) La unidad familiar es monoparental con dos hijos a cargo. *Strictu sensu*, dada la definición legal de unidad familiar, haría referencia al supuesto exclusivo de que ha fallecido el cónyuge del deudor o su pareja de hecho inscrita en dicho periodo de 4 años inmediatamente anterior a la solicitud.
- c) De la unidad familiar forma parte un menor de tres años.
- d) Unidad familiar en la que alguno de sus miembros tenga *declarada* discapacidad superior al 33 por 100, situación de dependencia o enfermedad que [en cualquier caso] le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral.

Con este requisito descrito bajo la letra *b)* del artículo 3.1 (desglosado en dos supuestos) y el anterior, previsto en el artículo 3.1.a), el legislador aproxima el supuesto de hecho de aplicación del Real Decreto-ley 6/2012, y el requerido para la suspensión de los lanzamientos, aunque no del todo. En efecto, *los supuestos de especial vulnerabilidad a efectos de suspensión de los lanzamientos, definidos en el artículo 1.2 de la Ley 1/2013, son más numerosos*, y por otro lado, para la aplicación de la suspensión de los lanzamientos se exige *cumulativamente la existencia de una situación de especial vulnerabilidad y la alteración significativa de las circunstancias económicas, en términos de esfuerzo a la vivienda, en (no durante) los cuatro años anteriores al momento de la solicitud (pero debiendo concurrir en el momento de la solicitud)*⁶.

⁶ En efecto, el artículo 1 de la Ley 1/2013, que deroga tácitamente lo dispuesto en el Real Decreto-ley 27/2012, señala:

«1. Hasta transcurridos dos años desde la entrada en vigor de esta Ley, no procederá el lanzamiento cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor, o a persona que actúe por su cuenta, la vivienda habitual de personas que se encuentren en *los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en este artículo.*

2. Los supuestos de especial vulnerabilidad a los que se refiere el apartado anterior son:

a) Familia numerosa, de conformidad con la legislación vigente.

A efectos de lo previsto en el artículo 3.1.a).2.º y 3.1.b), «se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por 100 los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad» (art. 3.1.c).2.º del Real Decreto-ley 6/2012).

c) El tercer requisito que debe concurrir para que el deudor hipotecario se encuentre situado en el umbral de exclusión consiste en que «la cuota hipotecaria resulte superior al 50 por 100 de los ingresos netos que perciba el conjunto de los

- b) Unidad familiar monoparental con dos hijos a cargo.
- c) Unidad familiar de la que forme parte un menor de tres años.
- d) Unidad familiar en la que alguno de sus miembros tenga declarada discapacidad superior al 33 por 100, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral.
- e) Unidad familiar en la que el deudor hipotecario se encuentre en situación de desempleo y haya agotado las prestaciones por desempleo.
- f) Unidad familiar con la que convivan, en la misma vivienda, una o más personas que estén unidas con el titular de la hipoteca o su cónyuge por vínculo de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, y que se encuentre en situación personal de discapacidad, dependencia o enfermedad grave que les incapacite acreditadamente de forma temporal o permanente para realizar una actividad laboral.
- g) Unidad familiar en que exista una víctima de violencia de género, conforme a lo establecido en la legislación vigente, en el caso de que la vivienda objeto de lanzamiento constituya su domicilio habitual.

3. Para que sea de aplicación lo previsto en el apartado 1 deberán concurrir, además de los supuestos de especial vulnerabilidad previstos en el apartado anterior, las circunstancias económicas siguientes:

- a) Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el IPREM. Dicho límite será de cuatro veces el IPREM en los supuestos previstos en las letras d) y f) del apartado anterior, y de cinco veces dicho indicador en el caso de que el ejecutado sea persona con parálisis cerebral, con enfermedad mental o con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por 100, o persona con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por 100, así como en los casos de enfermedad grave que incapacite acreditadamente, a la persona o a su cuidador, para realizar una actividad laboral.
- b) Que, en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda.
- c) Que la cuota hipotecaria resulte superior al 50 por 100 de los ingresos netos que perciba el conjunto de miembros de la unidad familiar.
- d) Que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y concedido para la adquisición de la misma.

4. A los efectos de lo previsto en este artículo se entenderá:

- a) Que se ha producido una alteración significativa de las circunstancias económicas cuando el esfuerzo que represente la carga hipotecaria sobre la renta familiar se haya multiplicado por al menos 1,5.
- b) Por unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos, con independencia de su edad, que residan en la vivienda, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar».

miembros de la unidad familiar. Dicho porcentaje será del 40 por 100 cuando alguno de dichos miembros sea una persona en la concurren las circunstancias previstas en el segundo párrafo del [art. 3.1.a)]». Este requisito supone una mejora respecto de la redacción anterior del Real Decreto-ley, en la medida en que la cuota hipotecaria antes debía ser superior al 60 por 100 de los ingresos netos de la unidad familiar.

Estos requisitos descritos son indispensables para que pueda aplicarse al deudor hipotecario la medida de reestructuración viable de la deuda hipotecaria prevista en el apartado 1 del Anexo, regulador del Código de Buenas Prácticas. Para la aplicación de las medidas complementarias (quita) y sustitutivas de la ejecución hipotecaria (dación en pago liberatoria), a que se refieren los apartados 2 y 3 del Anexo, será además preciso que se cumplan los siguientes requisitos adicionales (art. 3.2 del RDL, según la nueva redacción dada por la Ley 1/2013):

- a) Que el conjunto de los miembros de la unidad familiar carezca de cualesquiera otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda. *Parece que la norma quiere significar que es preciso, para la aplicación de las medidas complementarias y de la dación en pago, carecer de cualquier otro bien o derecho (distinto del límite de ingresos indicado antes, de la vivienda familiar y de los bienes legalmente inembargables) que permitiese o fuese suficiente para una amortización parcial del crédito. El deudor incluido en el umbral de exclusión amplio (art. 3.1) podría tener bienes suficientes para una amortización parcial, pero no total (pues si tiene bienes suficientes para una amortización total, aparte de la vivienda familiar y del límite de ingresos fijado, es un deudor solvente que no requiere de la aplicación del Código de Buenas Prácticas). El deudor situado en el umbral de exclusión estricto (art. 3.2) debería carecer, pues, de otros bienes aptos para una amortización parcial. Si bien, habría que tener en cuenta el artículo 606.1.º in fine de la LEC donde se señala que también serán inembargables «otros [bienes] que, a juicio del tribunal, resulten imprescindibles para que el ejecutado y las personas de él dependientes puedan atender con razonable dignidad a su subsistencia».*
- b) Que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor o deudores y concedido para la adquisición de la misma. Como este requisito y el anterior sólo son precisos para la obtención de una quita o dación en pago, ello significa que puede lograrse una reestructuración viable de la deuda hipotecaria aunque el deudor o alguno de los miembros de la unidad familiar disponga de alguna propiedad inmueble distinta de la vivienda familiar hipotecada (que no sea apta para una satisfacción total de la deuda); aunque la vivienda familiar haya sido hipotecada no para la adquisición de la misma, sino para otros fines (por ejemplo, conseguir financiación para una actividad por cuenta propia); aunque se disponga de otros bienes embargables aptos para una amortización parcial, como acciones, letras del tesoro, joyas, o por ejemplo, un plan de pensiones; un plan de previsión asegurado; un plan de previsión social empresarial, etc. En este sentido, hay que tener en cuenta que la Disposición Final Primera de la Ley 1/2013 (a través de la incorporación de una Disposición Adicional 7.ª en el TR de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por RDL 1/2002, de 29 de noviembre), permite la disponibilidad de los planes de pensiones (hacer efectivos los derechos consolidados), en caso de ejecu-

ción sobre la vivienda habitual del partícipe. Pero no obliga a ello *en ningún caso*⁷. Por lo que, a mayor abundamiento, tratándose de solicitar una reestructuración viable de la deuda hipotecaria, de acuerdo con el nuevo artículo 3.2, *a sensu contrario*, es claro que puede conservarse intacto el plan o fondo de pensiones, plan *que podría también conservarse en caso de quita o dación en pago, en cuanto la nueva Disposición Adicional 7.ª del TR de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, faculta excepcionalmente, pero no obliga, a hacer efectivos los derechos consolidados. La reestructuración viable se configura así como una posibilidad generalizada de novación objetiva de la obligación, siempre que la entidad financiera haya suscrito el Código de Buenas Prácticas, para familias con ingresos no superiores a tres veces el IPREM, cuya cuota hipotecaria sea superior al 50 por 100 de sus ingresos, y que en los cuatro años anteriores a la solicitud hayan visto multiplicado su esfuerzo hipotecario por 1,5. Esta configuración amplía notablemente el ámbito de aplicación*

⁷ Señala la Disposición Final 1.ª de la Ley 1/2013:

«Se añade una Disposición Adicional séptima en los términos siguientes:

Disposición Adicional séptima. *Disponibilidad de los planes de pensiones en caso de procedimiento de ejecución sobre la vivienda habitual.*

Durante el plazo de dos años desde la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, excepcionalmente, los partícipes de los planes de pensiones *podrán hacer efectivos sus derechos consolidados en el supuesto de procedimiento de ejecución sobre la vivienda habitual del partícipe*. Reglamentariamente podrán regularse las condiciones y términos en que podrán hacerse efectivos los derechos consolidados en dicho supuesto, debiendo concurrir al menos los siguientes requisitos:

- a) Que el partícipe se halle incurso en un procedimiento de ejecución forzosa judicial, administrativa o venta extrajudicial para el cumplimiento de obligaciones en el que se haya acordado proceder a la enajenación de su vivienda habitual.
- b) Que el partícipe no disponga de otros bienes, derechos o rentas en cuantía suficiente para satisfacer la totalidad de la deuda objeto de la ejecución y evitar la enajenación de la vivienda.
- c) Que el importe neto de sus derechos consolidados en el plan o planes de pensiones sea suficiente para evitar la enajenación de la vivienda.

El reembolso de derechos consolidados se hará efectivo *a solicitud del partícipe*, en un pago único en la cuantía necesaria para evitar la enajenación de la vivienda, sujetándose al régimen fiscal establecido para las prestaciones de los planes de pensiones. El reembolso deberá efectuarse dentro del plazo máximo de siete días hábiles desde que el partícipe presente la documentación acreditativa correspondiente.

El Gobierno, a propuesta del Ministerio de Economía y Competitividad, podrá ampliar el plazo previsto en esta Disposición para solicitar el cobro de los planes de pensiones en caso de procedimiento de ejecución sobre la vivienda habitual o establecer nuevos periodos a tal efecto, teniendo en cuenta las necesidades de renta disponible ante la situación de endeudamiento derivada de las circunstancias de la economía.

Lo dispuesto en esta Disposición será igualmente aplicable a los asegurados de los planes de previsión, planes de previsión social empresarial y mutualidades de previsión social a que se refiere el artículo 51 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, y en general a los seguros colectivos que instrumentan compromisos por pensiones en los que se haya transmitido a los asegurados la titularidad de los derechos derivados de las primas pagadas por la empresa así como respecto a los derechos correspondientes a primas pagadas por aquellos».

del Código de Buenas Prácticas, y por ende, del Real Decreto-ley 6/2012, aunque entiendo que puede generar discriminaciones hacia otras familias con ingresos superiores, pero mayor número de hijos, por ejemplo. Lo que hace que siempre determinado sector de la población (normalmente, las clases medias), sean quienes soporten todo el peso de la carga social, pues no tienen un potencial económico abultado, y sin embargo, tampoco pueden acceder a las medidas sociales propugnadas por el Estado. Por ello considero que sería mucho más adecuado, conceder una reestructuración viable de la deuda hipotecaria generalizada a todo deudor hipotecario consumidor, o pequeño y mediano empresario, en la medida en que la crisis económica y financiera está afectando a toda la población (a salvo las grandes fortunas).

- c) Que se trate de un crédito o préstamo que carezca de otras garantías reales o personales, o en el caso de existir estas últimas, que carezca de otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda. La redacción de este apartado resulta algo confusa. Parece que la referencia a carecer de otros bienes o derechos patrimoniales suficientes no puede hacer referencia al deudor, o su familia, pues ello ya se contempla en el artículo 3.2.a). Por lo tanto, debe referirse a los garantes reales o personales. Parece, pues, que si se diera este caso, o sea, existe un fiador solvente (con bienes suficientes para amortizar totalmente la deuda) la Ley optaría por excluir al deudor del umbral de exclusión estricto, para la solicitud de quita o dación en pago, de manera que sólo le cabría una reestructuración viable de la deuda hipotecaria o bien, caso de ser esta inviable de forma inicial o sobrevenida, la ejecución, que también podría dirigirse frente al fiador o el hipotecante no deudor. Si el fiador o hipotecante no deudor carece de otros bienes [distintos de su vivienda familiar (arg. ex art. 3.2.c) in fine en relación con el art. 3.2.b, y del límite de ingresos], suficientes para hacer frente a la deuda totalmente [es decir, él puede estar incluido en el umbral de exclusión amplio, si tiene bienes aptos para una amortización parcial], el deudor estaría incluido en el umbral de exclusión estricto para la solicitud de quita o dación en pago, lo que a la postre beneficia a ese fiador o hipotecante no deudor, pues la quita al deudor principal disminuiría su responsabilidad y la dación en pago concedida al deudor principal le liberaría de responsabilidad. Esta interpretación no es muy favorable al deudor principal en el primer supuesto examinado, pues le impide acceder a una quita y sobre todo, a la dación en pago, obligándole a soportar la ejecución hipotecaria y la ejecución ordinaria sobre otros bienes futuros, aunque cumpla todos los demás requisitos para la inclusión en el umbral de exclusión estricto definido en el artículo 3.2 del Real Decreto-ley, simplemente por el hecho de contar con un fiador o hipotecante no deudor solvente, pues dispone de bienes distintos de la vivienda familiar, incluso suficientes para hacer frente a la deuda, pero beneficia al fiador, o hipotecante no deudor, que prestó realmente una sobregarantía. En todo caso, pienso que cabría ejercitar la acción de nulidad de las cláusulas predispuestas (condiciones generales de la contratación) que obligan al consumidor a presentar fiadores o terceros hipotecantes, y obtenida la nulidad, ejercitar los derechos reconocidos en el Real Decreto-ley 6/2012, siendo considerado el deudor hipotecario en el umbral de exclusión (amplio, art. 3.1 y estricto, art. 3.2). A mi juicio, y salvo mejor opinión fundada en Derecho, habiendo asumido las entidades financieras riesgos innecesarios (concretamente el de minusvaloración de la garantía

real como consecuencia de una caída generalizada de los precios, dada la sobrevaloración que hacían de la vivienda, base del crédito concedido), y *habiendo querido salvarlos a través de este tipo de garantías personales (art. 1911 del CC y presentación de fiadores)*, o reales adicionales en términos generales, cualquier cláusula de este tipo es nula (art. 8.2 LCGC en relación con el art. 88 del Texto Refundido LGDCU y arts. 9 y 10 LCGC)⁸. Articulada la existencia de dicha cláusula abusiva, como motivo de oposición en la ejecución hipotecaria, en cuanto fundamenta la ejecución o determina la cantidad exigible, *por impedir la aplicación del Código de Buenas Prácticas (art. 695.4.ª LEC, al impedir la aplicación de la dación en pago o una quita, respectivamente)*, la constatación de su nulidad por el juzgador abriría la posibilidad al deudor de lograr una reestructuración viable gracias a una quita complementaria; *reducir la cantidad reclamada en ejecución gracias a una quita aislada o finalizar la ejecución mediante la dación en pago*.

- d) En el caso de que existan codeudores que no formen parte de la unidad familiar deberían estar incluidos en las circunstancias a), b) y c) anteriores para que el deudor hipotecario (*que pidió el préstamo para la adquisición de su vivienda y que desea la aplicación del Código de Buenas Prácticas*) pueda considerarse situado en el umbral de exclusión social estricto, y *disfrutar de una quita o solicitar la dación en pago liberatoria*. En otras palabras, será preciso que si existe algún codeudor ajeno a la unidad familiar de dicho deudor, dicho codeudor lo sea del mismo préstamo, *estando dicho préstamo garantizado con hipoteca que recae sobre su única vivienda en propiedad; que el conjunto de miembros de su unidad familiar carezca de cualesquiera otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a una amortización parcial de la deuda; y que no existan garantes reales o personales, o que de existir, carezcan de bienes suficientes en los términos expresados antes para una amortización total*. Es decir, el codeudor debe estar incluido en el umbral de exclusión estricto para que el deudor que solicita la aplicación del Código de Buenas Prácticas pueda obtener una quita o dación en pago.

No obstante lo expuesto, la cierta oscuridad y complicación de la redacción dada por el legislador al precepto probablemente dificultará bastante su aplicación. En todo caso, queda claro que existe un umbral de exclusión amplio (el del art. 3.1) y uno estricto (el del art. 3.2, con más requisitos de obligado cumplimiento). Que en tales umbrales de exclusión puede encontrarse el deudor hipotecario, el fiador y el hipotecante no deudor, *siendo preciso, en todo caso, que la hipoteca o el embargo trabado o que vaya a trabarse, afecte a su vivienda habitual*.

⁸ A mi juicio, tales garantías personales añadidas a la hipotecaria sobre la vivienda del deudor principal pueden considerarse abusivas por desproporcionadas (art. 88 del RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la LGDCU y otras leyes complementarias), y dado que la presunción de que no existe desproporción en los contratos de financiación de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica es *iuris tantum*, podría destruirse a base del argumento antes indicado.

IV. LA ACREDITACIÓN DEL UMBRAL DE EXCLUSIÓN AMPLIO Y ESTRICTO Y LA DECLARACIÓN RESPONSABLE DEL DEUDOR

Aunque el artículo 3.3 del Real Decreto-ley 6/2012, en su nueva redacción, señala la manera de acreditar las circunstancias a que se refiere el artículo 3.1 (umbral de exclusión amplio), entiendo que igualmente es necesario acreditar ante la entidad bancaria la concurrencia de los requisitos necesarios para la aplicación del umbral de exclusión estricto (art. 3.2), si se pretende obtener una quita o una dación en pago. En todo caso, el artículo 3.3.d) exige que el deudor preste una declaración responsable (también los codeudores, si existen, y lógicamente los garantes) relativa al cumplimiento de los requisitos exigidos para considerarse situado en el umbral de exclusión (amplio o estricto), según el modelo aprobado por la Comisión constituida para el seguimiento del cumplimiento del Código de Buenas Prácticas. De acuerdo con la Disposición Transitoria sexta, dicha Comisión de Control del Código de Buenas Prácticas habrá de constituirse y celebrar su primera reunión, con la composición prevista en el apartado 6 del artículo 8 del Real Decreto-ley reformado, en el plazo máximo de un mes a partir de la entrada en vigor de la Ley 1/2013. Por lo tanto ha debido constituirse como máximo el 15 de junio de 2013.

Realmente ya el Real Decreto-ley en su redacción originaria preveía que para que un deudor hipotecario pudiera ser considerado en el umbral de exclusión debería efectuar (junto a los codeudores y a los garantes reales o personales) *una declaración responsable relativa al cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 3 del Real Decreto-ley*, según el modelo aprobado por la Comisión constituida para el seguimiento del cumplimiento del Código de Buenas Prácticas [art. 3.2.g) y 6.4, originarios, que hoy se corresponden con el art. 3.3.d) y 6.4]. La cuestión radica en saber si se aprobarán nuevos modelos normalizados de declaración responsable por la nueva Comisión, compuesta por un número mayor de miembros, o se seguirán utilizando los que se hubiesen aprobado hasta el momento. En todo caso, mientras la nueva Comisión no establezca otra cosa, procederá el uso de los antiguos modelos.

Esta exigencia se complementa con la previsión del artículo 7.1 (sin modificar): «El deudor de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que se hubiese beneficiado tanto de las medidas de reestructuración establecidas en este capítulo [art. 4: moderación de los intereses moratorios] como de las previsiones del Código de Buenas Prácticas sin reunir los requisitos previstos en el artículo 3, *será responsable de los daños y perjuicios que se hayan podido producir, así como de todos los gastos generados por la aplicación de estas medidas de flexibilización, sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden a que la conducta del deudor pudiera dar lugar*». El importe de los daños, perjuicios y gastos no puede resultar inferior al beneficio indebidamente obtenido por el deudor por la aplicación de la norma (art. 7.2). El artículo 7.3 dispone además que «también incurrirá en responsabilidad el deudor que, voluntaria y deliberadamente, *busque situarse o mantenerse en el umbral de exclusión* con la finalidad de obtener la aplicación de estas medidas [lo que sería un fraude de ley], correspondiendo la acreditación de esta circunstancia a la entidad con la que tuviere concertado el préstamo o crédito». De acuerdo con el artículo 6.4 del Código Civil, en relación con el artículo 7.1 y 2 del Real Decreto-ley, la medida de la responsabilidad del deudor vendrá determinada por el artículo 7.2 del Real Decreto-ley.

V. LA MEDIDA DE MODERACIÓN DE LOS INTERESES MORATORIOS

De acuerdo con la redacción originaria del artículo 4 del Real Decreto-ley 6/2012, la norma que comentamos preveía dos tipos de medidas de reestructuración de la deuda hipotecaria inmobiliaria: la *moderación de los intereses moratorios* (art. 4) y la *aplicación del Código de Buenas Prácticas*. En cuanto a la primera medida, cabía señalar que de acuerdo con el artículo 1108 del Código Civil, «si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios [art. 1101 CC], no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos [como intereses de demora], y a falta de convenio, en el interés legal». Estos intereses moratorios sólo se deben a instancia de parte (STS de 5 de abril de 1994). El artículo 4 del Real Decreto-ley disponía a propósito de los intereses moratorios que «en todos los contratos de crédito o préstamo garantizados con hipoteca inmobiliaria *en los que el deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión*, el interés moratorio aplicable desde el momento en que el deudor acreditase ante la entidad que se encontraba en dicha circunstancia, será como máximo, [hubiese pacto al respecto, o se aplicase, en su defecto, el interés legal fijado cada año en la Ley de Presupuestos del Estado, que ha sido de un 4 por 100 en 2010 y en 2011] el resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados en el préstamo un 2,5 por 100 sobre el capital pendiente del préstamo». Evidentemente, si la aplicación del interés moratorio pactado o la aplicación del interés legal determinaban una cuantía global por intereses de demora inferior a la resultante de aplicar la norma del artículo 4, no era de aplicación este precepto, que fijaba un máximo y no un mínimo al interés de demora. En todo caso, como la entidad bancaria o la financiera se encontraba obligada a moderar el interés moratorio, con el máximo indicado, cabía que las partes pudieran pactar (art. 1255 en relación con art. 4 RDL), un nuevo interés de demora inferior al límite legalmente establecido, otorgándose al deudor la iniciativa en la negociación, por la vía de acreditar los requisitos del artículo 3. En todo caso, el pacto no era absolutamente libre en su determinación, sino que tratándose de una resolución de un caso en aplicación exclusiva de la equidad (*moderación*), entendíamos que debían tenerse en cuenta las circunstancias concretas del deudor solicitante. Para la aplicación de esta medida, en nuestra opinión, *no era preciso que la entidad hubiese suscrito el Código de Buenas Prácticas recogido en el Anexo del Real Decreto-ley, pues el artículo 4 no se refería a tal exigencia. Tampoco parecía que fuese preciso que el deudor cumpliera los requisitos del artículo 5.2 Real Decreto-ley (relativos a unos precios máximos de la vivienda familiar adquirida en función del número de habitantes de la población)*. En todo caso, no era de aplicación dicha moderación del interés moratorio a deudores o contratos distintos de los regulados en el presente Real Decreto-ley. Por lo tanto, quedaban excluidos deudores que no cumplieran los requisitos del artículo 3, a pesar de que pudieran encontrarse en una situación económica difícil, los contratos que se celebrasen a partir del 12 de marzo de 2012, así como los contratos consumados por cumplimiento voluntario o ejecución forzosa a la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley, pues ya no se encontraban vigentes. *La medida era aplicable, en todo caso, cualquiera que fuese el momento o trámite de la ejecución*.

Cabía preguntarse si el artículo 4 del Real Decreto-ley fijaba un *dies a quo* a partir del cual aplicar la medida de moderación, o quería significar simplemente que para aplicar la medida era precisa la iniciativa del deudor hipotecario. A nuestro juicio, el artículo 4 se refería a esto último, aplicándose la medida de

moderación *retroactivamente, desde la fecha en que comenzó a devengarse el interés de demora con arreglo al artículo 1100 del Código Civil*, pues ello se deducía del artículo 2 del Real Decreto-ley al señalar que «las medidas previstas en este Real Decreto-ley se aplicarán a [la vida de] los contratos ... que estén vigentes a la fecha de su entrada en vigor», habiéndose establecido una retroactividad, no de grado mínimo [como se desprendería de entender que el artículo 4 fijaba un *dies a quo*, que en todo caso, debía admitir la retroactividad para los intereses moratorios devengados a partir del 11 de marzo de 2012 (fecha de entrada en vigor de la norma)], sino, por lo menos, *de grado medio (intereses moratorios devengados antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley y cuyo pago se exige después)*, pues ello se desprendería de los principios que presiden las Disposiciones Transitorias del Código Civil, aptas para resolver los problemas de Derecho Transitorio a falta de disposiciones expresas del legislador (art. 4.3 y 1.4 CC) cuando es claro el espíritu retroactivo de la norma (art. 2.3 CC), las cuales admiten *retroacciones en lo favorable, y de grado mínimo y, en algún caso, de medio. La solución legal era, desde luego, más favorable al deudor que la que aplicaba la jurisprudencia, la cual, en general, recurría al criterio del artículo 20 de la Ley de Crédito al Consumo, aplicando un tope máximo a los intereses moratorios reclamados en ejecuciones hipotecarias, de 2,5 veces el interés legal*.

Esta medida tenía un ámbito de aplicación mayor que el Código de Buenas Prácticas, si bien no resolvía el problema de los *intereses abusivos ya pagados antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley ni de los intereses abusivos pactados en los créditos hipotecarios que quedaban al margen del Real Decreto-ley*.

Ahora bien, a raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera), de 14 de junio de 2012⁹, en mi opinión dicha sentencia habría venido a incidir en el artículo 4 del Real Decreto-ley 6/2012, ya que el deudor situado en el umbral de exclusión, cualquiera que fuese el trámite de ejecución en que se encontrara, tendría derecho a que el juez apreciase de oficio la nulidad de la cláusula que establecía el interés moratorio abusivo. De manera que el deudor no tendría por qué acudir a la entidad solicitando que revisara el interés moratorio de acuerdo con lo previsto en el artículo 4 del Real Decreto-ley 6/2012, y acreditando su situación de umbral de exclusión social (art. 3), sino que más eficazmente el Derecho comunitario y la constante y reiterada jurisprudencia del TS exigiría que la declaración de nulidad pudiera y debiera efectuarse incluso de oficio, cuando el juez conoce los hechos que la provocan, tanto en el procedimiento especial de ejecución hipotecaria como en el ordinario posterior (art. 579 LEC), eliminando la cláusula de interés moratorio abusivo (sin proceder a la integración del contrato).

Pero tras la Ley 1/2013, el legislador ha regulado un tope máximo para los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, estableciendo en su artículo 3.2 (que incorpora un tercer párrafo al art. 114 de la LH), que tales intereses «no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago [de manera que los intereses remuneratorios impagados no devengarán intereses de demora].

⁹ Para una explicación del contenido y alcance de la misma, vid., JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «Las sentencias del TJUE, de 14 de junio de 2012 y de 14 de marzo de 2013, y la inminente reforma del procedimiento de ejecución hipotecaria español», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 738, julio-agosto de 2013.

Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados *en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la LEC*». Este supuesto se refiere al supuesto de adjudicación de vivienda habitual hipotecada en procedimiento de ejecución hipotecaria. Si el remate aprobado fuera insuficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante, la ejecución por la cantidad que reste, se ajustará a unas especialidades, consistente en que, el deudor quedará liberado si su responsabilidad queda cubierta en el plazo de cinco años desde la fecha del decreto de aprobación de remate o adjudicación, por el 65 por 100 de la cantidad pendiente (que puede ser exclusivamente intereses de demora y costas, según la nueva regla de imputación de pagos del artículo 654.3, introducida por la Ley 1/2013), *incrementada exclusivamente en el interés legal del dinero hasta el momento de pago*; o por el 80 por 100, en los mismos términos, dentro de los diez años.

Según la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013, la limitación de los intereses de demora prevista en el nuevo artículo 114.3 de la LH será de aplicación a las hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley, *pero también retroactivamente (con retroactividad de grado medio) a los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos. En los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de esta ley (15 de mayo de 2013), y en los que se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución o la venta extrajudicial, el secretario judicial o el notario dará al ejecutante un plazo de diez días para que recalculé aquella cantidad conforme a lo señalado antes. En las nuevas ejecuciones, el acreedor hipotecario no podrá reclamar más intereses de demora que los señalados en el artículo 114.3 LH.*

De acuerdo con el nuevo marco legal, menos beneficioso que el resultante de la aplicación de la doctrina del TJUE, como ya explicamos en un trabajo anterior¹⁰ (y que dificulta, aunque no imposibilita totalmente otras interpretaciones), el artículo 4 del Real Decreto-ley 6/2012, volvería a tener predicamento, si bien bajo una nueva redacción en la que se señala:

«1. En todos los contratos de crédito o préstamo garantizados con hipoteca inmobiliaria en los que el deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión, el interés moratorio aplicable desde el momento en que el deudor solicite a la entidad la aplicación de *cualquiera de las medidas del Código de Buenas Prácticas y acredite ante la entidad que se encuentra en dicha circunstancia, será como máximo, el resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados en el préstamo un 2 por 100 sobre el capital pendiente del préstamo.*

Esta moderación de intereses no será aplicable a deudores o contratos distintos de los regulados en el presente Real Decreto-ley».

La nueva regulación supone que, disminuidos legalmente los intereses moratorios, incluso los devengados, pero no pagados, antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, a la cifra de 3 veces el interés legal del dinero, esta cifra puede reducirse a un 2 por 100 o bien al resultante de sumar al interés remuneratorio pactado un 2 por 100 [lo que en la duda debe resolverse por la primera solución aplicando el principio del *favor debitoris*, *principio general del Derecho*]. Dicho

¹⁰ *Op. cit. loc. cit.*

porcentaje se aplicaría bien sobre el capital impagado (las cuotas mensuales devengadas y no abonadas) o sobre el capital que debe devolverse a consecuencia del vencimiento anticipado del préstamo [lo que, igualmente, en la duda debe resolverse por la primera solución aplicando el principio del *favor debitoris*]. Esta medida de moderación de los intereses moratorios resulta aplicable sólo a los deudores y contratos incluidos en el ámbito de aplicación de la norma, por lo tanto, a los contratos *vigentes a fecha de 11 de marzo de 2012*, y aún no consumados por cumplimiento voluntario o forzoso, y a deudores situados en el umbral de exclusión social, ya sea amplio (art. 3.1) o estricto (art. 3.2), desde el momento en que el deudor solicite a la entidad la aplicación de cualquiera de las medidas del Código de Buenas Prácticas y acredite ante la entidad que se encuentra en dicha circunstancia, solicitud y acreditación que tiene los efectos que indicábamos para la redacción anterior del artículo 4 del Real Decreto-ley, pero que presenta como novedad importante, *la necesidad de que la entidad crediticia esté sometida al Código de Buenas Prácticas, puesto que la moderación del interés se aplicará a raíz de solicitar a la entidad la aplicación de cualquiera de las medidas del Código. Ello limita el ámbito de aplicación del artículo 4 pues en la redacción anterior no se incluía esta exigencia. Por ello, las solicitudes de moderación de intereses moratorios formuladas antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se regirán por el derecho antiguo, más favorable al deudor, si la entidad no estaba sometida al Código de Buenas Prácticas. En todo caso, teniendo presente el espíritu de la Disposición Transitoria 2.ª de la Ley 1/2013, la moderación del interés moratorio a un 2 por 100 debería aplicarse también a solicitudes formuladas y atendidas por las entidades financieras antes del 15 de mayo de 2013, siempre que los intereses moratorios devengados antes de esa fecha no hubieran sido aún abonados.*

En conclusión, la moderación del interés moratorio, configurado en la antigua redacción del Real Decreto-ley 6/2012 como una medida de reestructuración de la deuda hipotecaria, aparte de la aplicación del Código de Buenas Prácticas, se configura ahora como una medida complementaria de la aplicación de dicho Código. Si bien es posible que la reestructuración de la deuda hipotecaria no resulte viable, el deudor no pueda solicitar la quita o la dación en pago por no reunir los requisitos del artículo 3.2, y tener derecho a la moderación del interés moratorio por encontrarse situado en el umbral de exclusión del artículo, 3.1, tanto en la ejecución hipotecaria como en la ejecución ordinaria posterior, ya que en este último caso, lo dispuesto en el nuevo artículo 579.2 de la LEC, ha de entenderse matizado en el caso de aplicarse la medida del artículo 4 del Real Decreto-ley 6/2012, por lo que la referencia al interés legal del dinero deberá entenderse hecha a un interés de un 2 por 100, siempre que éste sea inferior a aquél.

IV. LA SUJECCIÓN AL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS. NOVEDADES EN EL ARTÍCULO 5 DEL REAL DECRETO-LEY 6/2012

La Ley 1/2013 da nueva redacción al artículo 5 del Real Decreto-ley 6/2012. Una de las principales novedades introducidas se refiere a la elevación de los precios de adquisición de las viviendas, a efectos de la consideración de tal precio para la aplicación del Código de Buenas Prácticas. De manera que la aplicación de éste se extenderá a las hipotecas constituidas en garantía de préstamos o créditos concedidos para la compraventa de viviendas cuyo precio de adquisición (o cuyo precio de tasación para la concesión del préstamo destinado a un fin diverso de

la compraventa de la vivienda familiar; según lo expuesto antes sobre el umbral de exclusión amplio y estricto) no hubiese excedido de los siguientes valores:

- a) Para municipios de más de 1.000.000 de habitantes: 250.000 euros para viviendas habitadas por una o dos personas, ampliándose dicho valor en 50.000 euros adicionales por cada persona a cargo, hasta un máximo de tres. Resulta extraña la referencia a que la vivienda esté habitada por una persona sola, teniendo presente la definición dada de unidad familiar y los supuestos definidos de especial vulnerabilidad. La referencia, sin embargo, podría permitir la aplicación del Código de Buenas Prácticas a personas solteras, cuya discriminación ya comentamos en anteriores trabajos, siempre que el esfuerzo que representase la carga hipotecaria sobre su renta se hubiese multiplicado en al menos 1,5, en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, o que en dichos cuatro años se le hubiese declarado una discapacidad superior al 33 por 100, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite de forma permanente, de forma acreditada, para realizar una actividad laboral [art. 3.1.b) en relación con art. 3.1.a).1.º]. En todo caso, la ampliación en hasta 150.000 euros del precio de adquisición de referencia, nos parece muy acertado, pues contempla el supuesto de las familias numerosas, que precisamente por serlo requieren de una vivienda más grande.
- b) Para municipios de entre 500.001 y 1.000.000 de habitantes o los integrados en áreas metropolitanas de municipios de más de 1.000.000 de habitantes: 225.000 euros para viviendas habitadas por una o dos personas, ampliándose dicho valor en 45.000 euros adicionales por cada persona a cargo, hasta un máximo de tres.
- c) Para municipios de entre 100.001 y 500.000 habitantes: 187.500 euros para viviendas habitadas por una o dos personas, ampliándose dicho valor en 37.500 euros adicionales por cada persona a cargo, hasta un máximo de tres.
- a) Para municipios de hasta 100.000 habitantes: 150.000 euros para viviendas habitadas por una o dos personas, ampliándose dicho valor en 30.000 euros adicionales por cada persona a cargo, hasta un máximo de tres.

A efectos de lo anterior, el precepto señala que «se tendrán en cuenta las últimas cifras de población resultantes de la revisión del Padrón Municipal. Asimismo se entenderán por personas a cargo, los descendientes y ascendientes y los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar que habiten en la misma vivienda y que dependan económicamente del deudor por percibir rentas inferiores al salario mínimo interprofesional». En este párrafo la norma hace mención de una serie de personas, no incluidas en la definición de unidad familiar, pero cuya residencia habitual en la vivienda familiar, puede favorecer la aplicación del Código de Buenas Prácticas. Se trataría de nietos (descendientes que no son hijos, pues estos integran la unidad familiar); ascendientes (padres del deudor o de su cónyuge); pupilos en general (por ejemplo, tía de uno de los cónyuges incapacitada judicialmente y cuyo tutor es el sobrino deudor); guarda de hecho (de menor, presunto incapaz o incapacitado, aunque no sea hijo ni descendiente, ni ascendiente) y los vinculados por una relación de acogimiento familiar, *siempre que aparte de estar empadronados en dicha vivienda familiar hipotecada y residiendo en ella, dependan económicamente del deudor por recibir rentas inferiores al salario mínimo interprofesional* (645,30 euros/mes para 2013).

A estos efectos, al exigirse la dependencia económica del deudor, no sería preciso cumplir el requisito señalado en el artículo 3.3.b).2.º relativo al empadronamiento con referencia, al menos, a los seis meses anteriores a la presentación de la solicitud de aplicación del Código de Buenas Prácticas.

No obstante, sólo podrán acogerse a las medidas previstas en el apartado 3 del Código (o sea, a la dación en pago), las hipotecas constituidas en garantía de préstamos o créditos *concedidos para la compraventa de viviendas cuyo precio de adquisición no hubiese excedido de los siguientes valores [que son los originales fijados en la primitiva redacción del art. 5.2 del Real Decreto]:*

- a) Para municipios de más de 1.000.000 habitantes: 200.000 euros.
- b) Para municipios de entre 500.001 y 1.000.000 de habitantes o los integrados en áreas metropolitanas de municipios de más de 1.000.000 de habitantes: 180.000 euros.
- c) Para municipios de entre 100.001 y 500.000 habitantes: 150.000 euros.
- d) Para municipios de hasta 100.000 habitantes: 120.000 euros.

Las entidades de crédito o cualquier otra entidad que, de manera profesional, realicen la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios y que lo deseen, deben manifestar su adhesión al nuevo Código (lo que parece que no cabe es que se adhieran al antiguo si no lo hicieron en su día, pues tal Código sólo se mantiene en aras del Derecho Transitorio), a la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera. En los primeros días de cada trimestre del año, el Secretario de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, mediante resolución, ordenará la publicación del listado de entidades adheridas en la sede electrónica de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera y en el *BOE*.

El artículo 5 incorpora ahora un apartado 9 en el que se señala que «las entidades adheridas al Código de Buenas Prácticas habrán de informar adecuadamente a sus clientes sobre la posibilidad de acogerse a lo dispuesto en el Código. Esta información habrá de facilitarse especialmente en su red comercial de oficinas. En particular, las entidades adheridas deberán comunicar por escrito la existencia de este Código [del suscrito en su día y que mantienen vigente; del suscrito tras la modificación operada por Ley 1/2013 o del Código de Conducta por ellas elaborado mejorando las previsiones legales y depositado en la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa], con una descripción concreta de su contenido, y la posibilidad de acogerse a él para aquellos clientes que hayan incumplido el pago de alguna cuota hipotecaria o manifiesten, de cualquier manera, dificultades en el pago de su deuda hipotecaria». Lo dispuesto en este apartado 9 del artículo 5, así como lo previsto en el apartado 4 del mismo artículo, relativo a la obligatoriedad de aplicación de las previsiones del Código de Buenas Prácticas y la formalización en escritura pública de la novación del primitivo contrato de préstamo hipotecario (desde la adhesión de la entidad de crédito y una vez acreditado por el deudor que se encuentra situado dentro del umbral de exclusión), de acuerdo con lo previsto en el nuevo artículo 15 (régimen sancionador), introducido por la Ley 1/2013, «tendrá la condición de normativa de *ordenación y disciplina*, conforme a lo previsto en la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, y el incumplimiento de las obligaciones que derivan de los mismos se considerará infracción grave, que se sancionará de acuerdo con lo establecido en dicha Ley [arts. 1 a 17]».

De acuerdo con lo establecido en el artículo 18 de la Ley 26/1988, «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 de esta Ley, corresponde al Banco de España

la competencia para la instrucción de los expedientes a que se refiere este Título y para la imposición de las sanciones correspondientes. Cuando el Banco de España imponga sanciones por infracciones muy graves dará cuenta razonada de su adopción al Ministro de Economía y Competitividad. El Banco de España remitirá con periodicidad trimestral al Ministerio de Economía y Competitividad la información esencial sobre los procedimientos en tramitación y las resoluciones adoptadas». La redacción de este precepto ha sido dada, con efectos de 1 de enero de 2013, por el apartado dos de la disposición final cuarta del Real Decreto-ley 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito. Se reitera la modificación por el apartado dos de la disposición final cuarta de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito. Esta disposición es preciso relacionarla con el artículo 18 de la Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, por la que se regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones que señala: «*Si la tramitación de los expedientes de reclamaciones o quejas revela datos que puedan constituir indicios de conductas sancionables, en particular, cuando se dedujese el quebrantamiento grave o reiterado de normas de transparencia o protección a la clientela, o se detecten indicios de conductas delictivas, o de infracciones tributarias, de consumo o competencia, o de otra naturaleza, el servicio de reclamaciones pondrá los hechos en conocimiento del departamento u organismo competente en la materia a los efectos oportunos*». Esta Orden ha entrado en vigor el 23 de mayo de 2013.

VII. EL SEGUIMIENTO DEL CUMPLIMIENTO DEL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS

La Ley 1/2013 modifica también el artículo 6 del Real Decreto-ley 6/2012, relativo al seguimiento del cumplimiento del Código de Buenas Prácticas. En concreto, se modifica, entre otros extremos, la composición de la Comisión de Control encargada de la supervisión del cumplimiento del Código de Buenas Prácticas por parte de las entidades adheridas, que ahora consta de once miembros:

- a) Uno nombrado por el Ministerio de Economía y Competitividad con al menos el rango de Director General, que presidirá la comisión y tendrá voto de calidad.
- b) Uno designado por el Banco de España, que actuará como Secretario.
- c) Uno designado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores.
- d) Un juez designado por el CGPJ.
- e) Un secretario judicial designado por el Ministerio de Justicia.
- f) Un notario designado por el Consejo General del Notariado.
- g) Uno designado por el INE.
- h) Uno designado por la Asociación Hipotecaria Española.
- i) Uno designado por el Consejo de Consumidores y Usuarios.
- j) Dos designados por las asociaciones no gubernamentales que determinará el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, que realicen labores de acogida.

La Comisión de Control determinará sus normas de funcionamiento y se reunirá cada vez que sea convocada por su Presidente, por propia iniciativa o a

instancia de *cuatro de sus miembros*. Estará, asimismo, facultada para establecer su propio régimen de convocatorias.

Para la válida constitución de la comisión a efectos de la celebración de sesiones, deliberaciones y adopción de decisiones, será necesaria la asistencia de, al menos, *cinco de sus miembros*, siempre que entre ellos figure el Presidente. Sus acuerdos se adoptarán por mayoría de sus miembros.

Las entidades adheridas remitirán al Banco de España, *con carácter mensual*, la información que les requiera la comisión de control, *información que en todo caso incluirá (esto es, mensualmente, al menos deberá informarse de los extremos siguientes):*

- a) *El número, volumen y características de las operaciones solicitadas, ejecutadas y denegadas en aplicación del Código de Buenas Prácticas, con el desglose que se considere adecuado para valorar el funcionamiento del Código.*
- b) *Información relativa a los procedimientos de ejecución hipotecaria sobre viviendas de personas físicas.*
- c) *Información relativa a las prácticas que lleven a cabo las entidades en relación con el tratamiento de la deuda hipotecaria vinculada a la vivienda de las personas físicas.*
- d) *Las reclamaciones formuladas ante el Banco de España, derivadas del presunto incumplimiento por parte de la entidad de crédito del Código de Buenas Prácticas.*

La Comisión de Control puede requerir a las entidades adheridas cualquier otra información que considere apropiada en relación con la protección de deudores hipotecarios.

La información remitida mensualmente al Banco de España, junto con la requerida adicionalmente por la Comisión de Control, será trasladada por el Banco de España a la Comisión de Control, que la recibirá y evaluará. También le trasladará el Banco de España la información relativa a reclamaciones planteadas ante el Banco de España derivadas del presunto incumplimiento por las entidades de crédito del Código de Buenas Prácticas, reclamaciones que, a efectos del Banco de España, reciben el mismo tratamiento que las demás reclamaciones cuya tramitación y resolución corresponde al Banco de España. La Comisión de Control publicará semestralmente un informe en el que evalúe el grado de cumplimiento del Código de Buenas Prácticas. Este informe deberá remitirse a la Comisión de Economía y Competitividad del Congreso de los Diputados. Además la Comisión podrá analizar y elevar al Gobierno propuestas relativas a la protección de los deudores hipotecarios.

VIII. EL NUEVO CONTENIDO DEL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS DE ACUERDO CON LA REDACCIÓN DADA POR LA LEY 1/2013 AL ANEXO DEL REAL DECRETO-LEY 6/2012

1. MEDIDAS PREVIAS A LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA: REESTRUCTURACIÓN DE LA DEUDA HIPOTECARIA

Esta medida, que pretende poner fin al procedimiento de ejecución (hipotecario o de ejecución ordinaria, según lo que diremos después) de haberse ya iniciado, y que puede ser solicitada antes de que termine de anunciarse la su-

basta, es susceptible de aplicarse no sólo al deudor hipotecario, sino dado el nuevo ámbito de aplicación del artículo 2 del Real Decreto-ley 6/2012, al fiador (de ahí la referencia que hemos hecho antes a la ejecución ordinaria que pueda haberse abierto frente a él y en la que se haya embargado su vivienda familiar) o hipotecante no deudor, siempre que se encuentren inmersos en el umbral de exclusión amplio del artículo 3.1 del Real Decreto-ley, y reúna las circunstancias indicadas en el artículo 5.2.1.º de la dicha norma.

Aparte de la ampliación de los sujetos destinatarios de esta medida, la novedad introducida por la Ley 1/2013 radica en que en el plan de reestructuración resultante de la aplicación conjunta de las medidas contenidas en el apartado 1.a) del anexo del Real Decreto-ley, la carencia en la amortización de capital de cuatro años pasa a cinco, señalándose frente al silencio anterior, que «el capital correspondiente a las cuotas de ese periodo podrá o bien pasarse a una cuota final al término del préstamo o bien prorratearse en las cuotas restantes, o realizarse una combinación de ambos sistemas». En todo caso, y sin perjuicio de la aplicación conjunta de dichas medidas por la entidad financiera adherida al Código, para la reestructuración de la deuda hipotecaria al objeto de alcanzar la viabilidad de la misma a medio y largo plazo, se contempla ahora la posibilidad de que el deudor pueda presentar en todo momento a la entidad una propuesta de plan de reestructuración, que deberá ser analizada por la entidad, quien, en caso de rechazo, deberá comunicar al deudor los motivos en que se fundamente. Esta posibilidad pienso que estará abierta para el deudor, el fiador o el hipotecante no deudor, siempre que no se haya terminado de anunciar la subasta a pesar de hablarse de la posibilidad de presentación «en todo momento». La viabilidad del plan estará también condicionada en este caso al cumplimiento del requisito indicado en el apartado 2.a) del anexo: que absorba como máximo un 50 por 100 de los ingresos de la familia. Un plan que no cumpliera este requisito podría, en principio, ser rechazado fundamentalmente, salvo que el deudor acreditase motivadamente la viabilidad a medio y largo plazo del mismo. Dicho plan viable (que no absorba más del 50 por 100 de los ingresos de la unidad familiar) puede ser propuesto por el deudor sobre la base de la aplicación de medidas diversas de las señaladas en el apartado 1.b).

En el plan de reestructuración ofrecido por la entidad [la entidad debe ofrecerlo en todo caso, una vez formulada la solicitud de reestructuración de la deuda hipotecaria, sin perjuicio de que el deudor ofrezca otro plan] ésta advertirá en su caso del carácter inviable del plan, o caso de cumplirse los requisitos establecidos en el artículo 3.2 del Real Decreto-ley, de la posibilidad de solicitar las medidas complementarias previstas en el apartado 2 del anexo. *También sería posible que la entidad, siendo inviable su plan, rechazara fundadamente el plan de viabilidad propuesto por el deudor, pero al mismo tiempo contemplara la posibilidad de solicitar las medidas complementarias a dicho plan propuesto por el deudor (quita), en cuyo caso, esta quita nacería de la exclusiva voluntad de la entidad crediticia.*

2. MEDIDAS COMPLEMENTARIAS

Aquellos deudores para los que el plan de reestructuración previsto en el apartado anterior resulte inviable dada su situación económico-financiera podrán solicitar una quita en el capital pendiente de amortización en los términos previstos en el apartado 2.b) del Anexo del Real Decreto-ley 6/2012, siempre que se encuentren dentro del umbral de exclusión estricto del artículo 3.2. A estos

efectos, se entenderá por plan de reestructuración inviable aquel que establezca una cuota hipotecaria mensual *superior al 50 por 100 de los ingresos que perciban conjuntamente todos los miembros de la unidad familiar*, frente al 60 por 100 establecido en la redacción originaria del Código de Buenas Prácticas. COUSO PASCUAL plantea que la quita es una medida *complementaria* [no supletoria] para el caso de que la cuota resultante de la reestructuración planteada sea superior al 50 por 100 de los ingresos conjuntos de los miembros de la unidad familiar¹¹. En efecto, esta interpretación es correcta (el propio Código de Buenas Prácticas habla de medida complementaria de la prevista en el apartado 1.b), en el sentido de que cuando se aplique la quita, deberá aplicarse al mismo tiempo las medidas de ampliación del plazo de amortización, carencia en la amortización de capital, etc., previstas en la reestructuración. Esto es, al paso 1 (reestructuración viable), deberá sumarse el paso 2 (quita de parte del capital pendiente de amortización), para lograr la viabilidad financiera del deudor, *salvo que ya se haya anunciado la subasta en el procedimiento de ejecución hipotecaria, en que sólo cabrá la quita aislada*¹². Si combinados estos dos pasos [plan de reestructuración ofrecido por la entidad de acuerdo con los parámetros del Código de Buenas Prácticas + quita] la cuota hipotecaria siguiera absorbiendo más del 50 por 100 de los ingresos de la unidad familiar, pienso que sería un momento para que entrara en juego la posibilidad prevista en el apartado 1.b) *in fine*, y que el deudor ofreciera una

¹¹ Cfr. COUSO PASCUAL, J. R., «La protección a los deudores hipotecarios y las posibilidades de los acreedores financieros», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 44, julio-agosto, 2012, pág. 29.

¹² En el apartado 2.c) se indica que esta medida *también podrá ser solicitada por aquellos deudores hipotecarios [incluidos en el ámbito de aplicación del Código de Buenas Prácticas (art. 2, 3.2, 5 y 7 del RDL)] que se encuentren en un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que ya se haya producido el anuncio de la subasta*. Como estos deudores no pueden acceder ni a la reestructuración de la deuda (art. 1 del Anexo), ni a la dación en pago [art. 3.a) y e) del Anexo], entiendo que, en todo caso, *deberá aceptarse la quita solicitada (pues de lo contrario estarían excluidos del ámbito de aplicación del Código de Buenas Prácticas, lo que no se compagina con el hecho de que el anexo les tenga presentes) y aplicarse el método de cálculo de la misma más favorable (favor debitoris)*. La condonación también podrá ser solicitada, *estando obligada a concederla la entidad crediticia*, por aquellos deudores que, estando incluidos en el umbral de exclusión estricto y en el artículo 5.2 del Real Decreto-ley, no habiendo podido lograr una reestructuración viable de la deuda, y estando o no inmersos en procedimientos de ejecución en los que todavía no se han publicado todos los anuncios para la subasta, *no pueden optar por la dación en pago porque la vivienda está grabada con cargas posteriores [art. 2.c) y 3.e) del Anexo]*. Entiendo que, en todo caso, la entidad financiera deberá aceptar la quita solicitada pues, de lo contrario, *personas situadas en el umbral de exclusión quedarían al margen del Código de Buenas Prácticas*, lo que no parece ser la voluntad del Real Decreto-ley, ni del Código, *que tiene como finalidad reducir el esfuerzo hipotecario de los deudores*. En este caso, *también debería aplicarse el método de cálculo más favorable (favor debitoris, ya que no es posible acceder a la dación en pago)*. Esta interpretación se apoya también en el argumento de que son los apartados a) y b) del artículo 2 los que se refieren a la «facultad para aceptar o rechazar» y a que la entidad «decida o no conceder dicha quita», mientras que el apartado c) no hace mención a tal facultad, *por lo que se puede deducir que, en tal caso, de manera indudable, la quita es forzosa para la entidad si el deudor la solicita*. En cuanto a si la aplicación de la quita, en general, es potestativa o no para las entidades financieras, vid. JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «Consecuencias legislativas del Auto de 17 de diciembre de 2012 de la AP de Navarra. El Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo-abril, 2012, núm. 732.

propuesta de plan viable para él, cuyo rechazo deberá ser fundamentado por la entidad financiera.

La reestructuración de la deuda y/o la aceptación de quita, en su caso, provocan una novación objetiva de la obligación y la terminación del proceso de ejecución en curso, en su caso (art. 1203.1.º y 1204 CC).

3. MEDIDAS SUSTITUTIVAS DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA: DACIÓN EN PAGO DE LA VIVIENDA HABITUAL

La novedad que se presenta en este apartado resulta de la combinación del mismo con el artículo 2 del Real Decreto-ley. La dación en pago puede ser solicitada (caso de reunirse los requisitos indicados en el art. 3.2 y 5.2.3.º), tanto por el deudor principal, como por el fiador (que ha visto ya embargada su vivienda familiar o que, aun no estando todavía embargada, es el único bien en propiedad de la familia, no contándose con otros bienes suficientes para satisfacer la deuda garantizada ni siquiera parcialmente) como por el hipotecante no deudor. En tal caso, al producirse el pago de la deuda principal por el fiador o el hipotecante no deudor, mediante la dación en pago de su vivienda habitual, el fiador o el hipotecante no deudor se subrogan en la posición del acreedor, si pagan con aprobación del deudor (art. 1210.2.º), o sin oposición expresa de éste, estando interesados en el cumplimiento de la obligación (art. 1210.1.º y 3.º) o habiendo acordado la subrogación con el acreedor (art. 1209.2.º), por lo que, la obligación antigua subsiste, con la garantía real accesorio, aunque novada modificativamente en sus elementos objetivos (cuantía), la cual se reduce al valor de la vivienda dada en pago en el momento de la dación. Como señala el artículo 1839 del Código Civil, *el fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor. Si ha transigido con el acreedor, no puede pedir al deudor más de lo que realmente haya pagado (y por lo tanto, no puede exigir la cantidad total de la deuda (art. 1838.1.º), pero sí reclamar las cantidades indicadas en los números 2.º, 3.º y 4.º del artículo 1838 del Código Civil, como por ejemplo, gastos de escritura pública de dación en pago. Estos preceptos, por analogía, serían aplicables al hipotecante no deudor o fiador real.*

En consecuencia, la previsión del apartado 3.b), relativa a que la dación en pago supondrá la cancelación total (extinción) de la deuda garantizada con hipoteca y de las responsabilidades personales del deudor y de terceros frente a la entidad por razón de la misma deuda, sólo puede predicarse en caso de dación en pago efectuada por el deudor principal.

Tanto el deudor principal, como el fiador, como el hipotecante no deudor, si así lo solicitan en el momento de pedir la dación en pago, podrán permanecer durante un plazo de dos años en la vivienda dada en pago, en concepto de arrendatario, satisfaciendo una renta anual del 3 por 100 del importe total de la deuda (aplicada la moderación de los intereses moratorios del artículo 4 del Real Decreto-ley) en el momento de la dación. Durante dicho plazo de dos años el impago de la renta devengará un interés de demora del 10 por 100. Este interés se ha reducido en diez puntos en relación con la anterior redacción, probablemente para seguir el espíritu del nuevo artículo 114.3 LH.

Las entidades podrán pactar con los deudores, fiadores o hipotecantes no deudores la cesión de una parte de la plusvalía generada por la enajenación de la vivienda dada en pago, en contraprestación por la colaboración que aquellos pudieran prestar en dicha transmisión.

Como se ha indicado antes, esta medida no será de aplicación en los supuestos que se encuentren en procedimiento de ejecución en los que ya se haya terminado de anunciar la subasta, o en los que la vivienda está gravada con cargas posteriores a favor de terceros distintos de la propia entidad crediticia acreedora.

IX. EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA EXTRAJUDICIAL TRAS LA LEY 1/2013

El artículo 12 del Real Decreto-ley introdujo un procedimiento de ejecución extrajudicial *especial para caso de tratarse el bien hipotecado de la vivienda habitual del deudor*. Esto es, a la ejecución extrajudicial de bienes hipotecados regulada en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria y sujeta al procedimiento previsto en los artículos 234 a 236.o) del Reglamento Hipotecario se le introdujeron *ciertas especialidades, en el caso de que el procedimiento se siguiese contra la vivienda habitual del deudor*.

Estas especialidades podían aplicarse con carácter general (art. 2 del RDL), por lo tanto, a contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria cuyo deudor se encontrase o no situado en el umbral de exclusión, que estuviesen vigentes a la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley (11 de marzo de 2012) o que se celebrasen con posterioridad. La clara retroactividad del Real Decreto-ley comentado invitaba a traer como Derecho supletorio a la Disposición Transitoria 6.^a de la LEC (art. 2 y 4 LEC), de manera que los procesos de ejecución ya iniciados al entrar en vigor el Real Decreto-ley se regirían por lo dispuesto en este para las actuaciones ejecutivas que aún pudieran realizarse o modificarse hasta la completa satisfacción del ejecutante. En todo caso, era preciso si se pretendía iniciar un procedimiento extrajudicial ajustado a las nuevas especialidades que en la escritura de constitución de la hipoteca sobre la vivienda habitual del deudor (hipoteca que pudo ser constituida para la adquisición de la vivienda o para otros fines), *se hubiese pactado la venta extrajudicial (ante notario) del bien hipotecado conforme al artículo 1858 del Código Civil, para el caso de falta de cumplimiento de la obligación garantizada (art. 129 LH y art. 234.1 y 2 RH), siempre que se cumpliesen también los requisitos del artículo 235 RH*.

En la Disposición Final tercera del Real Decreto-ley se preveía el desarrollo reglamentario de la ejecución extrajudicial, señalándose que en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley (o sea, antes del 11 de septiembre de 2012), el Gobierno aprobaría las normas reglamentarias precisas *con el fin de simplificar el procedimiento de venta extrajudicial*, las cuales incorporarían, entre otras medidas, la posibilidad de subasta electrónica. Pero, entre tanto, mientras tales medidas no se aprobasen, resultarían de aplicación los artículos 234 a 236 o del RH con las especialidades previstas en el artículo 12 de este Real Decreto-ley, para el caso de tratarse el bien hipotecado de la *vivienda habitual* del deudor.

Se indicaba, en primer lugar, que la realización del valor del bien se llevaría a cabo a través de una *única subasta [como ocurre con la subasta judicial], para la que serviría de tipo el pactado en la escritura de constitución de hipoteca*. Con esta especialidad pensábamos que el legislador se refería a que el tipo sería «el valor pactado o tasado para la concesión del crédito hipotecario», aunque difiriera del que se fijó como tipo de salida (cfr. art. 234.1.1.^o), siempre que aquel valor fuese superior. De otro modo no tendría sentido el establecimiento de dicha especialidad. Hay que pensar que el legislador trataba de asegurar el máximo valor de realización

del bien, dado que estas especialidades se establecían en una normativa de protección a los deudores hipotecarios con dificultades para hacer frente a las cuotas del préstamo hipotecario que gravaba su vivienda habitual.

Novedad destacada también era la relativa a que la realización del valor del bien se llevaría a cabo a través de una *única subasta* frente a las tres previstas anteriormente. En la primera el tipo era el pactado en la escritura de constitución de hipoteca; en la segunda el tipo era el 75 por 100 del correspondiente a la primera y la tercera, se celebraba sin sujeción a tipo. Además el RH no señalaba expresamente cuál era el valor de adjudicación del bien hipotecado para el acreedor hipotecario en la tercera subasta [art. 236.g).7.1.º RH en relación con 236.i).3 y 4 y 236.k).1 y 2].

En esa única subasta que se regulaba, si se presentaban posturas por un importe *igual o superior al 70 por 100 del valor por el que el bien hubiera salido a subasta*, se entendía adjudicada la finca a quien presente la mejor postura.

Cuando la mejor postura presentada fuera inferior al 70 por 100 del tipo señalado para la subasta, *podía el deudor presentar, en el plazo de diez días, tercero que mejorase la postura*, ofreciendo cantidad superior al 70 por 100 del valor de tasación (nótese lo que dijimos antes sobre que el valor de tasación fijado para la concesión del crédito sería el que serviría de tipo para la subasta siempre que fuese superior a un hipotético tipo fijado a efectos de salida en subasta), *o que aun inferior a dicho importe, resultase suficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante.*

Transcurrido el expresado plazo sin que el deudor del bien presentase dicho tercero, *el acreedor podría pedir, dentro del término de cinco días, la adjudicación de la finca o fincas por importe igual o superior al 60 por 100 del valor de tasación.*

Si el acreedor no hiciese uso de la mencionada facultad, se entendería adjudicada la finca *a quien hubiese presentado la mejor postura, siempre que la cantidad que hubiese ofrecido superase el 50 por 100 del valor de tasación o, siendo inferior, cubriese, al menos, la cantidad reclamada por todos los conceptos.*

Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podía el acreedor, en el plazo de veinte días, pedir la adjudicación por importe igual o superior al 60 por 100 del valor de tasación.

Si el acreedor no hiciere uso de esta facultad se estaría a lo previsto en el artículo 236.n) RH (el Notario daría por terminada la ejecución y cerraría y protocolizaría el acta, quedando expedita la vía judicial que correspondiese).

Parecía que con esta reforma el legislador había querido aproximar en alguna medida las reglas de la subasta del procedimiento ejecutivo hipotecario extrajudicial y del procedimiento ejecutivo hipotecario judicial, tal como resultaba de las reformas introducidas por el Real Decreto-ley 8/2011 y la Ley 37/2011, pues *se establecía que el acreedor sólo podría adjudicarse el bien hipotecado por cantidad igual o superior al 60 por 100 del valor de tasación.*

Siendo la explicada la regulación vigente en materia de ejecución extrajudicial de la vivienda habitual a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, ésta procede en su capítulo III, relativo a las medidas de mejora del mercado hipotecario a modificar el artículo 129 de la Ley Hipotecaria. Ahora bien, de acuerdo con la Disposición Transitoria 5.^a de la Ley 1/2013, esta modificación del artículo 129 de la Ley Hipotecaria se aplicará a las ventas extrajudiciales que se inicien «*con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley (por lo tanto, después del 15 de mayo de 2013) cualquiera que fuese la fecha en que se hubiera otorgado la escritura de constitución de hipoteca. En las ventas extrajudiciales iniciadas antes de la entrada en vigor de la presente Ley y en las que no se haya producido la adjudicación del*

bien hipotecado, el notario acordará su suspensión cuando, en el plazo preclusivo de un mes desde el día siguiente a la entrada en vigor de esta Ley, cualquiera de las partes acredite haber planteado ante el juez competente, conforme a lo previsto por el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, el carácter abusivo de alguna cláusula del contrato de préstamo hipotecario que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o que determine la cantidad exigible».

De lo anterior, podría pensarse que se desprende que las ejecuciones extrajudiciales de vivienda habitual iniciadas antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se rigen por lo dispuesto en el artículo 12 del Real Decreto-ley 6/2012. O sea, por lo previsto en el antiguo artículo 129 de la Ley Hipotecaria y los artículos 234 a 236.o) del Reglamento Hipotecario, con las especialidades señaladas en el artículo 12 del Real Decreto-ley, derogándose tácitamente para el futuro dicho artículo 12 del Real Decreto-ley, en la medida en que la nueva regulación incorporada al artículo 129 se aplicará a las ventas extrajudiciales que se inicien tras la entrada en vigor de la Ley 1/2013, y por lo tanto, tras el 15 de mayo. *Lex posterior derogat lex anterior.*

Si bien resulta evidente la tácita derogación de lo dispuesto en el artículo 12 del Real Decreto-ley 6/2012, en cuanto la nueva ley 1/2013 pretende adoptar medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, y tal derogación tácita sería una de ellas, al sustituir las reglas de aprobación del remate y adjudicación en pago del artículo 12 del Real Decreto-ley 6/2012, por las nuevas introducidas en la LEC [nuevo art. 129.2.d) de la LH], más favorables para el deudor¹³, en mi opinión no resulta claro que estas nuevas normas no sean aplicables retroactivamente a las ejecuciones extrajudiciales iniciadas antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013. En efecto, la Disposición Transitoria 5.ª a lo que pretende referirse no es tanto a las reglas de aprobación de remate y adjudicación, como al acoplamiento de las antiguas ejecuciones extrajudiciales a la STJUE, de 14 de marzo de 2013. En este sentido, en la Exposición de Motivos de la norma se señala: «en la venta extrajudicial se introduce la posibilidad de que el Notario pueda suspender la misma cuando las partes acrediten que se ha solicitado al órgano judicial competente, en la forma prevista por el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, que dicte resolución decretando la improcedencia de dicha venta, por existir cláusulas abusivas en el contrato de préstamo hipotecario, o su continuación sin la aplicación de las cláusulas abusivas. Además, se faculta expresamente al Notario para que advierta a las partes de que alguna cláusula del contrato puede ser abusiva. Dichas modificaciones se adoptan como consecuencia de la STJUE, de 14 de marzo de 2013, dictada en el asunto por el que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, respecto a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993». En efecto, para las nuevas ejecuciones extrajudiciales, el nuevo artículo 129.2.f) establece: «Cuando el notario considerase que alguna de las cláusulas del préstamo hipotecario que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o que hubiese determinado la cantidad exigible pudiera tener carácter abusivo, lo pondrá en conocimiento de deudor, acreedor y en su caso, avalista e hipotecante no deudor, a los efectos oportunos.

¹³ Cfr., en este sentido, las reglas de aprobación de remate y adjudicación del artículo 12 del Real Decreto-ley 6/2012, y los artículos 670 y 671 LEC, tal como resultan de la redacción dada por Ley 1/2013.

En todo caso, el notario suspenderá la venta extrajudicial cuando cualquiera de las partes acredite haber planteado ante el juez que sea competente, conforme a lo establecido en el artículo 684 de la LEC, el carácter abusivo de dichas cláusulas contractuales.

La cuestión sobre dicho carácter abusivo se sustanciará por los trámites y con los efectos previstos para la causa de oposición regulada en el apartado 4 del artículo 695.1 de la LEC».

Como esta disposición es aplicable a los procedimientos futuros (Disposición Transitoria 5.^a.1.^o), la Disposición Transitoria 5.^a establece un régimen de un plazo preclusivo de un mes desde el 16 de mayo de 2013, para el planteamiento del carácter abusivo de alguna cláusula contractual. A tales efectos, la publicidad de la Ley 1/2013 en el *BOE* tiene el carácter de comunicación plena y válida a los efectos de notificación y cómputo del dicho plazo preclusivo (Disposición Transitoria 4.^a.4). Por lo demás, la nueva regulación es aplicable a los procedimientos ejecutivos extrajudiciales en curso, respecto de aquellas actuaciones ejecutivas pendientes aún de realizar [Disposición Transitoria 1.^a; Disposición Transitoria 4.^a.1 y 5, en relación con el nuevo art. 129.2.d)]¹⁴.

En la nueva regulación de la venta extrajudicial son de resaltar los extremos siguientes:

Por un lado, el valor en que los interesados tasen la finca para que sirva de tipo en la subasta no podrá ser distinto del que, en su caso, se haya fijado para el procedimiento de ejecución judicial directa. Por otro lado, la estipulación en virtud de la cual los otorgantes pacten la sujeción al procedimiento de venta extrajudicial de la hipoteca deberá constar separadamente de las restantes estipulaciones de la escritura y deberá *señalar expresamente el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que en el momento de la venta extrajudicial el inmueble es vivienda habitual si así se hubiera hecho constar en la escritura de constitución*. Esta disposición resulta muy importante a efectos de que en la ejecución y posteriormente, si queda deuda remanente, se aplique el régimen especial previsto para la vivienda familiar (nuevos arts. 575.1 bis,

¹⁴ Artículo 129.2.d) LH: «La venta [extrajudicial] se realizará mediante una sola subasta, de carácter electrónico, que tendrá lugar en el portal de subastas que a tal efecto dispondrá la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Los tipos en la subasta y sus condiciones serán, en todo caso, los determinados por la LEC».

Disposición Transitoria 1.^a: «Esta Ley será de aplicación a los procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria que se hubiesen iniciado a la entrada en vigor de la misma, en los que no se hubiese ejecutado el lanzamiento».

Disposición Transitoria 4.^a: «1. Las modificaciones de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, introducidas por la presente Ley serán de aplicación a los procesos de ejecución iniciados a su entrada en vigor, únicamente respecto a aquellas actuaciones ejecutivas pendientes de realizar.

... 5. Lo dispuesto en el artículo 579 de la LEC será de aplicación a las adjudicaciones de vivienda habitual realizadas con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, siempre que a esa fecha no se hubiere satisfecho completamente la deuda y que no hayan transcurrido los plazos a los que se refieren las letras a) y b) del citado artículo. En estos casos, los plazos anteriores que vencieran a lo largo de 2013 se prolongarán hasta el 1 de enero de 2014.

La aplicación de lo previsto en este apartado no supondrá, en ningún caso, la obligación del ejecutante de devolver las cuantías ya percibidas del ejecutado».

579.2, 671, 693 de la LEC¹⁵). La venta extrajudicial sólo podrá aplicarse a las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones cuya cuantía aparezca

¹⁵ Artículo 575.1 bis: «En todo caso, en el supuesto de ejecución de *vivienda habitual* las costas exigibles al deudor ejecutado no podrán superar el 5 por 100 de la cantidad que se reclame en la demanda ejecutiva».

Artículo 579 LEC: «1. Cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados o pignoralos en garantía de una deuda dineraria se estará a lo dispuesto en el capítulo V de este Título. Si, subastados los bienes hipotecados o pignoralos, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que falte, y contra quienes proceda, y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución.

2. Sin perjuicio de lo previsto en el apartado anterior, en el supuesto de adjudicación de la *vivienda habitual hipotecada*, si el remate aprobado fuera insuficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante, la ejecución, que no se suspenderá, por la cantidad que reste, se ajustará a las siguientes especialidades:

- a) El ejecutado quedará liberado si su responsabilidad queda cubierta, en el plazo de cinco años desde la fecha del decreto de aprobación del remate o adjudicación, por el 65 por 100 de la cantidad total que entonces quedara pendiente, incrementada exclusivamente en el interés legal del dinero hasta el momento del pago. Quedará liberado en los mismos términos si, no pudiendo satisfacer el 65 por 100 dentro del plazo de cinco años, satisficiera el 80 por 100 dentro de los diez años. De no concurrir las anteriores circunstancias, podrá el acreedor reclamar la totalidad de lo que se le deba según las estipulaciones contractuales y normas que resulten de aplicación.
- b) En el supuesto de que se hubiera aprobado el remate o la adjudicación en favor del ejecutante o de aquél a quien le hubiera cedido su derecho y estos, o cualquier sociedad de su grupo, dentro del plazo de diez años desde la aprobación, procederán a la enajenación de la vivienda, la deuda remanente que corresponda pagar al ejecutado en el momento de la enajenación se verá reducida en un 50 por 100 de la plusvalía obtenida en tal venta, para cuyo cálculo se deducirán todos los costes que debidamente acredite el ejecutante.

Si en los plazos antes señalados se produce una ejecución dineraria que exceda del importe por el que el deudor podría quedar liberado según las reglas anteriores, se pondrá a su disposición el remanente. El secretario judicial encargado de la ejecución hará constar estas circunstancias en el decreto de adjudicación y ordenará practicar el correspondiente asiento de inscripción en el Registro de la Propiedad en relación con lo previsto en la letra b) anterior».

Artículo 671 LE: «Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor, en el plazo de veinte días, pedir la adjudicación del bien. Si no se tratare de la *vivienda habitual del deudor*, el acreedor podrá pedir la adjudicación por el 50 por 100 del valor por el que el bien hubiera salido a subasta o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos. Si se tratare de la *vivienda habitual del deudor*, la adjudicación se hará por importe igual al 70 por 100 del valor por el que el bien hubiese salido a subasta o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje por el 60 por 100. Se aplicará, en todo caso, la regla de imputación de pagos contenida en el artículo 654.3.

Cuando el acreedor, en el plazo de veinte días, no hiciere uso de esa facultad, el secretario judicial procederá al alzamiento del embargo, a instancia del ejecutado».

Artículo 693 LEC: «1. Lo dispuesto en este Capítulo [Capítulo V, Título IV, Libro III de la LEC] será aplicable al caso al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos, si vencieren al menos tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a tres meses. Así se hará constar por el Notario en la escritura de constitución. Si para el pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses fuere necesario enajenar el bien hipotecado, y aún quedaren por vencer otros plazos de la obligación, se verificará la venta

inicialmente determinada¹⁶. La venta se realizará mediante una sola subasta de carácter electrónico, que tendrá lugar en el portal de subastas que a tal efecto dispondrá la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Los tipos en la subasta y sus condiciones serán, en todo caso, los determinados por la LEC. Una vez concluido el procedimiento, el notario expedirá certificación acreditativa del precio del remate y de la deuda pendiente por todos los conceptos, con distinción de la correspondiente a principal, a intereses remuneratorios, a intereses de demora y a costas, todo ello con aplicación de las reglas de imputación contenidas en el artículo 654.3 de la LEC. Cualquier controversia sobre las cantidades pendientes determinadas por el notario será dilucidada por las partes en el juicio verbal¹⁷.

y se transferirá la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviere satisfecha.

2. Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución.

3. En el caso a que se refiere el apartado anterior, el acreedor podrá solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de la deuda, se comunique al deudor que, hasta el día señalado para la celebración de la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte. A estos efectos, el acreedor podrá solicitar que se proceda conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 578.

Si el bien hipotecado fuese la vivienda habitual, el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades expresadas en el párrafo anterior.

Liberado un bien por primera vez, podrá liberarse en segunda o ulteriores ocasiones siempre que, al menos, medien tres años entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuada por el acreedor.

Si el deudor efectuase el pago en las condiciones previstas en los apartados anteriores, se tasarán las costas, que se calcularán sobre la cuantía de las cuotas atrasadas abonadas, con el límite previsto en el artículo 575.1 bis y, una vez satisfechas éstas, el secretario judicial dictará decreto liberando el bien y declarando terminado el procedimiento. Lo mismo se acordará cuando el pago lo realice un tercero con el consentimiento del ejecutante».

¹⁶ Con carácter general, el nuevo apartado 3 añadido por la Ley 1/2013 al artículo 21 de la LH, señala: «En las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda deberá constar el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que en el momento de la ejecución judicial del inmueble es vivienda habitual si así se hiciera constar en la escritura de constitución».

¹⁷ Artículo 654 LEC: 1. El precio del remate se entregará al ejecutante a cuenta de la cantidad por la que se hubiere despachado ejecución y, si sobrepasare dicha cantidad, se retendrá el remanente a disposición del tribunal, hasta que se efectúe la liquidación de lo que, finalmente, se deba al ejecutante y del importe de las costas de la ejecución.

2. Se entregará al ejecutado el remanente que pudiere existir una vez finalizada la realización forzosa de los bienes, satisfecho plenamente el ejecutante y pagadas las costas.

3. En el caso de que la ejecución resultase insuficiente para saldar toda la cantidad por la que se hubiera despachado ejecución más los intereses y costas devengados durante la ejecución, dicha cantidad se imputará por el siguiente orden: intereses remuneratorios, principal, intereses moratorios y costas. Además el tribunal expedirá certificación acreditati-

Finalmente, en el artículo 129.2.e) se establece que en el Reglamento Hipotecario se determinará la forma y personas a las que deban realizarse las notificaciones, el procedimiento de subasta, las cantidades a consignar para tomar parte en la misma, causas de suspensión, la adjudicación y sus efectos sobre los titulares de derechos o cargas posteriores, así como las personas que hayan de otorgar la escritura de venta y sus formas de representación. Para todo aquello que no se regule en la LH ni en el RH, la LEC tendrá carácter supletorio, aplicándose en todo caso lo dispuesto en el artículo 579.2 LEC [art. 129.2.h)]. *Con esta regulación se ha prácticamente consumado la inicial aproximación de los procesos de ejecución judicial y extrajudicial, iniciada por el artículo 12 del Real Decreto-ley 6/2012, que queda así tácitamente derogado.*

X. EL CAPÍTULO V DEL REAL DECRETO-LEY 6/2012. ACCESO AL ALQUILER DE LAS PERSONAS AFECTADAS POR DESAHUCIOS Y SUJETAS A MEDIDAS DE FLEXIBILIZACIÓN DE LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS

El Real Decreto-ley 6/2012 preveía en su artículo 13, para aquellas personas que hubieren sido objeto de una resolución judicial de lanzamiento de su vivienda habitual como consecuencia de procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria, con posterioridad al 1 de enero de 2012 (por ejemplo, en el caso de ejecuciones hipotecarias a las que no pudo aplicarse el Código de Buenas Prácticas por haberse anunciado ya la subasta, o por no entrar en el ámbito de los arts. 3 y 5.2 del RDL, o por no haberse adherido la entidad crediticia acreedora a dicho Código), que podrían ser beneficiarias de las ayudas a los inquilinos, en los términos establecidos en los artículos 38 y 39 del Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regula el Plan de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012, siempre que presentasen la solicitud de ayuda en un plazo no superior a seis meses desde que se produjo el lanzamiento. Dichas personas tendrían la consideración de colectivo con derecho a protección preferente para el acceso a las ayudas, en los términos establecidos en el artículo 1.2 del citado Real Decreto.

Si bien el precepto marcaba una fecha (1 de enero de 2012) a partir de la cual, si se producía el lanzamiento de la vivienda familiar, podría optarse a dichas ayudas, teniendo presente que el artículo 2 Real Decreto-ley indicaba que el artículo 13 era de aplicación general, o sea, tanto para contratos en vigor el 11 de marzo de 2012, como contratos no vigentes en dicha fecha (sin marcar limitación en cuanto a estos), entendía que a dichas ayudas también podrían acceder las familias desahuciadas antes del 1 de enero de 2012, pues lo contrario supondría un trato discriminatorio carente de justificación.

Dichas ayudas podrían obtenerlas también los solicitantes que suscribiesen contratos de arrendamiento como consecuencia de la aplicación de la dación en pago prevista en el Código de Buenas Prácticas, cuando sus ingresos familiares no excediesen de 2,5 veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM), determinados de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.1 del Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre (art. 14).

Por Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, se ha aprobado el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regene-

va del precio del remate, y de la deuda pendiente por todos los conceptos, con distinción de la correspondiente a principal, a intereses remuneratorios, a intereses de demora y a costas.

ración y renovación urbanas, 2013-2016, reglamento que ha entrado en vigor al día siguiente de su publicación en el *BOE*, esto es, el 11 de abril de 2013 y que considera a las personas afectadas por desahucios (las del art. 13 del RDL 6/2012) y sujetas a medidas de flexibilización de las ejecuciones hipotecarias (las del art. 14 del RDL citado), *sector preferente para el acceso a las ayudas a los inquilinos*. A efectos de la aplicación del artículo 14 del Real Decreto-ley 6/2012, el equivalente al artículo 4.1 del Real Decreto 2066/2008 es el artículo 6 del Real Decreto 233/2013.

En la Disposición Adicional única del Real Decreto-ley 27/2012, se encomendaba al Gobierno que promoviera con el sector financiero la constitución de un fondo social de viviendas propiedad de las entidades de crédito, destinadas a ofrecer cobertura a aquellas personas que hubieran sido desalojadas de su vivienda habitual por el impago de un préstamo hipotecario, cuando concurriesen en ellas las circunstancias previstas en el artículo 1 del Real Decreto-ley. Este fondo social de viviendas tendría por objetivo facilitar el acceso a estas personas a contratos de arrendamiento con rentas asumibles en función de los ingresos que percibiesen. Ahora la Disposición Adicional primera de la Ley 1/2013 dispone al respecto: *«Se encomienda al Gobierno que promueva con el sector financiero la constitución de un fondo social de viviendas propiedad de las entidades de crédito, destinadas a ofrecer cobertura a aquellas personas que hayan sido desalojadas de su vivienda habitual por el impago de un préstamo hipotecario. Este fondo social de viviendas tendrá por objetivo facilitar el acceso a estas personas a contratos de arrendamiento con rentas asumibles en función de los ingresos que perciban»*.

En el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley se podrá valorar la ampliación del ámbito de cobertura del fondo social de viviendas a personas que se encuentren en circunstancias de vulnerabilidad social distintas a las previstas en el artículo 1 de esta Ley. Antes de dicho periodo, únicamente podrán efectuarse adjudicaciones a dichas personas cuando las circunstancias excepcionales del caso lo justificasen y así se pusiese de manifiesto».

Existe pues la posibilidad de:

- Permanecer en la vivienda habitual, por suspensión del lanzamiento, en los términos del artículo 1 de la Ley 1/2013, a título gratuito, en virtud de un derecho de habitación legal o de un comodato forzoso¹⁸.
- Permanecer en la vivienda habitual entregada en dación en pago, por efecto de la aplicación del Código de Buenas Prácticas, a título de arrendatario, durante un plazo de dos años, satisfaciendo una renta anual del 3 por 100 del importe total de la deuda en el momento de la dación. Aplicándose lo previsto en el artículo 14 del Real Decreto-ley 6/2012 y teniendo la consideración de sector preferente para el acceso a las ayudas al alquiler del nuevo Plan Estatal de Vivienda.
- Acceder a una vivienda en alquiler del fondo social de viviendas, pagando una renta asumible en función de los ingresos, siempre que se haya sido desalojado de la vivienda habitual como consecuencia del impago del préstamo hipotecario, y se trate de personas que se encuentren en las circunstancias de vulnerabilidad social previstas en el artículo 1 de la Ley 1/2013 o bien de personas que se encuentren en otras circunstancias de

¹⁸ Vid. JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «El Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre: ¿Un derecho de habitación legal de la familia ejecutada o un comodato forzoso?», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 736, marzo-abril, 2013.

vulnerabilidad social, *cuando las circunstancias excepcionales del caso lo justifiquen y así se pusiese de manifiesto.*

- Ser beneficiario de ayudas a los inquilinos en los términos del nuevo Plan Estatal de Vivienda 2013-2016, en el caso de personas objeto de lanzamiento de su vivienda habitual como consecuencia de un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria, después del 1 de enero de 2012, siempre que presente la solicitud de ayuda en los seis meses posteriores al lanzamiento, teniendo la consideración de colectivo con derecho a protección preferente.
- Ser beneficiarios de ayudas a los inquilinos en los términos del nuevo Plan Estatal de Vivienda 2013-2016, en el caso de personas objeto de lanzamiento de su vivienda habitual como consecuencia de un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria, *con anterioridad al 1 de enero de 2012*, teniendo la consideración de colectivo con derecho a protección preferente (arg. ex art. 2.1 del RDL 6/2012, en relación con su art. 13). Esta interpretación obedece a la idea de evitación de discriminaciones entre desahuciados.

En cuanto a los contratos de arrendamiento que se suscribiesen como consecuencia de la aplicación del Código de Buenas Prácticas con la entidad financiera que recibía el bien hipotecado en dación en pago, quedaban sujetos a un régimen especial de aplicación de la LAU de 1994, esto es, se consideraban contratos de arrendamiento de vivienda sujetos a la LAU 1994, en todo, excepto en lo previsto en sus artículos 9 (relativo al plazo mínimo de duración del contrato de arrendamiento de vivienda) y 18 (relativo a la actualización de la renta), con las especialidades detalladas en la Disposición Adicional única del Real Decreto-ley 6/2012.

Aprobada la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, y que entró en vigor el día 6 de junio de 2013, de acuerdo con su Disposición Transitoria primera, «los contratos de arrendamiento sometidos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, *celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, continuarán rigiéndose por lo establecido en el régimen jurídico que les era de aplicación.* Sin perjuicio de ello, cuando las partes lo acuerden y no resulte contrario a las previsiones legales, los contratos preexistentes podrán adaptarse al régimen jurídico establecido en esta Ley».

Ahora bien, los contratos de arrendamiento suscritos como consecuencia de la aplicación del Código de Buenas Prácticas con la entidad financiera que recibe el bien hipotecado en dación en pago, a partir del 6 de junio de 2013, incluido, parece que quedan sujetos a la Ley 4/2013, de 4 de junio, con las especialidades señaladas en el Real Decreto-ley 6/2012.

XI. CONCLUSIONES

1. La Ley 1/2013 introduce mejoras importantes en el Real Decreto-ley 6/2012, al incluir en su ámbito de aplicación a los fiadores e hipotecantes no deudores; al eliminar el requisito del desempleo de todos los miembros de la unidad familiar; para cumplir el requisito de estar situado en el umbral de exclusión social y al disminuir el porcentaje de ingresos que debe absorber la cuota hipotecaria para estar incluido el deudor en el umbral de exclusión. Otra importante mejora es la elevación de los precios de adquisición de las viviendas, a

efectos de la consideración de tal precio para la aplicación de la reestructuración viable de la deuda hipotecaria y la medida complementaria de quita.

2. La Ley 1/2013 introduce en el Real Decreto-ley 6/2012, un umbral de exclusión amplio, que ha de concurrir para poder acceder a la medida de reestructuración viable de la deuda hipotecaria, y un umbral de exclusión más estricto, para poder acceder a las medidas complementarias (quita) o a la dación en pago. *La reestructuración viable se configura así como una posibilidad generalizada de novación objetiva de la obligación, siempre que la entidad financiera haya suscrito el Código de Buenas Prácticas, para familias con ingresos no superiores a tres veces el IPREM, cuya cuota hipotecaria sea superior al 50 por 100 de sus ingresos, y que en los cuatro años anteriores a la solicitud hayan visto multiplicado su esfuerzo hipotecario por 1,5. Esta configuración amplía notablemente el ámbito de aplicación del Código de Buenas Prácticas, y por ende, del Real Decreto-ley 6/2012, aunque entiendo que puede generar discriminaciones hacia otras familias con ingresos superiores, pero mayor número de hijos, por ejemplo.*

3. El nuevo artículo 4 del Real Decreto-ley presenta como novedad importante, la necesidad de que la entidad crediticia esté sometida al Código de Buenas Prácticas para la aplicación de la moderación de los intereses moratorios, puesto que tal moderación se aplicará a raíz de solicitar a la entidad la aplicación de cualquiera de las medidas del Código. Ello limita el ámbito de aplicación del artículo 4, pues en la redacción anterior no se incluía esta exigencia. Por ello, las solicitudes de moderación de intereses moratorios formuladas antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se regirán por el derecho antiguo, más favorable al deudor en lo referente a tal cuestión. En todo caso, teniendo presente el espíritu de la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013, la moderación del interés moratorio a un 2 por 100 debería aplicarse también a solicitudes formuladas y atendidas por las entidades financieras antes del 15 de mayo de 2013, siempre que los intereses moratorios devengados antes de esa fecha no hubieran sido aún abonados.

4. La moderación del interés moratorio, configurado en la antigua redacción del Real Decreto-ley 6/2012 como una medida de reestructuración de la deuda hipotecaria, aparte de la aplicación del Código de Buenas Prácticas, se configura ahora como una medida complementaria de la aplicación de dicho Código. Si bien es posible que la reestructuración de la deuda hipotecaria no resulte viable, el deudor no puede solicitar la quita o la dación en pago por no reunir los requisitos del artículo 3.2, y tener derecho a la moderación del interés moratorio por encontrarse situado en el umbral de exclusión del artículo 3.1, tanto en la ejecución hipotecaria como en la ejecución ordinaria posterior, ya que en este último caso, lo dispuesto en el nuevo artículo 579.2 de la LEC, ha de entenderse matizado en el caso de aplicarse la medida del artículo 4 del Real Decreto-ley 6/2012, por lo que la referencia al interés legal del dinero deberá entenderse hecha a un interés de un 2 por 100, siempre que éste sea inferior a aquél.

5. En el plan de reestructuración resultante de la aplicación conjunta de las medidas contenidas en el apartado 1.a) del Anexo del Real Decreto-ley (regulador del Código de Buenas Prácticas) la carencia en la amortización de capital *de cuatro años pasa a cinco*. Además se contempla ahora la posibilidad de que el deudor pueda presentar en todo momento a la entidad una propuesta de plan de reestructuración, que deberá ser analizado por la entidad, quien, en caso de rechazo, deberá comunicar al deudor los motivos en que se fundamente. Se entenderá por plan de reestructuración inviable aquel que establezca una cuota hipotecaria mensual *superior al 50 por 100 de los ingresos que perciban conjunta-*

mente todos los miembros de la unidad familiar, frente al 60 por 100 establecido en la redacción originaria del Código de Buenas Prácticas.

6. La dación en pago puede ser solicitada (caso de reunirse los requisitos indicados en el art. 3.2 y 5.2.3.^o), tanto por el deudor principal, como por el fiador (que ha visto ya embargada su vivienda familiar o que, aun no estando todavía embargada, es el único bien en propiedad de la familia, no contándose con otros bienes suficientes para satisfacer la deuda garantizada ni siquiera parcialmente) como por el hipotecante no deudor. En tal caso, al producirse el pago de la deuda principal por el fiador o el hipotecante no deudor, mediante la dación en pago de su vivienda habitual, el fiador o el hipotecante no deudor se subrogan en la posición del acreedor, por lo que, la obligación antigua subsiste, con la garantía real accesorial, aunque novada modificativamente en sus elementos objetivos (cuantía), la cual se reduce al valor de la vivienda dada en pago en el momento de la dación.

7. El artículo 12 del Real Decreto-ley 6/2012 ha quedado tácitamente derogado por el nuevo artículo 129 LH, introducido por la Ley 1/2013. La nueva regulación de la ejecución extrajudicial es aplicable a los procedimientos ejecutivos extrajudiciales en curso, respecto de aquellas actuaciones ejecutivas pendientes aún de realizar [Disposición Transitoria 1.^a; Disposición Transitoria 4.^a 1 y 5, en relación con el nuevo art. 129.2.d)]. *Con esta nueva regulación se ha prácticamente consumado la inicial aproximación de los procesos de ejecución judicial y extrajudicial, iniciada por el artículo 12 del Real Decreto-ley 6/2012.*

8. Los contratos de arrendamiento suscritos como consecuencia de la aplicación del Código de Buenas Prácticas con la entidad financiera que recibe el bien hipotecado en dación en pago, a partir del 6 de junio de 2013, incluido, parece que quedan sujetos a la Ley 4/2013, de 4 de junio, con las especialidades señaladas en el Real Decreto-ley 6/2012.

XII. BIBLIOGRAFÍA

- ADÁN GARCÍA, M.^a E.: «La dación en pago», en *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009.
- ÁLAMO GONZÁLEZ, D. P.: *La dación en pago en las ejecuciones hipotecarias. El control judicial del equilibrio contractual*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- ALCALÁ DÍAZ, M.^a A.: *La protección del deudor hipotecario (Ley 1/2013, de 14 de mayo de reforma hipotecaria)*, Editorial Aranzadi, 2013.
- ÁLVAREZ LATA, N.: «Sobreendeudamiento del consumidor: análisis del marco actual del problema y apuntes sobre su previsible reforma», en *Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma*, 1.^a edición, Editorial Aranzadi, S. A., Cizur Menor, 2010.
- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: «Las ejecuciones hipotecarias en el contexto de la crisis», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 3, marzo-abril de 2011.
- «Dación en pago hipotecario», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 36, marzo-abril de 2011.
- «Todos al rescate del deudor hipotecario», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 39, septiembre-octubre de 2011.
- «De nuevo en apoyo del deudor hipotecario», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 42, marzo-abril de 2012.

- «La ejecución extrajudicial tras el Real Decreto-ley 6/2012», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 42, marzo-abril de 2012.
- ÁLVAREZ-SALA, J.: «Una hipoteca para tiempos de crisis», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 40, noviembre-diciembre de 2011.
- ARRUÑADA, B.: «La reforma de la responsabilidad hipotecaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 731, mayo-junio de 2012, y núm. 735, enero-febrero de 2013 (número monográfico dedicado a la dación en pago).
- BALLUGUERA GÓMEZ, C.: «La sentencia del Tribunal de Luxemburgo reactiva la lucha contra las cláusulas abusivas (I). Comentario a la STJUE de 14 de marzo de 2013», en *Diario La Ley*, núm. 8078, 8 de mayo de 2013.
- BELINCHÓN ROMO, M.^a R.: *La dación en pago en Derecho español y en Derecho Comparado*. Editorial Dykinson, Madrid, 2012.
- «La hipoteca de responsabilidad limitada vista desde la perspectiva de la dación en pago», en *Revista de Derecho Privado*, núm. 96, marzo-abril, 2012.
- «Extinción de la deuda garantizada con hipoteca y la dación en pago: comentario al auto de la AP de Girona, de 16 de septiembre de 2011», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2012.
- BELTRÁN, E.: «El concurso de acreedores del consumidor», en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*. CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J. L. (coords.), 1.^a edición. Editorial Aranzadi, S. A. Cizur Menor, 2009.
- BLANCH NOUGUÉS, J. M.: «Una aportación sobre la naturaleza jurídica y la eficacia de la dación en pago (*datio in solutum*) en Derecho Romano», en *Revista General de Derecho Romano*, núm. 13, 2009.
- «Acerca de la *datio in solutum* necesaria en el Derecho romano, en la tradición jurídica europea y en los Códigos Civiles iberoamericanos», en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 21, 2010.
- CABALLERÍA, J. C.: «Incentivar el alquiler de viviendas», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 44, julio-agosto de 2012.
- CABALLERO GEA, J. A.: *Hipotecas. Contratos bancarios. Intereses. Ejecución hipotecaria judicial. Síntesis y ordenación de la doctrina de los Tribunales y de la DGRN*. Editorial Dykinson. Madrid, 2012.
- CARRASCO PERERA, Á.: «Hipotecas y desahucios bajo el umbral de subsistencia», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 842/2012 (BIB 2012/891).
- CARRASCOSO MORALES, A.: «Presente y futuro del crédito bancario en España», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 32, julio-agosto de 2010.
- CASADO ROMÁN, J.: «Los procedimientos de ejecución hipotecaria tras el Real Decreto-ley», en *Diario La Ley*, núm. 7697, 19 de septiembre de 2011.
- CASTILLA CUBILLAS, M.: «La responsabilidad patrimonial limitada en los préstamos hipotecarios como instrumento de modulación de los precios inmobiliarios», en *Actualidad Civil*, núm. 12, quincena del 16 al 30 de junio de 2011.
- CONCLUSIONES DEL ENCUENTRO «JORNADA SOBRE LAS REPERCUSIONES DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA. ESPECIAL REFERENCIA AL RÉGIMEN TRANSITORIO», celebrado en el Servicio de Formación Continua, dirigida por el Presidente de la Sala de lo Civil del TS, don Juan Antonio Xiol y moderada por los Vocales del CGPJ don Manuel Almenar y don Ramón Camp.
- CONSEJO DE CONSUMIDORES Y USUARIOS: *Dictamen de iniciativa propia del Consejo de Consumidores y Usuarios relativo a la situación de endeudamiento y sobre endeudamiento financiero de las familias en la actual situación de crisis económica y del crédito*.

- COUSO, J. R.: «La protección de los deudores hipotecarios y las posibilidades de los acreedores financieros», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 44, julio-agosto de 2012.
- CRESPO GARRIDO, M.^a: «Particularidades de la fiscalidad de la dación de inmuebles en pago de deudas: consecuencias técnicas para los sujetos activo y pasivo del derecho de crédito garantizado con hipoteca impagado», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 735, enero-febrero de 2013 (número monográfico dedicado a la dación en pago).
- CUADRADO PÉREZ, C.: «La acumulación de los concursos de acreedores de ambos cónyuges en la jurisprudencia», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 728, noviembre-diciembre de 2011.
- CUENA CASAS, M.: *Algunas deficiencias de la Ley Concursal ante la insolvencia de la persona física*. eprints.ucm.es/9714/1/Cuena_Deficiencias_LC.pdf.
- «Limitar el principio de responsabilidad patrimonial universal», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 36, marzo-abril de 2011.
- «Fresh Start y mercado crediticio», en *Indret, Revista para el análisis del Derecho* (www.indret.com), julio de 2011.
- «Las familias sobreendeudadas tendrán que esperar seis meses o más... Reflexiones sobre la persona física y el Derecho Concursal», en www.hayderecho.com.
- «Familia y concurso de acreedores. Capítulo 30», en *Tratado de Derecho de la Familia*. YZQUIERDO TOLSADA, M., y CUENA CASAS, M. (coords.). Vol. IV. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2011.
- «Conclusión del concurso de acreedores de persona física y exoneración del pasivo pendiente», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 125, enero-marzo de 2012.
- «Crédito responsable, fresh start y dación en pago. Reflexión sobre algunas propuestas legislativas», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 43, mayo-junio de 2012.
- DÍAZ FRAILE, J. M.: «Limitación de la responsabilidad hipotecaria: revisión de la ejecución hipotecaria y de la dación en pago en el contexto de la actual crisis económica», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 732, julio-agosto de 2012, y núm. 735, enero-febrero 2013 (número monográfico dedicado a la dación en pago).
- DEFENSOR DEL PUEBLO: *Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo*, Madrid, 2012.
- DÍEZ GARCÍA, H.: «Comentario a la STS de 23 de septiembre de 2010. Ejecución hipotecaria insuficiente y ejercicio posterior de la acción personal del acreedor. Capitalización de intereses y prescripción. Imputación del producto del remate. Intereses moratorios abusivos», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 87, septiembre-diciembre de 2011.
- EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A.: «Crisis económica, falta de liquidez y dación en pago necesaria: un estudio del párrafo segundo *in fine* de la Ley 493 del Fuero Nuevo», en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 51, 2011.
- «Crisis económica, falta de liquidez y dación en pago necesaria: un estudio del párrafo segundo *in fine* de la Ley 493 del Fuero Nuevo», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 28, 2012.
- EL NOTARIO DEL SIGLO XXI (INFORMACIÓN CORPORATIVA: PRÁCTICA NOTARIAL): «Procedimiento extrajudicial. Tipo mínimo de adjudicación en subasta», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 42, marzo-abril de 2012.
- ESTRADA ALONSO, E. y FERNÁNDEZ CHACÓN, I.: «Ejecución hipotecaria y cláusulas abusivas (A propósito de la cuestión prejudicial planteada en el asunto Mohamed

- Aziz c. *Catalunyacaixa*)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 735, enero-febrero de 2013 (número monográfico relativo a la dación en pago).
- «El futuro de la ejecución hipotecaria española tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de marzo de 2013 (*Mohamed Aziz c. Catalunyacaixa*)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737, mayo-junio de 2013.
- FERNÁNDEZ SEJO, J. M.: «Concurso de personas físicas: sobreendeudamiento familiar y situación de los consumidores en el marco de un proceso concursal», en *El futuro de la protección jurídica de los consumidores (Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores)*, 1.ª edición. Editorial Aranzadi. Cizur Menor, 2008.
- FERNÁNDEZ-REYES, A. V.: «Aspectos jurídicos y registrales del Real Decreto-ley 6/2012, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 735, enero-febrero de 2013 (número monográfico relativo a la dación en pago).
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.: «Dación en pago y reintegración concursal», en *Diario la Ley*, núm. 7492, 2010.
- «Dación en pago y reintegración concursal», en *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*. FRANCISCO DE PAULA BLASCO GASCÓ (coord.), vol. I, 2011.
- GARCÍA MEDINA, J.: «Alternativas a la subasta», en *Diario la Ley*, núm. 7324, 2010.
- GARCÍA DE PABLOS, J. F.: «La protección de los deudores hipotecarios sin recursos», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 840, 2012 (BIB 2012/606).
- GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *La reforma de la ejecución y del desahucio hipotecario*, Editorial Bosch, 2013.
- GIMENO SENDRA, V.: «Las cláusulas abusivas (1)», en *Diario La Ley*, núm. 8116, 1 de julio de 2013 (LA LEY 3286/2013).
- GOMA LANZÓN, F.: «Análisis y crítica de la orden EHA/2899/2011, de transparencia en los servicios bancarios», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 40, noviembre-diciembre de 2011.
- GÓMEZ GÁLIGO, F. J.: «Presente y futuro de la garantía hipotecaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 735, enero-febrero de 2013.
- «Desahucios y mercado hipotecario», en *Expansión*, viernes 18 de enero de 2013.
- GÓMEZ TABEADA, J.: «La dación en pago, ¿qué hay de los impuestos?», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 42.
- GONZÁLEZ, S.: «Las garantías en el préstamo hipotecario», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 36, marzo-abril de 2011.
- GONÍ RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: «Sobre la limitación de la responsabilidad del hipotecante deudor a la finca hipotecada. A vueltas con el Auto 111/2010 de la Audiencia Provincial de Navarra», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 725, mayo-junio de 2011.
- «Análisis de la evolución jurisprudencial sobre la “dación en pago” en los últimos años», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 733, septiembre-octubre de 2012.
- «Los inconvenientes a la posibilidad de adjudicación en pago de la finca ejecutada al acreedor ejecutante: una perspectiva desde el Derecho Civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 735, enero-febrero de 2013 (número monográfico dedicado a la dación en pago).
- GRUPO DE TRABAJO SOBRE MEDIDAS DE AGILIZACIÓN Y REFORMA PROCESAL DE LOS PROCESOS CIVILES. *Propuestas para la agilización y reforma de los procesos civiles*.

- HERNÁNDEZ ARRANZ, M.: «Ejecución hipotecaria y dación en pago (a propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, de 17 de diciembre de 2010)», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 124, octubre-diciembre de 2011.
- INFORME DEL DEFENSOR DEL PUEBLO: *Crisis económica y deudores hipotecarios*, 2012.
- IRURZUN, F.: «La última jurisprudencia del TEDH sobre el derecho de propiedad», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 42.
- JIMÉNEZ PARÍS, T. A.: «El sobreendeudamiento del consumidor y la propuesta de reforma integral de la Ley Concursal», en *Diario La Ley*, núm. 7487, 13 de octubre de 2010.
- «Dación en pago de la vivienda hipotecada y pacto comisorio», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 724, marzo-abril de 2011.
 - «Ejecución de la vivienda familiar y concurso de acreedores (con inclusión de las novedades que presenta el Anteproyecto de Ley Concursal, de 17 de diciembre de 2010)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 725, mayo-junio de 2011.
 - «Adjudicación en pago y reclamación de la diferencia entre el crédito por el que se ejecutó y el valor de la adjudicación. Comentario al Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, de 17 de diciembre de 2010», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 727, septiembre-octubre de 2011.
 - «El *fresh start* o nueva oportunidad para el deudor sobreendeudado de buena fe. A propósito del Auto del Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 729, enero-febrero de 2012.
 - «Consecuencias legislativas del Auto de 17 de diciembre de 2012 de la AP de Navarra. El Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 732, marzo-abril de 2012.
 - «Nuevas aportaciones de la jurisprudencia a la defensa del deudor hipotecario. La moderación del principio de responsabilidad patrimonial universal», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 733, septiembre-octubre de 2012.
 - «La defensa jurídica del deudor hipotecario y el ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 735 enero-febrero de 2013 (número monográfico relativo a la dación en pago).
 - «Sobreendeudamiento y vivienda familiar», en *Revista General de Jurisprudencia y Legislación* núm. 1, 2013.
 - «La figura del *fresh start*. ¿Es conveniente su incorporación al ordenamiento jurídico español?», en *Homenaje a Joaquín Rams Albesa*. CUENA CASAS, MATILDE (coord.), 1.ª edición. Editorial Dykinson. Madrid, 2013.
 - «El Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre: ¿Un derecho de habitación legal de la familia ejecutada o un comodato forzoso?», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 736, marzo-abril de 2013.
 - «Las sentencias del TJUE, de 14 de junio de 2012 y de 14 de marzo de 2013, y la inminente reforma del procedimiento de ejecución hipotecaria español», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 738, julio-agosto de 2013.
- JORBA JORBA, O.: «Breve referencia a las consecuencias fiscales de la dación en pago», en *Quincena Fiscal*, núm. 20, 2011.
- JUAN GÓMEZ, M.: «Necesaria interpretación sistemática del artículo 671 de la LEC», en *Diario la Ley*, núm. 7622, 4 de mayo de 2011.
- JUECES DECANOS DE ESPAÑA: *Conclusiones de los Jueces Decanos sobre la Ley Hipotecaria*.

- KOKOTT, J.: *Conclusiones de la Abogado General del TJUE sobre el sistema hipotecario español* (asunto C415/11, Mohamed Aziz contra CatalunyaCaixa).
- MADRIDEJOS, A.: «Responsabilidad personal e ilimitada del deudor en las hipotecas», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 37, mayo-junio de 2011.
- MARTÍN BRICEÑO, M.^a R.: «Vicisitudes económicas y jurídicas de la dación en pago de activos inmobiliarios como modo de extinción de las deudas pendientes con las entidades financieras», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 726, julio-agosto de 2011.
- «La dación en pago: sustitución del cumplimiento estricto en una relación obligatoria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 735, enero-febrero de 2013 (número monográfico relativo a la dación en pago).
- MARTÍN PASTOR, J.: «Posibilidades del acreedor hipotecario cuando, subastado el bien hipotecado, su producto resulta insuficiente para cubrir el crédito: a propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.^a, 111/2010, de 17 de diciembre», en *Diario La Ley*, núm. 7590, 2011.
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, J. A.: «Vía de salida para los activos financieros de los bancos», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 40, noviembre-diciembre de 2011.
- MELÉNDEZ HUELÍN, O.: «Derecho Concursal y normativa contable del Banco de España: provisiones por insolvencia y alternativas al concurso de acreedores», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 10/2009.
- MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P.: «Intervenciones en el Congreso de los Diputados, Comisión de Vivienda y Comisión para la reforma del sistema hipotecario. Medidas para facilitar a los ciudadanos el acceso a una vivienda digna (Comisión de Vivienda, Madrid, 29 de octubre de 2008)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 729, enero-febrero de 2012.
- «La limitación imperativa de responsabilidad por deudas hipotecarias a la finca hipotecada: una idea seductora pero desaconsejable», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 729, enero-febrero de 2012.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. A.: «Sobre la adjudicación del inmueble hipotecado en pago de la totalidad de la deuda», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 732, julio-agosto de 2012, y núm. 735, enero-febrero de 2013 (número monográfico dedicado a la dación en pago).
- MIREIA, I.: «¿Qué hacer ante la imposibilidad de pagar la cuota hipotecaria?: la dación en pago como vía para saldar la deuda hipotecaria», en *Inmueble: Revista del Sector Inmobiliario*, núm. 94, 2009.
- MOCHÓN, F.: «La ejecución hipotecaria y la dación en pago», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 41, enero-febrero de 2012.
- NASARRE AZNAR, S.: «Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 727, septiembre-octubre de 2011.
- NAVAS NAVARRO, S.: «La hipoteca de la vivienda familiar en el Derecho catalán», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 734, noviembre-diciembre de 2012.
- PARDO IBÁÑEZ, B.: «La —indebida— limitación de la responsabilidad hipotecaria al bien hipotecado: análisis de los autos contradictorios de 17 de diciembre de 2010 y 28 de enero de 2011 de la Audiencia Provincial de Navarra: lo que dicen los jueces», en *Revista del Sector Inmobiliario*, núm. 109, 2011.
- PEDEMONTE, J. L.: «La vivienda habitual como dación en pago en los procedimientos hipotecarios», en *Inmueble: Revista del Sector Inmobiliario*, núm. 117, 2011.
- PEREÑA VICENTE, M.: «El patrimonio de afectación profesional en el Derecho francés. ¿Evolución o revolución en la teoría del patrimonio?», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 735, enero-febrero de 2013 (número monográfico relativo a la dación en pago).

- PÉREZ GARCÍA, M. J.: «La realización del valor de los bienes en los procesos de ejecución y su problemática en el Derecho español: reflexiones a propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, de 17 de diciembre de 2010», en *Diario La Ley*, núm. 7590, 2011.
- PÉREZ GURREA, R.: «Ejecución hipotecaria y protección del deudor hipotecario en el contexto de la crisis económica», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 735, enero-febrero de 2013 (número extraordinario dedicado a la dación en pago).
- PÉREZ HEREZA, J.: «¿Apoyo al deudor hipotecario?», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 39, octubre-diciembre de 2011.
- «Propuestas para la protección del deudor hipotecario», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 41, enero-febrero de 2012.
- PÉREZ MEDINA, A.: «Dación en pago: la casa a cambio de cancelar la hipoteca», en *Iuris: Actualidad y Práctica del Derecho*, núm. 159, 2011.
- REPERTORIO MENSUAL DE JURISPRUDENCIA: «La adjudicación de la finca al banco no salda la deuda hipotecaria: continuación de la ejecución por la cantidad no cubierta por la subasta (Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3.ª, Auto de 28 de enero de 2011, rec. 92/2010)», en *Repertorio Mensual de Jurisprudencia*, núm. 4, 2011.
- RIVAS TORRALBA, R. A.: *Aspectos registrales del proceso de ejecución*. Editorial Bosch, S. A., 2.ª edición. Barcelona, 2012.
- RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.: «Ejecuciones hipotecarias», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1/2012 (BIB 2012/421).
- RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, J.: «La dación en pago en los préstamos hipotecarios», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 735, enero-febrero de 2013 (número monográfico dedicado a la dación en pago).
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, J.: «El trago de las ejecuciones hipotecarias», en *Temas para el debate*, núm. 201-202, agosto-septiembre de 2011.
- ROJAS, L.: «Legislar sobre la limitación de responsabilidad», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 37, mayo-junio de 2011.
- ROMERO CANDAU, P. A. y ROMERO CANDAU, R.: «La continuación de la ejecución forzosa tras la subasta de los bienes hipotecados. Comentario a los autos números 111/10 (AC 2011/1) y 4/2011 (AC 2011/40) de las Secciones segunda y tercera de la Ilma. Audiencia Provincial de Navarra (BIB 2011/331)», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1/2011.
- ROUANET MOSCARDÓ, J.: «Exención del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados a Cooperativas de crédito por la adjudicación de bienes en subasta pública judicial, en reembolso de créditos concedidos a socios cooperativistas con garantía hipotecaria», en *Diario La Ley*, núm. 7893, 2012.
- RUBIO VICENTE, P. J.: «La exoneración del pasivo, entre la realidad judicial y el mito legislativo. A propósito del Auto del Juzgado Mercantil, número 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, sobre conclusión del concurso y extinción de deudas», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 14, 2011.
- RUIZ-RICO RUIZ, J. M. y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y.: «Implicaciones jurídicas en la aplicación del Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios», en *Diario La Ley*, 3 de enero de 2013.
- SACRISTÁN DE MIGUEL, R. y VILCHES VILELA, V.: «Responsabilidad personal e ilimitada del deudor en las operaciones hipotecarias: ¿es conforme a derecho el Auto de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Navarra, de 17 de diciembre de 2010?», en *Economist & Iuris*, núm. 149, 2011.

- SÁENZ-SANTURTÚN, J.: «Dación en pago en el concurso de acreedores», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 41, enero-febrero de 2012.
- SALAS CARCELLER, A. (coord.): *Ejecución hipotecaria. Solución a tiempos de conflicto*. Editorial Aranzadi, S. A., 1.ª edición. Cizur Menor, 2012.
- SÁNCHEZ JORDÁN, M.ª E.: «Capítulo 5.º El reto de la protección de los particulares ante la crisis», en *El Derecho ante la crisis: nuevas reglas de juego*. ANDRÉS M. GONZÁLEZ SANFIEL (dir.). Editorial Atelier. Barcelona, 2013.
- SANZ IGLESIAS, A.: «Tribulaciones del pequeño deudor hipotecario», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 37, mayo-junio de 2011.
- SERRANO GÓMEZ, E.; ANGUITA VILLANUEVA, L. y ORTEGA DOMÉNECH, J.: «Sistemas de tratamiento de la insolvencia de la persona física», en *Familia y Concurso de Acreedores*. CUENA CASAS, M. (coord.), 1.ª edición. Editorial Aranzadi. Cizur Menor, 2010.
- SERRANO DE NICOLÁS, A.: «Sobreendeudamiento de la persona física», en *el Notario del Siglo XXI*, núm. 44, julio-agosto de 2012.
- VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A.: «Aspectos sociológicos, jurídicos y registrales del Real Decreto-ley 6/2012, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 735, enero-febrero de 2013 (número monográfico relativo a la dación en pago).
- VALLEJO, C.: «Dación en pago: efectos en el inversor: el necesario cambio en el duro sistema español de ejecuciones», en *Inversión & Finanzas: el primer semanario de bolsa, economía y gestión de patrimonios*, núm. 862, 2012.
- VÁZQUEZ VILLAMAR, JOSÉ A.: «Consecuencias fiscales de la dación en pago», en *Inmueble: Revista del Sector Inmobiliario*, núm. 119, 2012.
- VIVES MARTÍNEZ, G.: «Ejecuciones hipotecarias y dación en pago, revisión jurisprudencial y problemas prácticos: dación en pago», en *Diario La Ley*, núm. 7908, 2012.
- YÁÑEZ VIVERO, F.: «Cesión de bienes en concurso de acreedores e inscripción registral», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 732, julio-agosto de 2012.

XIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES DICTADAS

- STJUE de 14 de junio de 2012.
- STJUE de 14 de marzo de 2013.
- STS de 9 de mayo de 2013.
- ATS de 3 de junio de 2013.

RESUMEN

LEY ANTIDESHUICIOS; CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS; FIADOR PERSONAL Y REAL; PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL

La Ley 1/2013, de 14 de mayo, «anti desahucios» ha efectuado una

ABSTRACT

ANTI-EVICTION ACT; CODE OF BEST PRACTICES; PERSONAL SURETY AND SURETY IN REM; EXTRAJUDICIAL FORECLOSURE PROCEDURE

Act 1/2013 of 14 May, known as «the Anti-eviction Act», is the vehicle

importante reforma del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, en diversos sentidos: ampliación del ámbito de aplicación a fiadores e hipotecantes no deudores; definición de un umbral de exclusión amplio y otro más estricto, exclusivamente para las medidas de quita y dación en pago; elevación de los precios de adquisición de las viviendas hipotecadas a efectos de la aplicación del Código de Buenas Prácticas, etc. Por otro lado, el artículo 12 del Real Decreto-ley 6/2012, relativo a la ejecución extrajudicial, ha quedado tácitamente derogado por el nuevo artículo 129 LH, introducido por la Ley 1/2013. La nueva regulación de la ejecución extrajudicial es aplicable a los procedimientos ejecutivos extrajudiciales en curso, respecto de aquellas actuaciones ejecutivas pendientes aún de realizar, por lo que los deudores afectados por tales procedimientos podrán beneficiarse de las medidas contenidas en el nuevo artículo 579.2 LEC, que contempla condonaciones parciales de la deuda. Con esta nueva regulación se ha prácticamente consumado la inicial aproximación de los procesos de ejecución judicial y extrajudicial, iniciada por el artículo 12 del Real Decreto-ley 6/2012.

of a major reform of Royal Decree-Law 6/2012 of 9 March on urgent measures for the protection of indigent mortgage loan holders. The changes work in a number of ways. For example, the Anti-eviction Act makes the measures more widely applicable, including non-debtor mortgagors and sureties; it defines a broad exclusion threshold and a strict exclusion threshold, the latter being applicable only to partial acquittances and surrenders of property in lieu of debt payment; and it raises the purchase price of mortgaged homes in cases where the Code of Best Practices is applied. Furthermore, section 12 of Royal Decree-Law 6/2012 on extrajudicial foreclosure is tacitly repealed by the newly written section 129 of the Mortgage Act introduced by Act 1/2013. The new set of regulations on extrajudicial foreclosure is applicable to extrajudicial foreclosure proceedings still pending, so the debtors involved may benefit from the measures stated in the newly written section 579.2 of the Act on Civil Proceedings (which envisages partial debt forgiveness). With this new regulation, the initial approach to judicial and extrajudicial foreclosure procedures begun in section 12 of Royal Decree-Law 6/2012 is practically wound up.

2. DERECHO MERCANTIL

*LA IMPOSIBLE MODERACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL ABUSIVA
EN UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO ENTRE ARRENDADOR
PROFESIONAL Y ARRENDATARIO CONSUMIDOR, SEGÚN EL TRIBUNAL
DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. LA APLICACIÓN DE ESTA
DOCTRINA AL SUPUESTO DE DESISTIMIENTO UNILATERAL
AD NUTUM DEL ARRENDATARIO*

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado*

SUMARIO: I. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 2013.—II. UNA APROXIMACIÓN AL DESISTIMIENTO UNILATERAL *AD NUTUM* DEL ARRENDATARIO.—III. LA CLÁUSULA PENAL ANTE EL DESISTIMIENTO UNILATERAL *AD NUTUM* DEL ARRENDATARIO.—IV. EPÍLOGO.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 2013

En la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), Sala Primera, sentencia de 30 de mayo de 2013, C-488/2011, Ponente: BERGER, María, número de asunto: C-488/2011 (La Ley 43527/2013), se juzgan los siguientes hechos:

Durante el año 2007, Jahani, sociedad que ejerce a título profesional la actividad de arrendamiento de viviendas, alquiló al señor Asbeek Brusse y a la señora de Man Garabito, quienes actuaban con fines privados, un local destinado a vivienda en Alkmaar (Países Bajos).

El contrato de arrendamiento concluido a ese efecto se basaba en las condiciones generales elaboradas por una asociación de profesionales de la propiedad inmobiliaria, el Raad voor Onroerende Zaken (Cámara de la Propiedad Inmobiliaria).

Esas condiciones generales contenían en particular una cláusula penal así redactada:

«20.1. El arrendatario incurrirá en mora por el mero vencimiento de un plazo determinado.

20.2. En cada caso en que el arrendatario incurra en mora en el pago íntegro y dentro del plazo debido de una cantidad pecuniaria, adeudará un interés mensual del 1 por 100 del importe adeudado como principal desde la fecha de vencimiento hasta la fecha de pago íntegro del principal.

[...]

20.6. El arrendatario deberá abonar al arrendador una pena contractual directamente exigible de 25 euros por cada día natural en virtud del incumplimiento o la

infracción de cualquier obligación derivada del presente contrato y de las condiciones generales anexas, sin perjuicio de su deber de ejecutar la obligación incumplida y sin perjuicio de otros derechos del arrendador a una indemnización por daños y perjuicios o de otra naturaleza [...]».

La renta arrendaticia estipulada en el contrato de arrendamiento ascendía a 875 euros al mes y se elevó a partir del 1 de julio de 2008 a 894,25 euros al mes en virtud de la cláusula de indexación prevista en el contrato. El señor Asbeek Brusse y la señora de Man Garabito no pagaron la suma correspondiente a ese aumento de la renta. Por el mes de febrero de 2009 pagaron 190 euros, y después dejaron de pagar la renta.

En julio de 2009, Jahani demandó judicialmente a los arrendatarios, solicitando la resolución del contrato de arrendamiento y la condena de los demandados al pago de la cantidad total de 13.897,09 euros, que se desglosa como sigue:

- 5.365,50 euros en concepto de renta arrendaticia;
- 156,67 euros en concepto de intereses contractuales ya vencidos;
- 96,25 euros en concepto de aumento de la renta por indexación;
- 4.525 euros en concepto de pena contractual por impago de la renta arrendaticia;
- 3.800 euros en concepto de pena contractual por impago del aumento de la renta por indexación;
- 658,67 euros por gastos extrajudiciales.

En esas circunstancias el Gerechtshof te Amsterdam decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1. *¿Puede calificarse como vendedor [de bienes] o prestador de servicios en el sentido de la Directiva a un arrendador de viviendas profesional que alquila una vivienda a un particular? ¿Queda comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva un contrato de arrendamiento entre un arrendador profesional y un arrendatario que no tenga la condición de profesional?*

2. *La circunstancia de que el artículo 6 de la Directiva deba considerarse una norma equivalente a las normas nacionales que en el ordenamiento jurídico interno tienen la naturaleza de normas de orden público ¿implica que, en un litigio entre particulares, la legislación nacional de transposición relativa a las cláusulas abusivas es de orden público, de suerte que el juez nacional, tanto en primera como en segunda instancia, está facultado y obligado a examinar de oficio (y, por tanto, también ultra petita) si una cláusula contractual se ajusta a la legislación nacional de transposición, y a declarar la nulidad de tal cláusula si llega a la conclusión de que es abusiva?*

3. *¿Se ajusta al efecto útil del Derecho [de la Unión] el hecho de que el juez nacional no excluya la aplicación de una cláusula penal que deba considerarse una cláusula abusiva en el sentido de la Directiva, sino que se limite a moderar el importe de la pena contractual en aplicación de la legislación nacional, si un particular ha invocado la facultad de moderación del juez, pero no la anulabilidad de tal cláusula?»*

Para la comprensión de la cuestión en relación con el Derecho Nacional aplicable, cabe decir que la Directiva ha sido transpuesta en los Países Bajos por la normativa relativa a las condiciones generales de la contratación reco-

gida en los artículos 6:231 a 6:247 del *Burgerlijk Wetboek* (Código Civil; en lo sucesivo, «BW»).

El artículo 6:233, párrafo primero, letra a) del BW dispone:

«Una cláusula que forma parte de las condiciones generales es anulable:

- a) *si es excesivamente gravosa para la otra parte, teniendo en cuenta la naturaleza y el contenido del contrato, el modo en que se han establecido las condiciones, los intereses recíprocos manifiestos de las partes y las demás circunstancias del caso».*

Según el artículo 3:40 del BW, es nulo todo acto contrario a las buenas costumbres, al orden público o a una disposición legal de carácter imperativo. No obstante, en caso de infracción de una disposición dirigida exclusivamente a la protección de una de las partes de un acto multilateral, el acto contrario a ella incurre únicamente en anulabilidad, a menos que se desprenda otra cosa del alcance de la disposición considerada.

En lo referido a las cláusulas penales, el artículo 6:94, apartado 1 del BW establece que el juez está facultado, a instancias del deudor, para moderar el importe de la pena contractual si así lo exigen manifiestamente razones de equidad.

De acuerdo con lo anterior, el fallo de la meritada sentencia del TJUE, es el siguiente:

«1. La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que, a reserva de las cláusulas que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas previstas por el Derecho nacional, lo que corresponde comprobar al juez nacional, se aplica a un contrato de arrendamiento de vivienda concluido entre un arrendador que actúa en el marco de su actividad profesional y un arrendatario que actúa para fines ajenos a su actividad profesional.

2. La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que:

- cuando el juez nacional que conoce de una demanda formulada por un profesional contra un consumidor acerca de la ejecución de un contrato esté facultado, según las normas procesales internas, para examinar de oficio la disconformidad entre la cláusula en la que se fundamenta la demanda y las normas nacionales de orden público, deberá apreciar de oficio de igual manera, una vez haya determinado que dicha cláusula entra en el ámbito de aplicación de esa Directiva, el carácter abusivo en su caso de esa cláusula a la luz de los criterios enunciados en la Directiva;*
- cuando el juez nacional esté facultado, según las normas procesales internas, para anular de oficio una cláusula contraria al orden público o a una norma legal imperativa cuyo alcance justifique esa sanción, deberá en principio, tras haber ofrecido a las partes la posibilidad de un debate contradictorio, anular de oficio una cláusula contractual cuyo carácter abusivo haya apreciado a la luz de los criterios enunciados por la Directiva.*

3. El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no permite al juez nacional, cuando haya determinado el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, limitarse a moderar el importe de la pena contractual impuesta por esa cláusula al consumidor; como le autoriza el Derecho nacional, sino que le obliga a excluir pura y simplemente la aplicación de dicha cláusula al consumidor».

En realidad la doctrina que establece esta sentencia del TJUE, es heredera de la que fijara la STJUE, de 14 de junio de 2012 (as. 618/2010), sobre la cual, Carrasco Perera¹ ya razonara que: «La doctrina sólo es incontestable cuando se trata de cláusulas *cuantitativas* susceptibles de reducción parcial, como ocurre con las cláusulas de intereses y las cláusulas penales; por cierto, el artículo 1154 del Código Civil dejaría de aplicarse entonces a las relaciones de consumo, y el juez carecería de facultad de moderación de la pena cuando la cláusula penal se hubiera pactado en condiciones generales, no en otro caso».

Las críticas a las conclusiones de la abogado general Trstenjak, que fueron asumidas por la citada sentencia del TJUE, de 14 de junio de 2012, también fueron realizadas por Alfaro² de la siguiente forma:

«Ahora bien, una cosa es rechazar la reducción conservadora de la validez de las cláusulas que el contrato que incluye condiciones generales abusivas y otra cosa decir que el Juez no debe integrar el contrato. Muy al contrario. Viene obligado por la Ley a hacerlo. Piénsese en una cláusula que establece un plazo de entrega del producto al consumidor muy largo, excesivo. Si anulamos la cláusula, ¿no hay plazo de entrega? O una cláusula que limite la garantía a quince días. Una vez eliminada, ¿a qué garantía tiene derecho el comprador? Naturalmente, a la de la Ley. Una cláusula dice que el comprador de un coche no tiene derecho a que se lo entreguen con ruedas. Eliminada la cláusula, ¿a qué tiene derecho el consumidor? Obviamente, a un coche con ruedas, porque eso es lo usual cuando uno compra un coche.

Eso es lo que dispone el artículo 10.2 LCGC (es reproducción del párrafo 306 BGB) y lo mismo que dispone el artículo 83 LCU. Lo que pasa es que la integración del contrato (rellenar la «laguna» que deja la cláusula declarada nula) ha de hacerse aplicando el Derecho supletorio, los usos o la buena fe (lo que dos contratantes honrados habrían pactado si hubieran previsto la cuestión), o sea, como dicen el artículo 10.2 LCGC y el artículo 83 LCGC, aplicando el artículo 1258 del Código Civil. La abogado general pretende que estas normas son contrarias a Derecho europeo, aunque inmediatamente afirma que cabe una interpretación de la norma española conforme con la Directiva.

El artículo 6, apartado 1 de la Directiva, se opone a una norma nacional como la del artículo 83 del Real Decreto-ley 1/2007, que permite al juez nacional sustituir una cláusula contractual abusiva por otra que no lo sea. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional interpretar y aplicar esta norma nacional de manera conforme con la Directiva. Al aplicar el Derecho interno, el órgano jurisdiccional nacional debe interpretar ese Derecho, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de esa Directiva para alcanzar el resultado que ésta persigue y, por lo tanto, atenerse al artículo 288 CE, párrafo tercero.

Todo esto lo hemos explicado muy ampliamente en el capítulo V de nuestro libro.

La abogado general haría bien en limitar sus afirmaciones generales. Su conclusión está mal formulada. La Directiva 13/93 no se opone a que el juez integre el contrato una vez declarada nula una cláusula predispuesta por abusiva.

¹ CARRASCO PERERA, *Las cláusulas penales se eliminan sin más: no cabe reducirlas, moderarlas ni modificarlas*. www.uclm.es/centro/cesco/trabajos1.asp, junio de 2012.

² ALFARO ÁGUILA-REAL, *La arriesgada vida de una abogado general: la reducción conservadora de la validez es contraria a la Directiva 13/93. La sentencia del TJ sobre la reducción conservadora de la validez de las cláusulas abusivas*. www.derechomercantilespaña.blogspot.com.es

Se opone a que sustituya la cláusula declarada nula por otra que se aproxime lo más posible a la declarada nula pero esté dentro de la legalidad. O sea, es contraria a la Directiva —y lo era ya al Derecho español y al Derecho alemán, por lo menos— la llamada reducción conservadora de la validez».

Igualmente, SERRA RODRÍGUEZ³ expone lo siguiente: «Coincido con la doctrina en que el TJUE ha confundido dos cuestiones, cuales son la relativa a la integración del contrato parcialmente nulo y la llamada reducción conservadora de la validez de la cláusula. A mi juicio, correctamente interpretado el artículo 83.2 TRLGCU, no faculta al juez, en su labor de integración del contrato parcialmente nulo, a reducir la cláusula nula a una medida que no sea abusiva, conculcando la finalidad preventiva de la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas. Este razonamiento sería aplicable, sin mayores problemas, a las cláusulas «cuantitativas», como las cláusulas sobre intereses moratorios —que dio origen al litigio de la sentencia que comentamos— o cláusulas penales excesivas o, incluso a las cláusulas de exoneración de responsabilidad del profesional, en que el contrato subsistirá sin la cláusula nula y sin necesidad de integrarlo.

Pero ello no impide que, en otros supuestos de cláusulas abusivas, el juez pueda integrar el contrato, acudiendo a las fuentes de integración del contrato *ex* artículo 1258 del Código Civil, en las que el Derecho dispositivo desempeña un papel fundamental como paradigma de ordenación equilibrada de los intereses de las partes. Es más, no se puede evitar que, declarada nula la cláusula abusiva, el Derecho dispositivo se aplique al contrato, aunque formalmente el juez no proceda a integrar la cláusula y moderar, en su caso, las consecuencias. Esta solución es la que se ha defendido para las cláusulas de intereses moratorios, en las que declaradas abusivas por suponer desproporcionadamente alta debería aplicarse el artículo 1108 del Código Civil, que prevé, que a falta de convenio, el interés moratorio sea el interés legal del dinero. Esto es, declarada la nulidad de la cláusula sobre intereses moratorios excesivos se produciría una laguna contractual, que debe integrarse acudiendo al Derecho dispositivo. Lo mismo sucedería, por ejemplo, con la cláusula que impone los gastos de otorgamiento de escritura pública en la compraventa de viviendas al consumidor que, de declararse abusiva *ex* artículo 89.3 TRLGCU, deberá aplicarse el artículo 1455, integrando, de esta manera el contrato».

Nuestra opinión es coincidente con lo anterior, es decir, en los casos de cláusulas penales excesivas impuestas en las relaciones de consumo, el juez nacional al amparo de la normativa aplicable no puede moderar el contenido de la pena, sí que directamente ha de proceder a la exclusión de la aplicación de la misma, produciéndose como ha señalado CARRASCO, a la desaparición de la aplicación del artículo 1154 del Código Civil en las relaciones de consumo.

II. UNA APROXIMACIÓN AL DESISTIMIENTO UNILATERAL *AD NUTUM* DEL ARRENDATARIO

Como es de sobras conocido este es uno de los problemas que con mayor reiteración se produce en la práctica de nuestros tribunales en sede de arrendamientos urbanos, sin que podamos encontrar soluciones uniformes al mismo.

³ SERRA RODRÍGUEZ, «Cláusulas abusivas en los contratos de crédito al consumo», en *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXVII, núm. 2153, abril de 2013, págs. 21 y 22.

De forma bastante gráfica, REBOLLEDO VARELA⁴ expone de forma generalizada la distinta postura de las Audiencias Provinciales, del siguiente modo:

«En la actualidad, se puede continuar afirmando que en la doctrina de las Audiencias sigue sin existir una posición o interpretación unánime pudiéndose observar diversas tendencias:

- A) Resoluciones que consideran que el cumplimiento del contrato no puede quedar al arbitrio de una de las partes (arts. 1256 CC [*LEG* 1889/27]), por lo que no cabe el desistimiento unilateral antes del transcurso del plazo establecido, salvo pacto en contrario⁵, incumplimiento que produce consecuencias indemnizatorias referidas a las rentas del periodo contractual o hasta el momento en el que el inmueble hubiese sido arrendado de nuevo por el arrendador⁶ o, en su caso, que por aplicación del artículo 27.1 LAU 1994 (*RCL* 1994/3272 y *RCL* 1995/1141) cabe que el arrendador exija el cumplimiento del contrato con abono de las rentas.
- B) Sentencias que entienden aplicable por analogía el artículo 11 de manera que cabe el desistimiento con la indemnización de una mensualidad de renta por cada año del contrato que falte por cumplir (SAP de Ávila, de 16 de febrero de 1998 [*AC* 1998/3651]).
- C) Sentencias que, partiendo de la inaplicabilidad del artículo 11 a los contratos de duración inferior a cinco años, consideran que el desistimiento unilateral constituye mero incumplimiento con aplicación del artículo 1124 del Código Civil, pero que no conlleva una indemnización automática de las rentas pendientes del periodo contractual incumplido, sino los daños y perjuicios efectivamente producidos y acreditados por el arrendador⁷.
- D) Sentencias que consideran que, conforme a LAU/1994, el arrendatario puede desistir del contrato sin obligación de indemnizar (SAP de Badajoz, Sección 2.ª, de 22 de marzo de 1999 [*AC* 1999/3924])».

El análisis jurisprudencial sobre esta cuestión ha venido realizándose por nuestra doctrina ya desde hace años. En este sentido y para casos de arrenda-

⁴ REBOLLEDO VARELA, «Cuestiones prácticas actuales de arrendamientos urbanos: últimas tendencias jurisprudenciales», en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 22/2010, parte Estudio. Editorial Aranzadi, S. A., Pamplona, 2010. Vid. también al respecto, ESTRUCH ESTRUCH, «Algunas cuestiones sobre la facultad de desistimiento del arrendatario», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 719, junio de 2010.

⁵ SAP de Las Palmas, Sección 5.ª, de 30 de octubre de 2007 (*JUR* 2008/46140), SAP de Barcelona, Sección 13, de 21 de diciembre de 2004 (*JUR* 2005/56346), SAP de Madrid, Sección 12, de 25 de noviembre de 2004 (*JUR* 2005/35733).

⁶ Vid. SAP de Albacete, Sección 2.ª, de 25 de mayo de 2007 (*JUR* 2007/277350), SAP de Madrid, Sección 10, de 25 de octubre de 2007 (*JUR* 2008/40866), SAP de Alicante, Sección 5.ª, de 17 de mayo de 2006 (*JUR* 2006/260085), SAP de Murcia, Sección 5.ª, de 15 de septiembre de 2006 (*JUR* 2006/287135) y 29 de noviembre de 2005 (*AC* 2005/2400), SAP de Madrid, Sección 20, de 4 de febrero de 2005 (*JUR* 2005/110025).

⁷ SAP de Valencia, Sección 11, de 18 de abril de 2006 (*JUR* 2006/272770), SAP de Salamanca, de 8 de octubre de 1998 (*AC* 1998/2114), SAP de Jaén, de 29 de enero de 1999 (*AC* 1999/132), SAP de Cantabria, de 22 de febrero de 1999 (*AC* 1999/285).

miento para uso distinto de vivienda, como apuntara CARRASCO PERERA⁸, existe abundante jurisprudencia relativa a la indemnización que debe ser pagada al arrendador cuando el arrendatario ha decidido desistir del contrato de arrendamiento unilateralmente y sin justa causa.

Para las SSTs de 30 de noviembre de 1992 (RJ 1992/9456) [arrendamiento de cuatro años, y se aplica el art. 56 LAU a los meses que quedaban de duración pactada], 28 de febrero de 1995 (RJ 1995/2777) [arrendamiento de local por cinco años; se desiste por el arrendatario el primer año, y se condena por el artículo 56 LAU a indemnizar con toda la renta contractual pactada; no se da ninguna importancia a que el arrendador haya vuelto a alquilar el local] y 25 de enero de 1996 (RJ 1996/318) [no consta plazo contractual], así como para la más reciente de 20 de junio de 2003 (RJ 2003/4251), el arrendatario se convierte en deudor de toda la renta pactada, sin considerar la conducta alternativa efectiva o probable del arrendador.

Destaca la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de febrero de 1995, número 179/1995 (RJ 1995/2777) en su Fundamento de Derecho segundo, cuando señala:

«c) Establece, para este caso, la indemnización al arrendador “con una cantidad equivalente a la renta que corresponda al plazo que, según el contrato, quedare por cumplir”; y d) Esta indemnización, consecuenta a la decisión del arrendatario de poner fin al contrato para la que no se exige justificación alguna, se valora por el legislador sin que pueda exceder del importe de las rentas que hubieran podido devengarse ni tampoco ser reducida en función de la valoración concreta de los perjuicios ocasionados al arrendador, lo cual constituye evidentemente una “especialidad” respecto a lo establecido para casos de incumplimiento contractual en el Código Civil. Siendo así, ha de concluirse que el ejercicio de la acción dimanante del artículo 56 estudiado no tiene por finalidad la reclamación del pago de rentas adeudadas sino obtener la indemnización referida y, por tanto, se funda en un derecho reconocido en la Ley especial que, en lo relativo al procedimiento a seguir, se traduce en que no ha de ser otro que el incidental previsto en el artículo 126 de aquélla, y no el juicio declarativo de menor cuantía, que es el adecuado, según la doctrina jurisprudencial, para la reclamación del pago de rentas (art. 1555.1.º del CC). Por todo ello ha de acogerse el motivo examinado».

Igualmente CARRASCO PERERA comentaba que, a nivel de Audiencias Provinciales, existe una jurisprudencia abundante que condena al pago de toda la renta contractual debida, pero en la mayoría de los casos se trata de abandono en el año de prórroga, por lo que sólo se paga un año de renta [SAP de Asturias, de 13 de enero de 2000 (AC 2000/210); SAP de Cádiz, de 4 de febrero de 2000 (AC 2000/3899); SAP de Castellón, de 14 de marzo de 2001 (AC 2001/1658); SAP de Castellón, de 16 de marzo de 2001 (AC 2001/1659)]. Existe jurisprudencia que claramente aplica el artículo 56 LAU (RCL 1964/2885 y RCL 1965/86) por todo el periodo contractual en contratos de más larga duración: SAP de Lleida, de 14 de septiembre de 2000 (AC 2000/2401) [arrendamiento de local por cinco años; se indemniza con las 27 mensualidades que restaban de contrato]; SAP de Vizcaya, de 14 de abril de 2000 (AC 2000/2401) [arrendamiento por cuatro años; se aplica el art. 56 LAU, y faltaba aún un año de contrato]; SAP de Salamanca, de

⁸ CARRASCO PERERA, «¿Qué indemnización debe pagar el arrendatario que abandona el local antes de la fecha contratada?», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 677/2005, Parte Comentario.

4 de junio de 1996 (AC 1996/1047) [arrendamiento por ocho años; se desiste a los cuatro, y se aplica el art. 56 LAU por todo el tiempo restante, sin practicar ninguna moderación]; *SAP de Toledo, de 24 de mayo de 1995* (AC 1995/1016) [pero deja abierta la duda de si hubiera sido igual la solución si el arrendador hubiese realquilado]. Aunque en la *SAP de Barcelona, de 16 de marzo de 2001* (AC 2001/2044), no resulta el tiempo que faltaba de contrato, se aplica el 56 LAU y se desecha que pudiera hipotéticamente tenerse en consideración si el actor ha realquilado el local con posterioridad.

Cabe citar expresamente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 3.ª, de 16 de marzo de 2000 (AC 2001/2044), que en su Fundamento de Derecho segundo, señala:

«Declarar que la indemnización al arrendador con una cantidad equivalente a la renta que corresponda al plazo que, según el contrato, quedare por cumplir; consecuente a la decisión unilateral del arrendatario de ponerle fin antes de finalizar el plazo pactado, no exige justificación alguna y se valora por el legislador».

Pese a lo anterior, existió una moderación de tal solución por parte de la jurisprudencia, de ahí que la jurisprudencia haya establecido ya en relación con el artículo 56 de la LAU (1964) la doctrina de que la indemnización habría de entenderse limitada al tiempo en que el local, tras su desalojo por el arrendatario, hubiese permanecido desocupado y libre, ya que en otro caso se produciría un enriquecimiento injusto para el arrendador (SSTS de 15 de junio de 1993 [RJ 1993/4835], 25 de enero de 1996 [RJ 1996/318], 23 de mayo de 2001 [RJ 2001/6472], y 15 de julio de 2002 [RJ 2002/6048]).

Más concretamente para arrendamientos de vivienda, como afirma la doctrina civilista (vid., por todos, ESTRUCH ESTRUCH, *op. cit.*, págs. 986 y 987), hay que tener en cuenta lo siguiente: «Por lo tanto, salvo que expresamente se haya pactado lo contrario, no cabrá el desistimiento del arrendatario en todos aquellos contratos de arrendamiento de vivienda cuya duración inicial pactada sea igual o inferior a cinco años, o no se haya pactado tiempo de duración, o éste sea indefinido (en cuyo caso se aplicaría el art. 9.2 de la LAU), o en los contratos de arrendamiento para uso distinto del de vivienda (...)».

Ubicando el problema de la indemnización debida por el arrendatario que ha efectuado el desistimiento unilateral *ad nutum* dentro del lucro cesante, se pronuncia —sin duda, con excelente rigor ofreciendo una correcta respuesta a la cuantificación de la indemnización debida en relación con el deber de mitigar el daño que tiene el acreedor— MORALES MORENO⁹, al señalar:

«Si el arrendatario priva al arrendador de ese lucro, por no respetar la duración prevista en el contrato, le debe indemnizar. Esta indemnización se rige por las reglas generales de la responsabilidad contractual, salvo en lo previsto por las leyes especiales de arrendamientos. Tanto la Ley de arrendamientos urbanos como la Ley de arrendamientos rústicos contienen algunas especialidades.

1. Conforme a la regulación general, la indemnización debida al arrendador toma en cuenta el beneficio neto que el contrato le hubiera proporcionado en el tiempo restante de duración del mismo. Para calcular el beneficio neto, hemos

⁹ Manuel MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2010. Discurso leído el día 8 de febrero de 2010 en el acto de su recepción pública como Académico de Número, pág. 51 y sigs.

de descontar de la renta los gastos de la cosa, soportados por el arrendatario, y los de gestión del arrendamiento. La indemnización, como ordinariamente sucede en el lucro cesante, debe calcular las rentas futuras no percibidas y los gastos futuros, lo cual en algunos casos puede plantear problemas.

Para calcular el daño, ha de tenerse en cuenta, además, el beneficio neto, efectivamente obtenido por el arrendador como consecuencia de la restitución de la cosa arrendada. Ese beneficio se resta de la cuantía del lucro cesante indemnizable. El beneficio está integrado por las ventajas netas que el arrendador ha obtenido de la cosa arrendada, una vez que le ha sido restituida. Por ejemplo: ha obtenido sus frutos naturales o industriales, ha cobrado la renta de un nuevo arrendamiento. Si la cosa ha sido vendida por el arrendador, ha de tomarse en cuenta el beneficio obtenido gracias a esa venta. No el correspondiente al precio obtenido, porque el precio sustituye a la cosa. Sí, en cambio, el correspondiente a los productos de ese precio: los intereses correspondientes al tiempo en que hubiera debido continuar el arrendamiento de la cosa».

De nuevo MORALES MORENO (vid., *op. cit.*, págs. 51 y sigs.) razona justificadamente lo siguiente:

«Junto a la regla a la que me acabo de referir, que considera los beneficios efectivamente obtenidos, hemos de aplicar otra, que opera de modo alternativo y toma en cuenta los beneficios que hubieran debido ser obtenidos por el arrendador. Es la consecuencia del deber de mitigar el daño producido por el incumplimiento. En virtud de esta segunda regla, el lucro cesante indemnizable se reduce en la medida paliativa razonable. La medida más oportuna es la operación de reemplazo: la celebración de un nuevo contrato de arrendamiento, en condiciones razonables. Con esta medida, el arrendador sigue dando a la cosa el mismo destino que el del contrato incumplido. Si consideramos que los gastos deducibles son los mismos en el primer contrato y en el segundo, el lucro cesante es la menor cuantía de la renta del segundo contrato, durante el tiempo pendiente de ejecución de primero. Al lucro cesante pueden añadirse otros daños; por ejemplo: los gastos necesarios para la celebración de ese segundo contrato».

En el mismo sentido, CARRASCO PERERA¹⁰, opina lo siguiente:

«...La única solución eficiente es que la situación resultante del abandono de la posesión se resuelva de modo definitivo al tiempo de la sentencia, sin dejar flecos ni producir incentivos perversos no controlables. En muchos casos resueltos por los tribunales ha ocurrido así. Cuando la sentencia de primera instancia se dicta, ya ha transcurrido todo el tiempo de contrato, y se sabe si el arrendador ha realquilado o no en este tiempo. En tales casos, la solución racional es la mayoritaria en la jurisprudencia, y hoy autorizada por el Tribunal Supremo. Se debe indemnizar con la renta contractual hasta el día en que se produjo el nuevo alquiler. Da igual que esto se reclame como cumplimiento de la renta pactada o como indemnización por el lucro cesante resolutorio. Y como da igual, debemos aplicar la regla de la carga de minorar el daño, y deducir de esta cantidad la que resulte de una tardanza irrazonable en buscarse el arrendador este alquiler

¹⁰ CARRASCO PERERA, «¿Qué indemnización debe pagar el arrendatario que abandona el local antes de la fecha contratada?», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 677/2005, Parte Comentario.

sustitutorio. El arrendador asumiría el riesgo de la falta de rentas a partir del momento en que pudo razonablemente alquilar y no lo hizo. Finalmente deberíamos aumentar o disminuir la cantidad así fijada con la diferencia en menos/más entre la vieja y la nueva renta contractual...».

Por su parte, ALBIÑANA¹¹ estima lo que a continuación se expone: «Tercero. Conceptos indemnizables. Otro tema que interesa destacar es definir los conceptos susceptibles de ser indemnizados. Tradicionalmente la cuestión se ha planteado en términos de renta pero la realidad ofrece otros muchos conceptos que deben ser indemnizables por aplicación directa de los artículos 1101 y 1106 del Código Civil. Así, por ejemplo, citamos los siguientes, siendo la conclusión que cualquier daño o perjuicio sufrido por el arrendador, incluido el lucro cesante, debe ser completamente reparado: (i) las rentas que procedan por lucro cesante; (ii) en caso de nuevo arrendamiento, el arrendatario que incumplió debería compensar económicamente al arrendador, por los peores términos del nuevo arrendamiento (por ejemplo, una menor renta); (iii) el perjuicio causado por los gastos que genere el inmueble (gastos comunes, etc.) y cualquier otro concepto al que se obligó el arrendatario satisfacer durante la vida del contrato (*triple net lease*), tales como, en su caso, impuestos locales, prima de seguros, gastos de mantenimiento, etc.; (iv) obras de acondicionamiento realizadas o soportadas, y no repercutidas económicamente por el arrendador y otros beneficios arrendaticios que tanto las unas como los otros fueron concedidos en atención a la duración del contrato y a la confianza y expectativa legítima de que el arrendatario cumpliría con el “plazo de obligado cumplimiento” y que a la fecha del desistimiento tales obras y beneficios estuviesen pendientes de amortización; (v) gastos de comercialización del inmueble (costes y honorarios de agentes), etc.».

La jurisprudencia ha mantenido en ocasiones que el mero incumplimiento contractual ya genera daños que han de ser indemnizados, en este caso, el de las rentas que se han dejado de percibir así como de la diferencia de la renta respecto del nuevo contrato de arrendamiento, citándose, entre otras, las siguientes sentencias:

La sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 2.ª, 272/2002 de fecha 30 de julio de 2002 (AC 2002/1315) que, en su Fundamento de Derecho segundo, señala:

«La primera postura se matizaría, a su vez, en el sentido de que si la renta pactada en el segundo arrendamiento del local fue inferior a la estipulada en el primero, el arrendatario tendría que indemnizar no sólo por el tiempo en que el local estuvo desalquilado, sino también por la diferencia de renta (perdida por el arrendador) hasta la finalización del plazo contractual previsto.

Sostienen la segunda postura, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 3-7-1990 (RJ 1990/5768), 30-11-1992 (RJ 1992/9455), y 28-2-1995 (RJ 1995/2777)».

La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 179/1995, de 28 de febrero de 1995 (RJ 1995/2777), en su Fundamento de Derecho tercero, señala:

¹¹ ALBIÑANA, «Consecuencias del desistimiento unilateral del arrendatario», en *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez. Homenaje al profesor D. Juan Iglesias Prada*. Extraordinario-2011, págs. 206 y 207.

«b) Es irrelevante el hecho de que la señora Z. haya arrendado de nuevo su local con posterioridad a su desalojo por “DEFSA”, ya que tal acontecimiento no se contempla en la ley que, contrariamente, objetiva el importe de la indemnización abstrayéndolo, como se ha dicho, de cuál sea el de los perjuicios realmente causados, y es que la decisión unilateral adoptada por la arrendataria conlleva ex lege la consecuencia prevista en el artículo 56 y ha de entenderse aceptada cuando opta por hacer uso de la facultad que el precepto le concede de la que no cabe disociarla».

La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 490/2001, de 23 de mayo de 2001 (RJ 2001/6472), en su Fundamento de Derecho quinto, señala:

«Sin embargo, la resolución impugnada en lugar de prescindir del periodo en que las naves estuvieron arrendadas a “Moblicop Coop” para fijar la indemnización que considera procedente, tiene en cuenta, durante dichos meses, la diferencia entre lo realmente percibido por la entidad actora y lo que debería ser satisfecho según el contrato de litis, imponiendo a los demandados el abono de tal diferencia».

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11.^a), de 3 de junio de 1998 (AC 1998/5871), también acoge como partida indemnizatoria la diferencia de rentas expresada, al razonar lo siguiente:

«Dicho lo anterior, el siguiente punto a considerar estriba en la interpretación que ha de hacerse del artículo 56 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos, de 24 de diciembre de 1964, precepto que establece las obligaciones de las partes en el supuesto de desistimiento unilateral del arrendamiento por el arrendatario, fijando al respecto que este último vendrá obligado a notificar a la contraparte su propósito por escrito al menos con treinta días de antelación e indemnizarle con una cantidad equivalente a la renta que corresponda al plazo que, según el contrato, quedara por cumplir, indemnización que ha de entenderse es susceptible de minoración en aquellos supuestos en que se produce un nuevo arriendo antes de concluir el plazo fijado para el arrendamiento resuelto por la sola voluntad del arrendatario, en cuyo caso dicha indemnización se asimilará a las rentas devengadas durante el tiempo en que el local permanezca desocupado y libre, pues, en otro caso, se daría una situación clara de enriquecimiento injusto, que los Tribunales de Justicia no deben amparar (SSTS 15 junio 1993 [RJ 1993/4835] y 25 de enero de 1996 [RJ 1996/318]); indemnización que también deberá de contemplar, y ello es totalmente lógico, la diferencia entre las rentas, pues si el nuevo arriendo se ha concertado a la baja, necesariamente se ha producido un perjuicio que ha de correr a cargo del arrendatario que unilateralmente y sin causa justificada para ello, resolvió el contrato, sin que el hecho de entregar las llaves suponga la existencia de una declaración unilateral recepticia por parte de la arrendataria que excluya la aplicación de las previsiones legales establecidas al efecto, máxime cuando, como pone de manifiesto la STS de 30 de noviembre de 1992 (RJ 1992/9456), referido precepto tiene carácter imperativo y no puede quedar ineficaz por pacto en contrario, al ser de cumplimiento coactivo».

Por último, la sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de octubre de 2008 (RJ 2008/5586), si bien es cierto que estima uno de los motivos de casación interpuestos pero sin desvirtuar el criterio de la Audiencia que concedió como parte de la indemnización la menor renta que obtuvo el arrendador como consecuencia del desistimiento unilateral del arrendatario, al razonar que:

«Debe precisarse que la Audiencia señaló como indemnización la de los cuatro meses en que el inmueble permaneció sin arrendar más la suma correspondiente a los meses de renta transcurridas hasta la adjudicación del inmueble en subasta, pero en cuanto éstos por la diferencia de renta mensual entre el arrendamiento a la entidad “Alcatel” y el concertado con posterioridad con la mercantil “Teleaction”. Se estima que tal criterio es contrario a la doctrina expresada por esta Sala, que en supuesto de aplicación del artículo 56 de la Ley de Arrendamientos Urbanos ha declarado en sentencia de 30 de abril de 2007 (RJ 2007/2391) lo siguiente: “que el exarrendatario haya de pagar las diferencias de renta porque el arrendador haya vuelto a arrendar el local en condiciones económicas que le son perjudiciales, es un criterio que carece de base legal en el artículo 56 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964. La jurisprudencia de esta Sala, con excepción de la sentencia de 28-2-95 (RJ 1995/2777), la única flexibilización que ha admitido es la de que en el momento de la ocupación por tercero del local cesa la obligación para el exarrendatario del abono de indemnización —sentencias de 15 de junio de 1993 (RJ 1993/4835), 28 de febrero de 1996 (RJ 1996/1271), 30 de marzo de 2000 (RJ 2000/1785) y 23 de abril de 2001—. Se entiende que el artículo 56 presupone la existencia del daño si el local permanece desocupado, no en otro caso, pues existiría un enriquecimiento injusto del arrendatario, que cobraría la indemnización por el daño y la renta del nuevo arrendamiento”.

El motivo ha de ser estimado.

Y ello por distinta razón a la expuesta en el mismo, debiendo contraerse la indemnización debida al arrendador al tiempo en que el edificio permaneció sin alquilar, que fue cuatro meses, en los que la renta mensual era de 5.316.948 pesetas, lo que supone un importe de 21.267.792 pesetas, a los que hay que descontar los 9.000.000 de pesetas en poder de la parte arrendadora en concepto de fianza, por lo que el importe se reduce a 12.267.792 pesetas, lo cual supone la estimación parcial del recurso de casación. En cuanto a los intereses legales, conforme al artículo 576.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000/34/962 y RCL 2001/1892), dada la sustancial reducción del importe que deberá satisfacer “Alcatel” respecto del señalado por la Audiencia, se estima que los intereses legales procesales correspondientes a dicha suma deberán satisfacerse desde la fecha en que se dicta la presente sentencia y hasta el completo pago».

En el ámbito de los arrendamientos para uso distinto de vivienda, otro foco de discusión ha sido la posible aplicación analógica del artículo 11 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en base principalmente, a la doctrina que sentara la sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de mayo de 2004 (RJ 2004/2710). Sin embargo, la aplicación analógica que realiza la polémica STS de 20 de mayo de 2004, del artículo 11 de la LAU a los arrendamientos para uso distinto de vivienda, lo hace sólo cuando estos tengan una duración pactada superior a cinco años.

La propia sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 29 de enero de 2010 (JUR 2010/148500), se encarga de aclararnos cuál fue el sentido del fallo de la STS de 20 de mayo de 2004, con el siguiente razonamiento: «Por el contrario, no existe norma alguna que admita el desistimiento unilateral del arrendatario en los contratos de duración pactada no superior a los cinco años, no siendo aplicable analógicamente la norma del artículo 11, referida a los contratos de duración pactada superior a los cinco años, a los contratos de duración inferior, limitándose en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de mayo de 2004, citada por la apelante, a admitir la aplicación analógica del artículo 11, dentro del Título II de la Ley 29/1994, De los arrendamientos de vivienda, a los arrendamientos para uso

distinto del de vivienda, regulados en el Título III, siempre partiendo de una duración pactada superior a los cinco años».

Otra doctrina jurisprudencial que estima la inaplicación analógica del artículo 11 de la LAU de 1994 al arrendamiento para uso distinto de vivienda, cabe citar, entre otras, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 1 de marzo de 2005 (Sección 10.ª) (2005/108910), negó acertadamente tal aplicación analógica del siguiente modo: *«El contrato de méritos no reconoció expresamente al arrendatario la facultad de desligarse del mismo por su sola voluntad.*

Establece el artículo 4.3 LAU 29/1994, de 24 de noviembre (RCL 1994/3272 y RCL 1995/1141), aplicable a la relación litigiosa atendida la fecha de suscripción del contrato, que los arrendamientos para uso distinto del de vivienda se rigen por la voluntad de las partes, en su defecto por lo dispuesto en el Título III de la presente Ley, y supletoriamente por lo dispuesto en el Código Civil (LEG 1889/27).

Ex deffinitione, no es directamente aplicable el capítulo II del Título II de la LAU, en el cual, en relación con los arrendamientos de vivienda, se contiene el artículo 11. Este precepto regula el desistimiento del contrato cuando la «duración pactada» sea «superior» a cinco años, y ya hubiera transcurrido este periodo. En tal caso, el inquilino puede desistir unilateralmente incluso sin indemnización alguna siempre que avise al arrendador con dos meses de antelación. Como excepción, se autoriza que las partes puedan convenir en estos contratos una indemnización hasta el máximo previsto por el párrafo segundo del citado artículo.

Tampoco este precepto es aplicable por analogía porque ni nos encontramos ante un involuntario mutismo normativo, ni son parificables los arrendamientos de vivienda y los de uso distinto como evidencia que el régimen normativo de uno y otro sean explícitamente diversos.

Diversamente, en relación con los contratos de arrendamiento para uso distinto del de vivienda y los de vivienda con una duración pactada inferior a los cinco años o de cinco años, nada se contempla en la Ley respecto de la posibilidad de las partes para desistir unilateralmente del contrato y si no han pactado la posibilidad de desistir unilateralmente con o sin indemnización, son de aplicación las reglas generales disciplinadoras de las obligaciones y contratos en el Código Civil.

Así resulta de lo dispuesto en el artículo 1258 del Código Civil, sin que derive esta circunstancia de que en la estipulación 4.ª del contrato se conviniera que el plazo pactado «...se entiende de obligado cumplimiento para ambas partes». En efecto, las cláusulas de todo contrato válido y eficaz son, siempre y en todo caso, de obligado cumplimiento por ambos estipulantes ex artículos 1091 y 1256 del Código Civil, aunque nada se diga al respecto. En consecuencia, la expresada locución expletivamente incorporada al contrato nada añade y a nada distinto obliga que no se derive de lo pactado y de la Ley».

Igualmente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21.ª) de 24 de noviembre de 2001 (JUR 2002/ 60957): «al contrato de arrendamiento suscrito entre las partes litigantes no le es de aplicación lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, pues el mismo está comprendido en el Capítulo II, del Título II, de dicha Ley, que no es de aplicación al arrendamiento de uso distinto de vivienda (...) y asimismo en el contrato de arrendamiento de fecha 3 de septiembre de 1996 no se pactó expresamente por voluntad de las partes contratantes la aplicación del artículo 11 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, ni tampoco se contempló expresamente en sus cláusulas, el supuesto de desistimiento del contrato antes de la expiración del plazo pactado de duración por parte del arrendatario».

De la doctrina científica que estima la inaplicación analógica del artículo 11 de la LAU de 1994 al arrendamiento para uso distinto de vivienda, podemos citar:

ESTRUCH ESTRUCH (vid., *op. cit.*, págs. 986 y 987), razona lo siguiente: «A nuestro juicio, no es válido el desistimiento unilateral del contrato realizado por el arrendatario en los contratos de arrendamiento para uso distinto del de vivienda antes del tiempo de duración pactado contractualmente. A estos arrendamientos para uso distinto del de vivienda, tengan o no una duración superior a los cinco años, no es aplicable por analogía lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y ello a pesar de la polémica STS de 20 de mayo de 2004 (RJ 2004/2710). Lo cierto es que la mayoría de la jurisprudencia menor no considera aplicable el artículo 11 LAU a los arrendamientos para uso distinto del de vivienda. Así, en la SAP de Madrid, de 1 de marzo de 2005 (JUR 2005/108910), se indica que: “los arrendamientos para uso distinto del de vivienda se rigen por la voluntad de las partes, en su defecto por lo dispuesto en el Título III de la presente Ley, y supletoriamente por lo dispuesto en el Código Civil”. *Ex deffinitione*, no es directamente aplicable el capítulo II del Título II de la LAU, en el cual, en relación con los arrendamientos de vivienda, se contiene el artículo 11. Este precepto regula el desistimiento del contrato cuando la “duración pactada” sea “superior” a cinco años, y ya hubiera transcurrido este periodo. En tal caso, el inquilino puede desistir unilateralmente incluso sin indemnización alguna, siempre que avise al arrendador con dos meses de antelación. Como excepción, se autoriza que las partes puedan convenir en estos contratos una indemnización hasta el máximo previsto por el párrafo segundo del citado artículo. Tampoco este precepto es aplicable por analogía porque ni nos encontramos ante un involuntario mutismo normativo, ni son parificables los arrendamientos de vivienda y los de uso distinto, como evidencia que el régimen normativo de uno y otro sean explícitamente diversos. Diversamente, en relación con los contratos de arrendamiento para uso distinto del de vivienda y los de vivienda con una duración pactada inferior a los cinco años o de cinco años, nada se contempla en la Ley respecto de la posibilidad de las partes para desistir unilateralmente del contrato y si no han pactado la posibilidad de desistir unilateralmente con o sin indemnización, son de aplicación las reglas generales disciplinadoras de las obligaciones y contratos en el Código Civil». Muy clara es también la SAP de Madrid, de 24 de noviembre de 2001 (JUR 2002/60957): «al contrato de arrendamiento suscrito entre las partes litigantes no le es de aplicación lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, pues el mismo está comprendido en el Capítulo II del Título II de dicha Ley, que no es de aplicación al arrendamiento de uso distinto de vivienda (...) y asimismo en el contrato de arrendamiento de fecha 3 de septiembre de 1996 no se pactó expresamente por voluntad de las partes contratantes la aplicación del artículo 11 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, ni tampoco se contempló expresamente en sus cláusulas, el supuesto de desistimiento del contrato antes de la expiración del plazo pactado de duración por parte del arrendatario». En el mismo sentido, la SAP de Asturias, de 8 de noviembre de 2000 (AC 2000/2380), señala que: «la imposibilidad de que el arrendatario alegue el desistimiento unilateral, como causa de extinción del arriendo para uso distinto del de vivienda, ha sido también puesta de manifiesto por las Audiencias de Valladolid (6 de junio de 1997 [AC 1997/1236]) y Burgos (4 de diciembre del mismo año [AC 1997/2501])». Véanse también las SSAP de Murcia, de 15 de febrero de 2002 (AC 2002/1113), y Asturias, de 21 de febrero de 2000 (AC 2001/157). Por último, sintéticamente dice la SAP de Alicante, de 11 de abril de 2001 (JUR 2001/180761) que: «[l]a facultad de resolver un contrato por desistimiento unilateral es excepcional porque implica una vulneración del artículo 1256 del Código Civil, que declara que la validez y cumplimiento de los

contratos no puede dejarse al arbitrio de ninguna de las partes. Esa facultad excepcional debe otorgarse por previsión expresa legal, contractual o cuando se trata de contratos de tracto sucesivo de duración indefinida y en los que destaca el componente *intuitu personae*. En la regulación contenida en la LAU-1994 (art. 35) no se contempla, para los arrendamientos de uso distinto de vivienda, la facultad de resolver el contrato a instancia del arrendatario, no siendo aplicable por analogía el artículo 11 LAU porque se refiere al contrato de arrendamiento de vivienda».

Por su parte, Ángel Luis REBOLLEDO VARELA (vid., *op. cit.*), se pronuncia con idéntica conclusión del siguiente modo: «Dentro de las normas específicas que contiene la LAU en los artículos 29 y siguientes, de entrada no existe una norma similar al artículo 11 en sede de arrendamiento de viviendas por lo que, en principio, el contrato estará sometido a la regla general del artículo 1256 del Código Civil en el sentido de que su cumplimiento no puede quedar al arbitrio de una de las partes. En consecuencia, la duración pactada tendrá que ser respetada, sin perjuicio de las previsiones contractuales que convencionalmente las partes hayan considerado oportuno incluir sobre el desistimiento unilateral del arrendatario, que en caso de permitirse se considera como una facultad conferida al mismo que no vulnera el artículo 1256 del Código Civil, doctrina que se ha visto expresamente confirmada por la STS de 4 de marzo de 2009 (*RJ* 2009/2383), ello sin perjuicio de la conveniencia de fijar un plazo mínimo de duración con carácter vinculante para ambas partes. Así, SAP de Navarra, Sección 1.ª, de 11 de julio de 2008 (*JUR* 2009/95733), SAP de Madrid, Sección 20, de 10 de julio de 2007 (*JUR* 2007/307766), SAP de Murcia, Sección 5.ª, de 16 de enero de 2007 (*JUR* 2007/255270)».

Asimismo, M. E. CLEMENTE MEORO¹², igualmente opina que: «no hacía falta recurrir a la aplicación analógica del artículo 11 LAU de 1994, sino que bastaba con aplicar lo previsto en el artículo 1106 del Código Civil, ajustándose pues a lo que establece el artículo 4.3 LAU de 1994».

Por su parte, la reciente reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 4/2013, de 4 de junio) (*RCL* 2013/841) permite ya en la nueva redacción del artículo 11 LAU (*RCL* 1994/3272) el desistimiento del arrendatario transcurridos seis meses del contrato, habiéndonos facilitado al menos la problemática en cuanto a la interpretación del artículo 11 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, tan desafortunada en la práctica jurisprudencial, al menos en cuanto a los arrendamientos de vivienda.

MAGRO SERVET¹³ compara así el asunto objeto de debate, con la situación normativa existente con anterioridad y con posterioridad a la citada Ley 4/2013, al exponer lo siguiente:

- «1. Que antes de la reforma de la LAU de 2013, el desistimiento del arrendatario solo cabía en contratos de arrendamiento de duración superior a los cinco años.
2. Con la reforma de 2013, el desistimiento del arrendatario ya cabe cualquiera que sea la duración del contrato.

¹² CLEMENTE MEORO, «Desistimiento del arrendatario para uso distinto de del vivienda e indemnización de daños y perjuicios. Comentario a la STS de 20 de mayo de 2004 (*RJ* 2004/2710)», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 14/2005, pág. 165.

¹³ MAGRO SERVET, «El desistimiento del arrendatario en los contratos de arrendamiento y sus efectos tras la reforma de la LAU», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2013.

3. Lo único que se exige en estos casos de desistimiento del arrendatario es que hayan transcurrido al menos seis meses del contrato para poder ejercitar la facultad resolutoria unilateral.
4. Para llevar a efecto esta facultad, el arrendatario debe comunicárselo al arrendador con una antelación mínima de un mes al momento en que quiera hacer efectiva esa resolución de forma fehaciente, ya que en caso contrario no podrá demostrar, si el conflicto se judicializa, que envió en debida forma esta comunicación como marca la reforma.
5. Que, sin embargo, si se trata de contratos de duración superior al año, las partes podrán pactar en el contrato que, para el caso de desistimiento, deba el arrendatario indemnizar al arrendador con una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que reste por cumplir. Los periodos de tiempo inferiores al año darán lugar a la parte proporcional de la indemnización. Quiere esto decir que en los contratos de arrendamiento de vivienda por plazo inferior al año, que son los habituales, porque nadie arrienda por plazo superior al año al tener la opción de prórroga ahora hasta tres, si desiste el arrendatario transcurridos los seis primeros meses del contrato no deberá abonar los seis que le quedan hasta cumplir el año si desea abandonar el inmueble.
6. Con ello ya no hace falta que se acredite justa causa o circunstancias sobrevenidas por la crisis económica, o razones personales, para que los tribunales pudieran condonarle la indemnización que podría estar obligado a abonar el arrendatario al arrendador por la unilateral resolución, ya que lo único que debe hacer el arrendatario es comunicar al arrendador fehacientemente que desea abandonar el inmueble, una vez transcurridos los seis primeros meses del contrato.
7. Y, por último, un tema de gran trascendencia, y es que esta opción que se plantea en el artículo 11 LAU nuevo de desistimiento del arrendatario una vez transcurridos los seis primeros meses del contrato no es aplicable a los locales de negocio, ya que sigue sin aplicarse a estos al no haberse incluido en la reforma ningún precepto que haga extensivos a los arrendamientos para usos distintos al de vivienda las opciones que se marcan en el artículo 11, de tal manera que en estos casos si se pacta entre las partes una determinada duración del contrato de arrendamiento y al arrendatario le surgen circunstancias sobrevenidas que le llevan a instar la resolución unilateral del contrato o desistimiento, sí que es cierto que operarán las razones expuestas acerca de que el tribunal podrá valorar si, en efecto, estas circunstancias confluyen y están justificadas para determinar el alcance de la compensación que debe satisfacer el arrendatario de local de negocio al arrendador».

III. LA CLÁUSULA PENAL ANTE EL DESISTIMIENTO UNILATERAL *AD NUTUM* DEL ARRENDATARIO

Ante las dificultades de encontrar una respuesta uniforme en nuestra jurisprudencia, en la práctica se ha venido utilizando el recurso a la cláusula penal para la liquidación abstracta del daño en estos casos. Así, la virtualidad de las cláusulas penales para los supuestos de desistimiento unilateral *ad nutum* efectuados indebidamente por el arrendatario en claro incumplimiento del plazo contractual pactado, ha sido reconocida por nuestra jurisprudencia.

En este sentido, cabe citar la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, número 544/2012, de 23 de noviembre (AC 2013/55), inapreciando, por otro lado, la existencia de un enriquecimiento injusto, razona literalmente lo siguiente:

«Enriquecimiento injusto. En penúltimo lugar se alega la existencia de un enriquecimiento injusto, pues don Melchor reconoció que a los dos meses volvió a arrendar la vivienda a una tercera persona; por lo que si recibe la indemnización pactada en el contrato, se estaría lucrando indebidamente.

El motivo no puede ser estimado:

*1.º Para que pueda hablarse de una situación de enriquecimiento injusto susceptible de ser corregida judicialmente, la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo [TS de 19 de julio de 2012 (RJ 2012/10118) (Roj: STS 6699/2012, recurso 294/2010), 17 de mayo de 2012 (Roj: STS 4230/2012, recurso 719/2008), 9 de febrero de 2012 (RJ 2012/3786) (Roj: STS 911/2012, recurso 202/2009), 25 de noviembre de 2011 (Roj: STS 8016/2011, en el recurso 576/2008), 30 de diciembre de 2010 (RJ 2011/1790) (Roj: STS 7566/2010, recurso 1232/2007), 3 de diciembre de 2010 (Roj: STS 6692/2010, recurso 164/2007), 15 de noviembre de 2010 (Roj: STS 6258/2010, recurso 1741/2006), 21 de septiembre de 2010 (Roj: STS 4620/2010), 23 de julio de 2010 (Roj: STS 4218/2010), 21 de julio de 2010 (Roj: STS 3901/2010), 21 de septiembre de 2010 (Roj: STS 4620/2010), 31 de octubre de 2001 (RJ 2001/9639), 5 de marzo de 1999 (RJ Aranzadi 1403), 19 de diciembre de 1996 (RJ Aranzadi 9218), 4 de noviembre de 1994 (RJ Aranzadi 8373) y 5 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10395), entre otras] exige la concurrencia de los siguientes requisitos: (i) Aumento del patrimonio del enriquecido. (ii) Correlativo empobrecimiento del actor, representado por un *lucrum cesans*. (iii) Falta de causa que justifique el enriquecimiento. (iv) E inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio; o la existencia de un negocio jurídico válido y eficaz.*

El referido enriquecimiento ha de referirse necesariamente a un desplazamiento patrimonial carente de toda causa que lo pueda justificar, lo que no sucede cuando ha mediado un contrato válido y eficaz cuya nulidad no se declara procedente; o porque una regulación legal admite y tolera ese enriquecimiento en aras a un interés social; o se produce en virtud de una sentencia, o en un proceso de ejecución. La doctrina del enriquecimiento injusto no es aplicable cuando es impuesto por pacto o en virtud de resolución judicial [TS de 27 de febrero de 2012 (RJ 2012/5289) (Roj: STS 1064/2012, recurso 1942/2008), 25 de noviembre de 2011 (RJ 2012/578) (Roj: STS 8016/2011, en el recurso 576/2008), 6 de mayo de 2011 (RJ 2011/3843) (Roj: STS 2847/2011, recurso 2224/2007)].

2.º En este caso se pactó una cláusula penal con función liquidadora, pues la pena sustituye la determinación de la posible indemnización de daños y perjuicios, como contempla el artículo 1152 del Código Civil (LEG 1889/27). Implica un rescaramiento de daños prefijado y objetivo, para el supuesto de incumplimiento. Su efectividad opera sin que sea preciso acreditar la existencia y realidad de daños y perjuicios efectivamente causados, pues tiene una función liquidadora del daño; por lo que ni precisa prueba, ni puede acudirse a otros criterios para valorar el daño. La libertad de pactos sobre la que se asienta nuestro Ordenamiento, como excepción a la regla general para caso de incumplimiento por uno de los contratantes consistente en la indemnización de los daños y perjuicios causados a la contraparte que cumplió, permite asegurar el cumplimiento de las obligaciones frente a terceros, mediante un pacto accesorio de que en caso de incumplimiento el deudor se obliga a ejecutar una prestación consistente en general en el pago de una determinada cantidad de dinero, y, si bien no define que debe entenderse por cláusula penal, en

los artículos 1152 a 1155 del Código Civil regula sus efectos [TS de 4 de noviembre de 2010 (RJ 2010/9155) (Roj: STS 7671/2010, recurso 1992/2006)]. Tal como ordena el artículo 1152 del Código Civil, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado. Por lo cual, si las partes, voluntariamente y en aras del principio de autonomía de la voluntad que proclama el artículo 1255 del Código Civil han pactado una cláusula penal, deben acatar la función liquidadora que impone el mencionado artículo 1152 [TS de 21 de febrero de 2012 (RJ 2012/4524) (Roj: STS 1322/2012, recurso 21/2009)].

3.º Estando pactada una cláusula penal, con función de una objetiva liquidación del daño para el supuesto de que los arrendatarios incumpliesen su obligación de no ocupar la vivienda (y por lo tanto pagar la renta) durante un periodo mínimo de un año, no puede entrarse a analizar si los perjuicios reales han sido mayores o menores. Ni tampoco tildarse de enriquecimiento injusto, pues el trasvase patrimonial se produce en virtud de un negocio jurídico libremente pactado entre las partes».

Además, en contra de la moderación judicial de la pena pactada, la citada sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, se pronuncia así al respecto:

«1.º El artículo 1154 del Código Civil remite al juicio de equidad del juez para la moderación de la pena convencional “cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor”, respondiendo a la idea de que, cuando los contratantes han previsto una pena para el caso de un incumplimiento total de la obligación, la equidad reclama una disminución de la sanción si el deudor la cumple en parte o deficientemente, ya que, en tal caso, se considera alterada la hipótesis prevista. Sin embargo, esta concepción descarta el uso de la potestad judicial moderadora de la pena convencional, aun en supuestos de incumplimiento parcial o defectuoso, cuando este incumplimiento parcial o defectuoso hubiera sido el pactado como supuesto condicionante de la aplicación de la pena, ya que entonces se debe estar a lo acordado por las partes [TS de 7 de mayo de 2012 (RJ 2012/8004) (Roj: STS 4442/2012, recurso 1421/2009), 17 de enero de 2012 (RJ 2012/287) (Roj: STS 500/2012, recurso 424/2007), 12 de julio de 2011 (RJ 2011/5112) (Roj: STS 4872/2011, recurso 1034/2007), 10 de junio de 2011 (RJ 2011/4522) (Roj: STS 3627/2011, recurso 651/2007), 4 de mayo de 2011 (RJ 2011/3728) (Roj: STS 2671/2011, recurso 2220/2007), 1 de octubre de 2010 (RJ 2010/7307) (Roj: STS 5575/2010, recurso 633/2006)].

2.º En el presente caso, dado el tenor de la cláusula (“los arrendatarios podrán desistir del contrato, antes del plazo pactado, con preaviso de un mes, y de no cumplirse el plazo mínimo de un año se verán obligados a indemnizar a los arrendadores con las cuotas pendientes”), el incumplimiento parcial es el expresamente previsto. Se indemnizará en las mensualidades que falten para cumplir el año desde que se resuelve unilateralmente el contrato. Cuanto más se cumpla por parte de los arrendatarios, menor será la pena que soportarán. Por lo que no cabe aplicar facultad moderadora alguna, conforme a la citada jurisprudencia».

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de octubre 2010 (RJ 2010/7307) cuando afirma lo siguiente: «cuando la cláusula penal está prevista para un determinado incumplimiento parcial, no puede aplicarse la facultad moderadora del artículo 1154 del Código Civil si se produce exactamente aquel incumplimiento parcial. Por ello, la moderación procede cuando se ha incumplido en parte la total obligación para la que la pena se previó, de modo que,

como afirma la doctrina, la finalidad del precepto no reside en si se debe rebajar equitativamente una pena excesivamente elevada, sino que las partes al pactar la pena pensaron en el caso del incumplimiento total y evaluaron la pena en función de esta hipótesis, porque cuando se previó para un incumplimiento parcial, la cláusula se rige por lo previsto por las partes».

Sin embargo, tampoco en relación con la posible moderación de la cláusula penal en estos casos, ha existido una respuesta unísona en la práctica forense. Así, frente a esta postura tradicional ha surgido una nueva corriente jurisprudencial que considera que los Tribunales pueden entrar a moderar las cláusulas penales tanto en los supuestos de cumplimiento parcial o irregular (corriente tradicional), como en aquellos de incumplimiento total.

En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 21 de noviembre de 2011 (AC 2011/2307), ante una regulación expresa de una cláusula penal por desistimiento del arrendatario (que exige el total importe de la renta pactada al arrendatario hasta la terminación del plazo de duración del contrato), procede a su moderación por entender que su aplicación estricta produciría una ruptura del equilibrio de las contraprestaciones entre arrendador y arrendatario.

Una importante justificación que ofrece esta interesante sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 21 de noviembre de 2011, es el recurso a los textos que nos ofrece la armonización del Derecho Privado Europeo, así como la Propuesta de Modernización de Derecho de Obligaciones, elaborada por la Comisión General de Codificación, al razonar lo siguiente:

«Y por esta misma Sala de apelación, en sentencia de 14 de diciembre de 2010 (rec. 476-08), ya se sostuvo que “el Código Civil (LEG 1889/27) dispone en su artículo 1152 que la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo permite la moderación de la pena convencional cuando ésta tiene carácter excesivo, aún cuando el incumplimiento sea total, ampliando de esta manera el ámbito de aplicación del artículo 1154 del Código Civil, en línea con lo establecido en los Principios de Derecho Contractual Europeo y en el Anteproyecto de modernización del Derecho de obligaciones elaborado por la Comisión General de Codificación”.

La jurisprudencia del TS que tiene en cuenta el Derecho uniforme europeo para interpretar las normas del Código Civil sobre obligaciones y contratos a partir de la sentencia de 17 de diciembre de 2008 (RJ 2009/675) que afirma con carácter general que “el origen común de las reglas contenidas en el texto de los Principios del Derecho Europeo de Contratos (PECL) permite utilizarlos como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código Civil”. Esta doctrina es tenida en cuenta por varias sentencias del Tribunal Supremo, como las de 25 de mayo de 2009 (RJ 2009/2417), 16 de febrero (RJ 2010/1783) y 3 de septiembre de 2010 (RJ 2010/6950) y sobre todo en la medida que contempla el caso de moderación de la pena convencional en caso de incumplimiento total la reciente sentencia de 5 de octubre de 2010 (RJ 2010/8008) que en el Fundamento de Derecho cuarto dice lo siguiente: “...la tendencia doctrinal que aflora en el artículo 1150 del Anteproyecto de Modernización del Derecho de Obligaciones, elaborado por la Comisión de Codificación y publicado por el Ministerio de Justicia en enero de 2009, apunta a la posibilidad de moderación de las cláusulas penales incluso en supuestos en que se estipuló con carácter “inmoderable”: “El juez modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones convenidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido”, y también apunta en este sentido el apartado 2 del artículo 9:509 de los Principios

de Derecho Europeo de los Contratos de la Comisión Lando: "Sin embargo y aun cuando se haya dispuesto otra cosa, la cantidad pactada podrá reducirse a una cifra más razonable, si su importe resultara manifiestamente excesivo en proporción al daño provocado por el incumplimiento y a las demás circunstancias"».

Para justificar la moderación de la cláusula penal, la Audiencia Provincial acoge la interpretación doctrinal que establece que los Tribunales pueden entrar a valorar cualquier cláusula penal, ofreciéndonos los siguientes parámetros: la facultad moderadora del artículo 1154 del Código Civil, la doctrina del enriquecimiento injusto, la teoría de la cláusula *rebus sic stantibus* y el riesgo de insolvencia del arrendatario, cuando afirma que:

«Sin embargo, como se ha señalado desde la doctrina que interpreta este tipo de problemas interpretativos, "nos encontramos en nuestro Derecho con al menos cuatro cuestiones que impiden afirmar radicalmente que cualquier tipo de cláusula indemnizatoria pactada por las partes de un contrato de arrendamiento será respetada por el juzgador. Estas cuestiones son: a) la facultad moderadora de los tribunales vía artículo 1154 del Código Civil español; b) la doctrina jurisprudencial del enriquecimiento injusto; c) la teoría de rebus sic stantibus; y d) finalmente, claro está, el riesgo de insolvencia del arrendatario"».

En cuanto a la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto, la Audiencia Provincial de Madrid considera en esta sentencia que *«(...) para evitar una notoria desproporción y un enriquecimiento injusto por parte del arrendador, la jurisprudencia de esta Sala ha considerado necesario una prudente moderación, y ha venido a establecer los elementos a tener en cuenta para esta posible moderación, que pasan por valorar las expectativas legítimas del arrendador, que no deben quedar frustrados, y del arrendatario, que no debe ser gravado con una consecuencia económica desproporcionada a causa de la resolución anticipada del contrato»* (SSTS de 3 de febrero de 2006, 5 de julio de 2006 y 12 de junio de 2008).

Además, la Audiencia, en la sentencia referida, dispone que: *«(...) la moderación de la cláusula penal no sólo puede enfocarse como reducción del importe del multiplicando, sino que debe enfocarse también como reducción de la extensión temporal del intervalo a que se aplica dicha cláusula. Si la cláusula penal sustituye a la indemnización de daños y perjuicios (...) no puede dejarse de tener en cuenta el hecho de que en un momento determinado puedan desaparecer esos daños y perjuicios»*. Así, la Audiencia estima parcialmente el recurso interpuesto por el arrendador; condenando al arrendatario a indemnizar el daño efectivamente causado (al arrendador), esto es, al pago: (i) de la renta de los meses en que el arrendador no ha podido tener arrendado el local; y (ii) de la diferencia entre la renta del contrato de arrendamiento resuelto unilateralmente y la del nuevo contrato de arrendamiento suscrito por el arrendador posteriormente (tres meses después), multiplicado por el plazo de duración pendiente de cumplimiento.

El recurso que efectúa la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 21 de noviembre de 2011, a los textos que nos ofrece la armonización del Derecho Privado Europeo, así como la Propuesta de Modernización de Derecho de Obligaciones, elaborada por la Comisión General de Codificación, nos invita a aproximarnos a la cuestión de la moderación de la pena en dichos textos, así como el tratamiento que de la moderación judicial de las cláusulas penales excesivas se ha realizado ya a nivel doctrinal.

El marco anterior viene dado pues por el artículo 1150 de la Propuesta Modernización de Derecho de Obligaciones que establece literalmente que: «*El juez modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido*».

El artículo 9:509 de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos:

1. *Cuando el contrato establece que la parte que incumple debe pagar una suma de dinero a la parte perjudicada por tal incumplimiento, ésta deberá recibir dicha cantidad con independencia de cuál haya sido su pérdida efectiva.*
2. *Sin embargo, a pesar de una estipulación en contrario, dicha suma puede ser reducida a una cantidad razonable cuando sea notoriamente excesiva en relación con las pérdidas que resulten del incumplimiento y de cualesquiera otras circunstancias.*

Los «Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference», estipulan en su Libro III, artículo 3:710, lo siguiente:

- (1) *Cuando los términos que regulan una obligación establecen que el deudor que incumple debe pagar una determinada suma al acreedor por dicho incumplimiento, el acreedor tiene derecho a esa suma con independencia de la pérdida efectiva.*
- (2) *Sin embargo, a pesar de una estipulación en contrario, la suma así estipulada en el contrato puede ser reducida a una cantidad razonable cuando sea notablemente excesiva en relación con la pérdida ocasionada por el incumplimiento y las demás circunstancias.*

Por otro lado, el artículo 7, 4, 13 de los Principios UNIDROIT de 2004, sobre los contratos comerciales internacionales, prevé que:

1. *Cuando el contrato establezca que la parte incumplidora ha de pagar una suma determinada a la parte perjudicada por tal incumplimiento, la parte perjudicada tiene derecho a cobrar la suma sin tener en cuenta el daño efectivamente sufrido.*
2. *No obstante, a pesar de cualquier pacto en contrario, la suma determinada puede reducirse a un monto razonable cuando fuere notablemente excesiva con relación al daño ocasionado por el incumplimiento y a las demás circunstancias.*

En relación con lo anterior, destaca al respecto, el trabajo de ARANA DE LA FUENTE¹⁴ y las reflexiones de esta autora acerca de la conveniencia de la moderación judicial de la pena excesiva, cuando razona lo siguiente:

«La modificación judicial de las cláusulas penales excesivas o desproporcionadas no está contemplada en nuestro Código Civil, pero sí en muchos otros Ordenamientos Jurídicos. La cuestión es si existen razones suficientes para incorporarla al nuestro con carácter general.

¹⁴ ARANA DE LA FUENTE, «Algunas precisiones sobre la reforma de la cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», en *Indret* 4/2010, octubre de 2010.

En contra de tal incorporación, se dice que la moderación judicial de la cláusula penal por razón de lo excesivo de su cuantía distorsiona el principio *pacta sunt servanda*, introduce inseguridad jurídica, pone en jaque la finalidad económica de cláusula penal, aumenta la probabilidad de litigiosidad, etc.

No carecen de fundamento estas afirmaciones. Las facultades judiciales de carácter discrecional entrañan, en general, un factor que puede distorsionar la fuerza vinculante de los contratos y generar importantes dosis de incertidumbre. En definitiva, no tengo clara la conveniencia de modificar en este sentido el vigente artículo 1154 del Código Civil. Ahora bien, todo ello no impide reconocer la existencia de razones de peso favorables a la regla contenida en el artículo 1150 de la Propuesta, cuales son:

- 1.^a) Procurar el acercamiento de nuestra normativa a la predominante en Europa. En efecto, nuestro Código Civil es excepcional en este punto, ya que admite la cláusula penal cumulativa o punitiva, pero no autoriza a los jueces para moderar las cláusulas excesivamente onerosas, sino únicamente para modificar la pena cuando la prestación principal haya sido parcial o irregularmente cumplida. Por el contrario, la facultad judicial de moderar las penas excesivas o desproporcionadas, en relación con el daño efectivamente causado por el incumplimiento, está reconocida en la mayor parte de los Ordenamientos europeos continentales, como el italiano, alemán, belga, portugués o francés, entre otros. Se recoge, asimismo, en textos internacionales, como la citada Resolución del Consejo de Europa, de 20 de enero de 1978, relativa a las Cláusulas Penales en Derecho Civil (art. 7-1.^o), a cuyo tenor: *«La cantidad estipulada podrá ser rebajada por el juez si fuera claramente excesiva»*; los Principios UNIDROIT, sobre Contratos Comerciales Internacionales (art. 7,4,13); los Principios del Derecho Europeo de Contratos (art. 9:509); o la Propuesta de Marco Común de Referencia (Libro III, art. 3:710).
- 2.^a) La necesidad de solucionar supuestos extremos de penas manifiestamente excesivas, que puedan proporcionar un beneficio desproporcionado al acreedor en detrimento del deudor, ya que el artículo 1154 del Código Civil no prevé la moderación de la cláusula penal por elevada que sea su cuantía.

Ante la falta de una norma codificada que otorgue a los tribunales la facultad de moderar este tipo de penas, en la doctrina se han propuesto diversas vías, como la aplicación analógica, o la interpretación extensiva, del artículo 1154 del Código Civil; la aplicación de la facultad moderadora reconocida a los tribunales, con carácter general, por el artículo 1103 del Código Civil para casos de incumplimiento no doloso; o la aplicación del principio general que prohíbe el abuso del derecho, recogido en el artículo 7-2.^o del Código Civil. En mi opinión, con el vigente artículo 1154 del Código Civil en la mano, ninguna de estas vías tiene fundamento suficiente. Salvo que dicho precepto se modifique, la pena convencional, por excesiva o desproporcionada que sea, no es susceptible de moderación. Otra cosa es que, como quedó dicho anteriormente, pueda ser calificada de usuraria, con arreglo a lo dispuesto en la Ley de Represión de la Usura, de 23 de julio de 1908 (*Gaceta de Madrid* 2006/1908, de 24 de julio), o de abusiva, en la contratación con consumidores, cuando sea contraria a la legislación protectora del consumo, en especial al Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de no-

- viembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de Protección de Consumidores y Usuarios de 2007 (BOE, núm. 287, de 30-11-2007), dando lugar a las consecuencias previstas en dichas normas.
- 3.^a) Evitar la inseguridad que provoca la moderación judicial admitida por un sector jurisprudencial. No plantea este problema la doctrina mayoritaria de la Sala Primera del Tribunal Supremo, conforme a la cual, las partes son libres de pactar el importe de la pena que tengan por conveniente y que el artículo 1154 del Código Civil no permite al juez rebajar equitativamente una pena excesivamente elevada».

Asimismo, MARÍN GARCÍA¹⁵, haciéndose eco de la Propuesta y sus diferencias con los textos internacionales citados, expresa que:

«La Propuesta se aleja de la línea mantenida por los Principios del Derecho Europeo de Contratos (2000), cuyo artículo 9:509(2) posibilita la moderación de la cláusula penal excesiva en relación, entre otras circunstancias, con la cuantía del daño efectivo, pero no solamente. En sentido idéntico, el artículo 7.4.13(2) de los Principios UNIDROIT (2004)20 y el III-3:712(2) del Borrador del Marco Común de Referencia (2009)21. El tenor literal de los tres textos citados permitiría al juez apreciar el daño previsible u otras circunstancias distintas, sin ceñirse al daño efectivo como factor exclusivo a considerar para la moderación de la pena».

MARÍN GARCÍA critica la moderación equitativa de la cláusula penal que propone la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones, al razonar que:

«La jurisprudencia del Tribunal Supremo contraria a la moderación por razones de equidad es constante e incluso ha llegado a puntualizar que el hecho que la pena sea desproporcionada o abusiva es irrelevante a efectos de la moderación.

Además, a pesar de la eventual reforma legal, la moderación de la pena por razones de equidad no encaja en nuestro ordenamiento, pues choca con la rigidez extrema en la revisión de los contratos por cambio de las circunstancias. Por ello, permitir la moderación de la pena por razones de equidad distorsiona el principio *pacta sunt servanda* (art. 1258 CC) al debilitarlo única y exclusivamente cuando se trata de una cláusula penal.

Más aún, la Propuesta no restringe en modo alguno la revisión judicial de la pena por equidad, en contraste con el Derecho alemán, cuyo § 348 HGB exceptiona para los empresarios el principio de mutabilidad de la pena del § 343 BGB26, al no instituir un régimen diferenciado para cláusulas penales pactadas entre profesionales en el ejercicio de su actividad. De hecho, la entrada en vigor del artículo 1150 la Propuesta supondría extender a personas distintas de los consumidores y usuarios una protección que, para colmo, sería más favorable para el deudor que la hasta ahora reservada a estos sujetos en virtud del artículo 85.6 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 (BOE núm. 287, 30.11.2007)». En relación con la moderación judicial de la pena en caso de incumplimiento parcial y lo que aborda la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones, MARÍN GARCÍA estima que: «La propuesta no se limita a incorporar la moderación por razones de equi-

¹⁵ MARÍN GARCÍA, «La cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», en *Indret* 2/2009, mayo de 2009.

dad, sino que suprime la revisión judicial de la pena en caso de incumplimiento parcial, puesto que ni siquiera la menciona. A mi juicio, esta omisión no es deliberada y se debe a un olvido de la Comisión General de Codificación, por lo que versiones futuras del texto harán referencia a ella sin perturbar su contenido actual. El afán de reformar el artículo 1154 del Código Civil ha conducido a una propuesta normativa deficitaria en este punto concreto y, de nuevo, redactada con redundancias (“penas convencionales”, “indemnizaciones”).».

IV. EPÍLOGO

Por lo tanto, podemos observar cómo el remedio de la cláusula penal ante el caso del desistimiento unilateral sin justa causa por parte del arrendatario se ha mostrado en ocasiones como un sistema eficaz para la liquidación de la indemnización de daños y perjuicios sufridos por parte del arrendador sin que el Juzgado correspondiente admitiera la posibilidad de moderación. No obstante, éste tampoco ha sido un criterio unánime en nuestra jurisprudencia, encontrándose resoluciones que sin embargo, sí admitían dicha moderación judicial —pese a no encontrarnos estrictamente ante un supuesto de incumplimiento total *ex art. 1154 del CC*— por razones de equidad, en consonancia con las nuevas tendencias existentes en obligaciones y contratos que se han visto reflejadas en el proceso armonizador del Derecho Privado Europeo, así como en la Propuesta de Modernización de Derecho de Obligaciones.

La situación de incertidumbre anterior se ve claramente despejada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), Sala Primera, sentencia de 30 de mayo de 2013, que cierra la polémica en el ámbito de la contratación de consumidores y usuarios negando la posibilidad de moderación judicial de la pena en los supuestos de cláusulas penales excesivas ante las que el Juez nacional debe proceder a la nulidad y eliminación de las mismas, sin recurso a la integración contractual.

Sin duda lo anterior ha de suponer una gran trascendencia práctica para los arrendamientos de vivienda concertados con anterioridad a la reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos (*Ley 4/2013, de 4 de junio*) (RCL 2013/841) la que permite ya en la nueva redacción del artículo 11 LAU (RCL 1994/3272) el desistimiento del arrendatario transcurridos seis meses del contrato, habiéndonos facilitado al menos la problemática en cuanto a la interpretación del artículo 11 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, tan desafortunada en la práctica jurisprudencial, al menos en cuanto a los arrendamientos de vivienda, puesto que para los contratos concertados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 4/2003, se elimina la exclusividad que hacía el artículo 11 de la Ley de Arrendamientos Urbanos para fijar el desistimiento y su indemnización para los contratos de arrendamiento de vivienda cuyo plazo de duración fuera superior a cinco años.

Así, la Disposición Transitoria Primera de la Ley 4/2003 establece lo siguiente:

«Disposición Transitoria primera. Régimen de los contratos de arrendamiento celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley.

Los contratos de arrendamiento sometidos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, continuarán rigiéndose por lo establecido en el régimen jurídico que les era de aplicación.

Sin perjuicio de ello, cuando las partes lo acuerden y no resulte contrario a las previsiones legales, los contratos preexistentes podrán adaptarse al régimen jurídico establecido en esta Ley».

Mientras que el artículo 11 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, modificado por la Ley 4/1993, prevé lo siguiente:

Artículo 11. Desistimiento del contrato

El arrendatario podrá desistir del contrato de arrendamiento, una vez que hayan transcurrido al menos seis meses, siempre que se lo comunique al arrendador con una antelación mínima de treinta días. Las partes podrán pactar en el contrato que, para el caso de desistimiento, deba el arrendatario indemnizar al arrendador con una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que reste por cumplir. Los periodos de tiempo inferiores al año darán lugar a la parte proporcional de la indemnización.

Por ello podemos concluir que para los contratos de arrendamiento de vivienda anteriores a la Ley 4/1993 en los que sea aplicable el Derecho de Consumo, las cláusulas penales excesivas han de ser eliminadas por el juez nacional en función de la nulidad de las mismas. Sin duda la Ley 4/1993, que modifica el artículo 11 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, simplifica lo anterior al ofrecer el pacto válido que las partes de la relación locaticia pueden estipular en cuanto al desistimiento unilateral *ad nutum* del arrendatario, teniendo presente que la propia nulidad de una cláusula penal que aumentare la cuantificación del daño previsto en el nuevo artículo 11 de la Ley de Arrendamientos Urbanos su régimen de nulidad no sólo previsto por la aplicación de los artículos 83 y 85.6 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios aplicable en las relaciones de consumo, sino por lo previsto en el propio artículo 6 de la Ley de Arrendamientos Urbanos que prohíbe la previsión de regímenes más perjudiciales al arrendatario de aquellos regulados en la propia norma locaticia; nulidad y no moderación si de cláusula penal se tratare al amparo de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea antes analizada.

Sin embargo, para los arrendamientos de uso distinto de vivienda la cuestión no deja de estar ambigua pese a la reforma locaticia operada por la Ley 4/2003, no sólo por la polémica que ofrecen algunas resoluciones judiciales que continúan aplicando análogicamente —sin fundamento, en nuestra opinión— el artículo 11 de la Ley de Arrendamientos Urbanos para estos casos, sino por la propia situación que venimos teniendo en cuanto al concepto de consumidor y usuario asumido por el legislador español.

Sin duda, las dudas anteriores sí que podemos considerarlas resueltas para cuando nos encontremos ante un arrendamiento para uso distinto de vivienda (así, de acuerdo al art. 3.2 de la LAU, también, tendrán esta consideración los arrendamientos de fincas urbanas celebrados por temporada, sea ésta de verano o cualquier otra, y los celebrados para ejercerse en la finca una actividad industrial, comercial, artesanal, profesional, recreativa, asistencial, cultural o docente, cualquiera que sean las personas que los celebren) en los que exista relación de consumo con una persona física [por ejemplo, arrendamiento de temporada regulado en el art. 3.2 de la LAU, o incluso para el supuesto de arrendamiento excluido de la legislación especial según el nuevo art. 5.e) de la LAU, que prevé la cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de

oferta turística y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial), ya que la nueva doctrina —o consolidación doctrinal, como se prefiera— establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es clara en cuanto a la eliminación de la cláusula penal excesiva que se estipulare también para estos casos de desistimiento unilateral *ad nutum* del arrendatario, lo que no sucede cuando nos encontremos ante una persona jurídica arrendataria, pese a que la primera opción sea la exclusión de la normativa de consumidores y usuarios a estos supuestos, no es menos cierto que la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Real Decreto legislativo 1/2007) se haya apartado de las Directivas Comunitarias y haya admitido en principio la posibilidad de que una persona jurídica pueda también gozar en determinadas ocasiones de la consideración de consumidora¹⁶.

CÁMARA LAPUENTE¹⁷ analiza el estado de la cuestión bajo el amparo de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, exponiendo lo siguiente: «Dejando de lado algunos fallos judiciales criticables que concedieron *contra legem* protección a sociedades anónimas o limitadas, pocas han sido las sentencias que han tratado directamente la cuestión y también pocas las que han recurrido al expediente —cómodo pero insuficiente por el tenor literal del art. 1 LGDCU y hoy 3 TR— de citar la STJCE, de 22 de noviembre de 2001 (Idealservice) y las Directivas para negar el carácter de consumidor de una mercantil con personalidad jurídica. Según la SAP de Madrid, de 5 de junio de 2006, «es indudable que no puede entenderse la sociedad civil que adquirió la furgoneta, y por lo tanto sus miembros que son los que actúan como parte en este proceso, como consumidores o usuarios a los efectos de la LGDCU». Merecen mención, por escasas, por ser cuestión principal del litigio y por reconocerse la calidad de consumidores a ciertas personas jurídicas, la SAP de Teruel, de 31 de octubre de 2002 (sindicato) y la SAP de Guipúzcoa, de 12 de junio de 2000 (Cruz Roja).

En resumen, bajo la vigencia del artículo 1.2 LGDCU y más como construcción doctrinal que por aplicación jurisprudencial, pues apenas ha sido cuestión litigiosa cuando versaba sobre auténticas personas jurídicas consumidoras, sólo se consideraban como tales las que carecían de ánimo de lucro y no reintroducían en el mercado los bienes o servicios. Así existía acuerdo en considerar posibles consumidoras a las fundaciones y a las asociaciones; y cierta discrepancia en cuanto a las cooperativas».

Sin embargo, tras la entrada en vigor del TRLGDCU de 2007, CÁMARA LAPUENTE restringe el ámbito de personas jurídicas que podrían encontrarse dentro de la definición legal de consumidores y usuarios, al opinar que: «Con la entrada en vigor del nuevo concepto del artículo 3 TR-LGDCU acaso cabría entender que las personas jurídicas incluidas siguen siendo las mismas o quizás defender que es preciso que su objeto social no incorpore una actividad profesional o empresarial. A mi modo de ver, el *ámbito de personas jurídicas comprendidas ha cambiado en un doble sentido: por una parte, siendo el rasgo capital ahora actuar fuera del ámbito de una actividad empresarial o profesional y dados los rasgos que pueden definir ésta (actividad económica, habitualidad, organización e independencia) deberían quedar fuera del concepto de consumidores tanto*

¹⁶ Vid. CÁMARA LAPUENTE, «El concepto legal de “consumidor” en el Derecho Privado Europeo y en el Derecho Español. Aspectos controvertidos o no resueltos», en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo de 2011), vol. 3, núm. 1, págs. 84-117.

¹⁷ Vid., *op. cit.*, págs. 100 y 101.

las cooperativas como las fundaciones, que revisten esos rasgos de operadores económicos o participantes en el mercado organización/permanencia/habitualidad por definición *ex* artículo 2 de la Ley 50/2002 y actividad económica *ex* artículo 24.1 de la misma ley) y, en todo caso, en la actualidad cumplen sus fines con actividad y organización claramente profesional. En este sentido, sólo quedarían incluidas las asociaciones, siempre que no lo fuesen de profesionales o de empresarios; así, por ejemplo, una asociación de deportistas sí estaría incluida en el ámbito del artículo 3 TR-LGDCU, si sus miembros son deportistas aficionados o *amateurs*, pero no si son profesionales; en la misma línea, quedarían incluidas asociaciones de vecinos, de carácter festivo, de actividades de ocio, entidades humanitarias de base asociativa, etc. *Por otra parte, no parece que el requisito (negativo) de que la persona jurídica haya de carecer de ánimo de lucro pueda inferirse necesariamente del nuevo tenor legal* (ni del antiguo): en primer lugar, porque la definición de consumidor es única para personas físicas y jurídicas y el ánimo de lucro no es un elemento previsto en relación con el consumidor persona física, ni en Derecho español ni en Derecho comunitario (vid. epígrafe siguiente); en segundo lugar, porque no siendo requisito necesario el ánimo de lucro para cualificar a un empresario o profesional, *a fortiori*, no habría de serlo para perfilar a un consumidor; y en tercer lugar, porque despojado de elementos definitorios de la profesionalidad como la habitualidad o la organización, no se alcanza a ver por qué el ánimo de lucro como criterio en sí mismo habría de dejar desprotegidas a personas jurídicas (asociaciones) en auténticas relaciones de consumo conforme a los artículos 2 y 3 TR-LGDCU (por ejemplo, una asociación de vecinos compra una motocicleta que resulta defectuosa para realizar un sorteo/subasta con claro ánimo de lucro en busca de beneficios para destinarlos a las próximas fiestas vecinales, mejoras en el barrio o ayuda a los vecinos más desfavorecidos).

Sin duda los problemas que venimos arrastrando por la forma en que el legislador español ha traspuesto al Ordenamiento Jurídico español el acervo comunitario de protección de consumidores y usuarios sigue teniendo trascendencia en otros ámbitos pero también en el tema que presentamos. Como conocemos el legislador español ha incorporado el Derecho de Consumo ha sido a través de legislación especial y no a través de la incorporación a nuestro Código Civil, como por ejemplo, sucedió en Alemania, en contra de lo que sucedió en Francia. Las diferencias de aplicación normativa a empresarios y consumidores de la normativa relativa a las condiciones generales de la contratación (Ley 7/1998), también tiene sus repercusiones al respecto¹⁸.

Ambas posibilidades han tenido sus defensores y detractores, pero la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos se ha decantado por la integración normativa y no por la dispersión. Así en su Exposición de Motivos opta por «recoger por lo menos el núcleo sustancial de la mayor parte de

¹⁸ Vid. PASQUAU LIAÑO, «Protección de los Consumidores y Código Civil: ¿Integración o Distinción?», en *Derecho Privado y Modernización del Derecho Contractual en España*. Atelier, 2011, págs. 485 y sigs.

Vid. ALBIEZ DOHRMAN, «La integración del Derecho de consumo en el Código Civil: ¿una simple entelequia jurídica, o algo más?», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, T. I, págs. 139 y sigs.

Vid. ALBIEZ DOHRMAN, «La incorporación de las condiciones generales de la contratación en el Código Civil: Una tendencia muy europea», en *Derecho Privado y Modernización del Derecho Contractual en España*, Atelier, 2011, págs. 194 y sigs.

las reglas especiales, que tienen su origen en directivas europeas y que han sido incorporadas a leyes españolas, realizando la remisión sólo a aquellos puntos en que el casuismo de las normas pueda resultar mayor». Así, pese a que en alguna se aluda particularmente al concepto de consumidor en la Propuesta (vid. el art. 1122 sobre la presunción de la regla de no solidaridad), se ha incluido una Sección relativa a los condiciones generales de la contratación regulando todos los contratos de adhesión y remitiendo a la normativa sectorial de consumo cuando el adherente sea consumidor (art. 1262.5), incluyéndose también una Sección para los contratos celebrados con consumidores o usuarios fuera de los establecimientos mercantiles (arts. 1265 y 1266), otra para la protección de los consumidores en los contratos a distancia (art. 1267) y otra relativa a la contratación electrónica (art. 1268).

Pues bien el régimen de la Propuesta de Modernización de Derecho de Obligaciones y Contratos conducente a la moderación equitativa de la cláusula penal¹⁹ y su aspiración de no exclusión de su ámbito de aplicación a las relaciones de consumo tampoco preveía esta posibilidad como la analizada y resuelta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se ha venido a consolidar en el sentido de obligar al juez nacional a la eliminación de la cláusula penal y no moderación de la misma, mediante al recurso integrador general previsto en el artículo 1263 de la Propuesta²⁰.

En suma, demasiadas cuestiones siguen abiertas en esta materia como para que sean dignas de interés y armonización en nuevos trabajos legislativos, así como de consideración por nuestros tribunales, para cohonestar todos los intereses contractuales existentes en la correspondiente relación jurídica.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALBIEZ DOHRMAN: «La integración del Derecho de consumo en el Código Civil: ¿una simple entelequia jurídica, o algo más?», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, T. I.
- «La incorporación de las condiciones generales de la contratación en el Código Civil: Una tendencia muy europea», en *Derecho Privado y Modernización del Derecho Contractual en España*. Atelier, 2011.
- ALBINANA: «Consecuencias del desistimiento unilateral del arrendatario», en *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez. Homenaje al profesor don Juan Iglesias Prada*. Extraordinario, 2011.
- ALFARO ÁGUILA-REAL: *La arriesgada vida de un abogado general: la reducción conservadora de la validez es contraria a la Directiva 13/93. La sentencia del TJ sobre la reducción conservadora de la validez de las cláusulas abusivas*. www.derechomercantilespana.blogspot.com.es.

¹⁹ Vid., para estas influencias, FUENTESeca DEGENEFEE, «Diversos matices de la regulación de la cláusula penal en el ordenamiento español y alemán», en *Foro, Nueva Época*, núm. 13/2011: 61-110.

²⁰ Para un análisis del régimen que ofrece la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos en este particular, vid. BLANDINO GARRIDO, «La ineficacia de las condiciones generales de la contratación abusivas y su incidencia en el contrato», en *Derecho Privado y Modernización del Derecho Contractual en España*. Atelier, 2011, págs. 239 y sigs.

- ARANA DE LA FUENTE: «Algunas precisiones sobre la reforma de la cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», en *Indret* 4/2010, octubre de 2010.
- BLANDINO GARRIDO: «La ineficacia de las condiciones generales de la contratación abusivas y su incidencia en el contrato», en *Derecho Privado y Modernización del Derecho Contractual en España*. Atelier, 2011.
- CÁMARA LAPUENTE: «El concepto legal de “consumidor” en el Derecho Privado europeo y en el Derecho español. Aspectos controvertidos o no resueltos», en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo de 2011), vol. 3, núm. 1.
- CARRASCO PERERA: «¿Qué indemnización debe pagar el arrendatario que abandona el local antes de la fecha contratada?», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 677/2005, Parte Comentario.
- *Las cláusulas penales se eliminan sin más: no cabe reducirlas, moderarlas ni modificarlas*. www.uclm.es/centro/cesco/trabajos1.asp, junio de 2012.
- CLEMENTE MEORO: «Desistimiento del arrendatario para uso distinto de del vivienda e indemnización de daños y perjuicios. Comentario a la STS de 20 de mayo de 2004 (RJ 2004/2710)», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 14/2005.
- ESTRUCH ESTRUCH: «Algunas cuestiones sobre la facultad de desistimiento del arrendatario», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 719, junio de 2010.
- FUENTESECA DEGENEFEE: «Diversos matices de la regulación de la cláusula penal en el ordenamiento español y alemán», en *Foro, Nueva Época*, núm. 13/2011.
- MAGRO SERVET: «El desistimiento del arrendatario en los contratos de arrendamiento y sus efectos tras la reforma de la LAU», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2013.
- MARÍN GARCÍA: «La cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», en *Indret* 2/2009, mayo de 2009.
- MORALES MORENO: *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2010.
- PASQUAU LIAÑO: «Protección de los Consumidores y Código Civil: ¿Integración o Distinción?», en *Derecho Privado y Modernización del Derecho Contractual en España*. Atelier, 2011.
- REBOLLEDO VARELA: «Cuestiones prácticas actuales de arrendamientos urbanos: últimas tendencias jurisprudenciales», en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 22/2010, parte Estudio. Editorial Aranzadi, S. A., Pamplona, 2010.
- SERRA RODRÍGUEZ: «Cláusulas abusivas en los contratos de crédito al consumo», en *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXVII, núm. 2153, abril de 2013.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), Sala Primera, sentencia de 30 de mayo 2013, C-488/2011.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 14 de junio de 2012 (as. 618/2010).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de junio de 1993 (RJ 1993/4835).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de febrero de 1995 número 179/1995 (RJ 1995/2777).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de enero de 1996 (RJ 1996/318).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de mayo de 2001 (RJ 2001/6472).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de julio de 2002 (RJ 2002/6048).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de mayo de 2004 (RJ 2004/2710).

- Sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de octubre de 2008 (*RJ* 2008/5586).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de octubre 2010 (*RJ* 2010/7307).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11.^a), de 3 de junio de 1998 (*AC* 1998/5871).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 3.^a), de 16 de marzo de 2000 (*AC* 2001/2044).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21.^a), de 24 de noviembre de 2001 (*JUR* 2002/60957).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 2.^a) (272/2002), de fecha 30 de julio de 2002 (*AC* 2002/1315).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 1 de marzo de 2005 (Sección 10.^a) (2005/108910).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 29 de enero de 2010 (*JUR* 2010/148500).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 21 de noviembre de 2011 (*AC* 2011/2307).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, número 544/2012, de 23 noviembre (*AC* 2013/55).

RESUMEN

DERECHO DE CONSUMO CLÁUSULA PENAL EXCESIVA

En la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), Sala Primera, sentencia de 30 de mayo de 2013, se consolida la doctrina que prohíbe al juez nacional moderar una cláusula penal excesiva, lo cual es objeto de análisis en el presente trabajo en los supuestos de existencia de cláusulas penales para el desistimiento unilateral ad nutum de un arrendatario.

ABSTRACT

CONSUMER PROTECTION LAW EXCESSIVE PENALTY CLAUSE

The decision given on 30 May 2013 by the First Chamber of the European Court of Justice consolidates the rule that national judges are forbidden to moderate excessive penalty clauses. This paper examines the decision in cases where there are penalty clauses for unilateral ad-nutum withdrawal by a lessee.

3. URBANISMO

LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE SENTENCIAS FIRMES ANULATORIAS DE INSTRUMENTOS DE PLANEAMIENTO URBANÍSTICO

por

VICENTE LASO BAEZA

Abogado

SUMARIO: I. LOS TÉRMINOS DE LA RESOLUCIÓN DE 6 DE MARZO DE 2013: 1. SOBRE LA INSCRIPCIÓN PRETENDIDA, LA NOTA DE CALIFICACIÓN Y EL RECURSO RESPECTIVO. 2. LA POSICIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL.—II. EL ALCANCE DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 19 DE ABRIL DE 2012, CUYA INSCRIPCIÓN FUE RECHAZADA.—III. SOBRE EL ACCESO AL REGISTRO DE SENTENCIAS ANULATORIAS DE INSTRUMENTOS DE PLANEAMIENTO: 1. EL ALCANCE DE LA OBJECCIÓN PLANTEADA EN LA RESOLUCIÓN EN ORDEN A LA INSCRIPCIÓN DE LAS SENTENCIAS FIRMES ANULATORIAS DE INSTRUMENTOS DE PLANEAMIENTO. 2. LAS PREVISIONES LEGALES Y REGLAMENTARIAS AL RESPECTO. 3. LOS INSTRUMENTOS DE PLANEAMIENTO NUNCA, POR DEFINICIÓN, DAN LUGAR POR SÍ MISMOS A MUTACIÓN JURÍDICO-REAL O DESCRIPTIVA ALGUNA EN RELACIÓN CON LAS FINCAS EN ELLOS ORDENADAS. 4. EL POSIBLE ACCESO AL REGISTRO DE LAS SENTENCIAS ANULATORIAS DE INSTRUMENTOS DE PLANEAMIENTO COMO CONSECUENCIA LÓGICA DE LA ADMISIÓN DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA EN LOS PROCESOS RESPECTIVOS. 5. REFERENCIA AL CASO CONTEMPLADO EN LA RESOLUCIÓN DE 6 DE MARZO DE 2013. 6. CONSIDERACIÓN FINAL SOBRE LAS FINCAS AFECTADAS POR LA INSCRIPCIÓN DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

I. LOS TÉRMINOS DE LA RESOLUCIÓN DE 6 DE MARZO DE 2013

1. SOBRE LA INSCRIPCIÓN PRETENDIDA, LA NOTA DE CALIFICACIÓN Y EL RECURSO RESPECTIVO

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 6 de marzo de 2013, objeto del presente comentario, se ocupa de una cuestión siempre recurrente referida a la posibilidad de acceso al Registro de la Propiedad de resoluciones judiciales firmes declaratorias de la nulidad de un instrumento de planeamiento.

Su origen se encuentra así en la presentación en el Registro de la Propiedad de Rota de un testimonio de la sentencia dictada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 19 de abril de 2012, en el recurso de casación 6113/2009 (*RJ* 2012/5995) en virtud de la cual se declaró la nulidad del Estudio de Detalle de la unidad de ejecución 11-A del Plan General de Ordenación Urbana de Rota.

Dicha presentación iba, a su vez, acompañada de una instancia suscrita por el representante de la recurrente en la vía contencioso-administrativa de la que se da cuenta en la Resolución, siendo posible deducir, ante lo impreciso de la redacción, que en ella se hizo saber que la nulidad del Estudio de Detalle «*conlleva ineludiblemente la nulidad de los instrumentos de ejecución a los que daba cobertura legal, en el presente caso, el proyecto de reparcelación de la UE 11-A*», nulidad, esta segunda, que según el presentante «*tiene efectos sobre las fincas que fueron inscritas con motivo de la aprobación administrativa de dicho proyecto de*

reparcelación, entre ellas, las fincas C1 y C2 que tras su agrupación dieron lugar a la registral 48.256 propiedad del presentante».

Sostuvo igualmente el presentante en su instancia que *«son inscribibles en el Registro las sentencias en las que se declare la anulación de instrumentos de ordenación urbanística y que por ello procede la inscripción de la sentencia firme presentada»*.

La registradora, en su nota de calificación, después de destacar los requisitos exigibles para poder acceder a la inscripción de una sentencia que declare la nulidad de un instrumento de planeamiento, señalando a tal efecto la constancia de la participación de los titulares registrales de las fincas afectadas, que afecte a fincas determinadas e identificables y que produzca efectos reales o descriptivos sobre ellas, manifiesta que *«la inscripción en el Registro de la Propiedad de estas sentencias se circunscribe, por tanto, al ámbito de la mutación jurídico real y no al de la mera publicidad en el sentido estricto, que la legislación vigente reserva a los Boletines Oficiales de la Provincia respectiva, como bien ordena la sentencia dictada que ahora se presenta a inscripción»*.

De lo anterior concluye que *«por tanto, sólo en la medida en que la sentencia dictada produzca efectos jurídicos reales o descriptivos sobre fincas determinadas podrá tener acceso al Registro de la Propiedad, lo que no sucede en el supuesto planteado»*.

Más adelante, se dice en la nota que *«aunque la inscripción se solicita solo respecto de la finca que figura inscrita a nombre del demandante en el procedimiento judicial entablado, para que dicha sentencia pudiera tener acceso al Registro se precisaría que quedara acreditada la intervención en el procedimiento judicial de los titulares de todas las fincas registrales afectadas por el estudio de detalle cuya nulidad se declara»*.

En el recurso interpuesto contra la nota de calificación, afirmando que la jurisprudencia del Tribunal Supremo sostiene que la nulidad de un instrumento de planeamiento lleva consigo la de sus actos aplicativos, mantiene el recurrente que *«la nulidad del proyecto de reparcelación de la unidad de ejecución afectada conlleva, a su vez, la nulidad del estudio de detalle de la misma y tiene efectos sobre las fincas que fueron inscritas con motivo de la aprobación administrativa de dicho proyecto de reparcelación»*. A ello añadió que la solicitud de inscripción únicamente se planteaba por el presentante respecto de una finca de su titularidad y que, a su vez, había participado en el procedimiento.

2. LA POSICIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL

Aunque más adelante aludiremos a los concretos términos de la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de abril de 2012, de cuyo intento frustrado de inscripción se trata, lo que así se hará por los términos confusos en los que se recogen sus pronunciamientos a lo largo de la resolución, de sus Fundamentos de Derecho, también partícipes de tal confusión, resulta de interés comenzar por resaltar su primera afirmación.

Dice en efecto el primero de los Fundamentos de Derecho de la Resolución que *«en el presente caso debe decidirse acerca de si es posible inscribir una sentencia firme dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en la que se declara la nulidad de un estudio de detalle sobre determinada unidad de ejecución del plan general de ordenación urbana de Rota y consecuentemente se anula la reparcelación posterior realizada con base en éste»*.

A su vez, se dan como circunstancias ciertas, además de las ya señaladas, las siguientes: que *«la anulación (del estudio de detalle) produce efectos directos sobre la citada finca en cuanto modifica su descripción y extensión»*, que *«no fueron, sin embargo, parte ni han sido notificados en el procedimiento judicial los demás titulares de derechos afectados por el instrumento urbanístico y por fin, el estudio de detalle anulado no consta en el Registro»*.

A partir de todo ello, la Resolución, después de citar el artículo 51 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, y los artículos 1.6, 1.7, y 20 del Real Decreto Legislativo 1093/1997, de 4 de julio, resuelve lacónicamente el recurso de modo desestimatorio en base a los dos siguientes argumentos:

- a) *«En el caso que se analiza, la resolución judicial no reúne ninguno de estos requisitos sino que se limita a establecer una referencia al planeamiento que anula y en él a la unidad de ejecución concernida, lo que impide, por razón de tracto sucesivo, proceder a la correspondiente constancia registral de la resolución recaída»*.
- b) *«La imprescindible coordinación Urbanismo-Registro, base rectora de la normativa alegada, no puede obviar aquellos requisitos formales y materiales precisos para la práctica de asientos»*.

II. EL ALCANCE DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 19 DE ABRIL DE 2012, CUYA INSCRIPCIÓN FUE RECHAZADA

Según ha sido ya indicado, en el relato que se hace en la Resolución de 6 de marzo de 2013, sobre la sentencia del Tribunal Supremo se incurre en una reiterada inexactitud que ha de ser necesariamente clarificada.

A salvo de la nota de calificación, que es la que con mayor rigor se refiere a la sentencia del Tribunal Supremo, tanto en las referencias a la instancia a la que se acompañó con motivo de su presentación en el Registro como en las del recurso y en las propias de la resolución en su Fundamento de Derecho primero, se manifiesta, en ocasiones de modo tajante según ocurre en este último caso, que la nulidad del Estudio de Detalle recurrido así declarada por aquélla dio lugar a que *«consecuentemente se anula la reparcelación posterior realizada con base en éste»*, interpretación que, respecto de un Plan Parcial y sus sucesivos actos aplicativos, ya fue igualmente sostenido en una resolución de la Dirección General de 23 de abril de 1997 objeto de comentario en esta colaboración y a la cual aludiremos más adelante¹.

En otras palabras, se da a entender que la anulación de un instrumento de planeamiento, se presume que en razón de sus efectos normativos y por dar cobertura a los actos aplicativos adoptados a su amparo, sería causa suficiente para considerar igualmente anulados estos últimos, conclusión para la que sería por lo tanto irrelevante la circunstancia de que tales actos hubieran sido o no recurridos.

¹ Nos referimos al proceder de la Dirección General que, en la línea apuntada, fue ya objeto de crítica en el comentario a la Resolución de la Dirección General, de 23 de abril de 1997, efectuado por José Luis LASO MARTÍNEZ, en el número 686 (noviembre-diciembre de 2004) de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, bajo el título de «Anotación preventiva de un recurso contencioso-administrativo contra el acto de aprobación de un plan parcial».

A la vista de ello resulta oportuno hacer una breve referencia a los pronunciamientos de la sentencia del Tribunal Supremo cuya inscripción se pretendió, destacando al efecto lo siguiente:

- a) En cuanto al acto recurrido, este se correspondió con *«el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Rota, de 19 de abril de 2005, por el que se aprueba definitivamente el Estudio de Detalle de la Unidad de Ejecución 11-A»*.
- b) Discrepando en parte de los argumentos dados por la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, de 11 de septiembre de 2009, que estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto, el Tribunal Supremo casa y anula esta última y, al tiempo, por las razones en el mismo expuestas, entrando en el fondo declara, en último término por oponerse el Estudio de Detalle impugnado al Plan General, la estimación del *«recurso contencioso-administrativo interpuesto (...) contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Rota, de 19 de abril de 2005, por el que se aprueba definitivamente el Estudio de Detalle de la Unidad de Ejecución 11-A del Plan General de Ordenación Urbana de dicho término municipal, declarándose nulo y sin efecto el mencionado Estudio de Detalle, lo que deberá publicarse en el mismo Boletín Oficial en el que se publicó su aprobación»*.

En consecuencia, por lo tanto, en ningún momento ni la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de abril de 2012, ni la precedente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 11 de septiembre de 2009, extienden la declaración de nulidad al Proyecto de Reparcelación de la Unidad de Ejecución 11-A, lo cual es plenamente coherente con el hecho de que el acto recurrido fuera el Estudio de Detalle de dicha Unidad, no el citado Proyecto de Reparcelación, de cuyas eventuales concretas impugnación y anulación no consta rastro alguno en la Resolución de 6 de marzo de 2013.

Quede esto claro en cuanto, en efecto, tal y como sostuvo la registradora en su nota de calificación, la sentencia, por sí sola y más allá de la concreta cuestión de su acceso al Registro, carecía de efectos jurídico-reales si no iba acompañada de un pronunciamiento estimatorio por la impugnación en un proceso independiente del acuerdo por el que se hubiera aprobado el correspondiente Proyecto de Reparcelación de la Unidad de Ejecución.

En este sentido, aunque la afirmación cabría ser matizada por su naturaleza jurídica híbrida², a medio camino entre el acto y la norma, al proclamarse en la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de abril de 2012, que el Estudio de Detalle *«aunque (éste) sea el último peldaño de los instrumentos de ordenación urbanística también goza del carácter de disposición general»*, la Resolución, con la tajante afirmación contenida en su Fundamento de Derecho primero sobre la nulidad del Proyecto de Reparcelación como efecto seguido de la nulidad del Estudio de Detalle judicialmente declarada, omite la esencial referencia al artículo 73 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En él, en efecto, se dispone que *«las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente»*.

² LASO MARTÍNEZ, José Luis, en «Los estudios de detalle, nueva figura legal de planeamiento», en la *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 75, 1975.

La justificación de fondo del precepto tiene su fundamento inequívoco en los artículos 9.3 y 25 de la Constitución, es decir, «*en razones de seguridad jurídica, pues, en caso contrario, los efectos retroactivos sobre situaciones jurídicas ya consolidadas serían imprevisibles y afectarían de manera grave a los fines que, en defensa del interés general, tienen atribuidas las Administraciones Públicas*»³.

A estos efectos el Tribunal Supremo, por ejemplo, en sentencia de 17 de julio de 2003 señaló, citando jurisprudencia anterior, que: «*como esta Sala tiene reiteradamente declarado, que en el recurso directo son nulos todos los actos dictados en aplicación de la disposición declarada nula, salvo los que hubieran devenido firmes, administrativa o jurisdiccionalmente. En el indirecto, son todos válidos, excepto el específicamente impugnado. Inclusive la declaración judicial de nulidad de una disposición general en recurso directo tiene limitaciones, también por razón del principio mencionado de seguridad jurídica, en relación con los actos de aplicación dictados a su amparo y como había reconocido la jurisprudencia, con fundamento en el artículo 120.1 de la Ley de Procedimiento de 1958, en cuanto, como hoy ya establece explícitamente el artículo 73 de la vigente Ley Reguladora de esta jurisdicción —la 29/1998— (...)*»⁴.

En consecuencia, por lo tanto, como primera cuestión ha de rechazarse la afirmación, reiterada en la resolución, de que el Proyecto de Reparcelación hubiera quedado anulado por efecto directo de la nulidad del Estudio de Detalle que le daba cobertura, lo cual, aun siendo frontalmente discutible por tratarse de actos autónomos susceptibles de impugnación independiente, al menos hubiera requerido, incluso si el segundo no hubiera sido impugnado, de una declaración expresa en la sentencia que declaró la nulidad del Estudio de Detalle.

En este sentido, por su singularidad, ha de citarse la sentencia número 538/2009, de 27 de julio de 2009, de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, por la que, con base en la pretensión contenida en el escrito de demanda, se declaró la nulidad de un Estudio de Detalle y, en términos genéricos, de sus actos aplicativos, lo que así se expresó en su parte dispositiva con los siguientes términos: «*Anulamos el acuerdo impugnado y el Estudio de Detalle objeto del mismo por ser contrarios a derecho y los declaramos sin valor ni efecto, así como los actos de ejecución de dichos acuerdo y Estudio de Detalle (...)*».

III. SOBRE EL ACCESO AL REGISTRO DE SENTENCIAS ANULATORIAS DE INSTRUMENTOS DE PLANEAMIENTO

1. EL ALCANCE DE LA OBJECCIÓN PLANTEADA EN LA RESOLUCIÓN EN ORDEN A LA INSCRIPCIÓN DE LAS SENTENCIAS FIRMES ANULATORIAS DE INSTRUMENTOS DE PLANEAMIENTO

Nos referimos en este punto a la declaración en la resolución, como una de las causas de denegación de la inscripción de la sentencia del Tribunal Supremo, de la ausencia, entre sus efectos, de aquellos de carácter jurídico-real, sin perjuicio de lo cual, no obstante, cita expresamente los apartados 6 y 7 del

³ ARANGUREN PÉREZ, Ignacio, y GONZÁLEZ RIVAS, Juan José, en *Comentarios a la Ley Reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa 29/1998, de 13 de julio*, Ed. Aranzadi, S. A., segunda edición, 2008, pág. 796.

⁴ En el mismo sentido y entre otras muchas, las sentencias de 17 de octubre de 1996, 7 de febrero de 1998, 4 de enero y 19 de julio de 1999 o 19 de abril de 2001.

artículo 1 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, referidos, respectivamente, a la inscribibilidad tanto de la interposición de recursos contra planes como de las sentencias firmes que declararan su anulación.

Dice así la Resolución en su Fundamento de Derecho segundo, al relacionar los requisitos para poder inscribir una sentencia anulatoria de un instrumento de planeamiento, que, entre otros, *«deberá producir la sentencia una mutación jurídico-real, aun descriptiva, sobre las mismas (las fincas)»*, afirmación que, sorprendentemente, se ve precedida de otra en el anterior párrafo del Fundamento primero en sentido justamente contrario, probablemente ante la confusión apuntada más atrás sobre los efectos de la sentencia y su pretendida extensión hasta provocar la nulidad del Proyecto de Reparcelación, según la cual: *«la anulación produce efectos directos sobre la citada finca en cuanto modifica su descripción y extensión»*.

Ya sin contradicción, el mismo argumento sobre la causa de la no inscripción de la sentencia, como ha quedado visto, es esgrimido en la nota de calificación de la registradora cuando taxativamente afirma que *«sólo en la medida en que la sentencia dictada produzca efectos jurídicos reales o descriptivos sobre fincas determinadas (la sentencia) podrá tener acceso al Registro de la Propiedad, lo que no sucede en el supuesto planteado»*.

En suma, solo las sentencias anulatorias de instrumentos de planeamiento urbanístico que produzcan efectos jurídico-reales son, según la Resolución de 6 de marzo de 2013, y en unión de los restantes requisitos en ella señalados, susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad.

2. LAS PREVISIONES LEGALES Y REGLAMENTARIAS AL RESPECTO

Según disponen las letras f) y g) del artículo 51 del Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, son inscribibles en el Registro de la Propiedad tanto *«la interposición de recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación de instrumentos de ordenación urbanística, de ejecución, o de actos administrativos de intervención»*, como *«los actos administrativos y las sentencias, en ambos casos firmes, en que se declare la anulación a que se refiere la letra anterior, cuando se concreten en fincas determinadas y haya participado su titular en el procedimiento»*.

Prácticamente en los mismos términos fue introducida en el ordenamiento la anterior regulación por la Disposición Adicional décima 6 y 7 de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, pasó sucesivamente a la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992 en su artículo 307 y quedó igualmente recogida en el desarrollo reglamentario producido por el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, en los apartados 6 y 7 de su artículo 1.

El mismo Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, más adelante, en su artículo 67, vuelve de nuevo a ocuparse de la anotación preventiva de interposición de recurso contencioso-administrativo resaltando, entre los actos susceptibles de dar lugar a dicha medida cautelar, aquellos *«que tengan por objeto la aprobación definitiva de los planes de ordenación»*, destacando el siguiente artículo 71 titulado *«efectos de la sentencia que ponga fin al procedimiento jurisdiccional»* que la misma *«será título bastante para practicar los asientos dispuestos en ella»* y que cuando no diera lugar a *«la creación, modificación o extinción del dominio o de algún derecho real, o la modificación de la descripción de las fincas sobre las que se hubiera practicado, la propia sentencia será título bastante para la cancelación de la anotación»*.

En razón de lo anterior, dos ideas parecen fundamentales en relación con el tema tratado directamente deducidas tanto de la Ley como de su desarrollo reglamentario; a saber, que las sentencias anulatorias de instrumentos de planeamiento son indudablemente susceptibles de inscripción en el Registro y que, entre los efectos de las sentencias inscribibles, no es en ningún caso condición necesaria la de provocar una mutación jurídico-real o descriptiva.

3. LOS INSTRUMENTOS DE PLANEAMIENTO NUNCA, POR DEFINICIÓN, DAN LUGAR POR SÍ MISMOS A MUTACIÓN JURÍDICO-REAL O DESCRIPTIVA ALGUNA EN RELACIÓN CON LAS FINCAS EN ELLOS ORDENADAS

Así es. Si hay un efecto que en ningún caso puede ser atribuido al planeamiento urbanístico es el de producir, por sí solo, clase alguna de alteración jurídico-real o descriptiva de las fincas sobre las que se proyecta.

El planeamiento urbanístico, por el contrario, tiene por función esencial la de definir un modelo de ordenación, manifestándose, valga la expresión, en un terreno eminentemente virtual necesitado de actos sucesivos de ejecución jurídica y material sin los cuales no sería más que una mera declaración de intenciones si no fuera por la obligación legal de proceder a su cumplimiento con las consecuencias ligadas en cada caso a la falta de observancia de este deber.

El planeamiento, por lo tanto, constituye un eslabón del conjunto del proceso urbanístico que siendo indispensable no deja de ser eso, un eslabón más de una cadena cuyo sentido pleno solo se alcanza una vez se abordan los pasos sucesivos desde su aprobación.

Sin embargo y a pesar de ello, resulta incuestionable que al tratar de «*los efectos del planeamiento sobre la propiedad privada*»⁵, la doctrina apuntó que ésta quedaba mediatizada por los dos cometidos típicos con los que la ordenación, como mera idea, llegaba a tomar forma documentada y representativa de la voluntad de la colectividad mediante su participación en el proceso de su elaboración, cometidos identificados con las técnicas de clasificación y calificación del suelo.

Tales actos, en efecto, según su alcance vinculan al suelo a un particular régimen urbanístico de derechos y cargas, delimitan el contenido del derecho de propiedad, determinan su susceptibilidad de aprovechamiento y, en ocasiones, anuncian los principios aplicables en orden a su ejecución según sea el grado de intervención de la iniciativa privada en razón de su mayor o menor protagonismo.

Ahora bien, lo que en ningún caso hacen por sí solos, repetimos una vez más, es provocar una transformación jurídico-real pues para ello es ineludible acometer la sucesiva fase de gestión en virtud de la cual el dibujo que es el planeamiento se hace realidad mediante la configuración de una estructura de la propiedad que, adaptada a sus previsiones, permita sucesivamente acometer su ejecución material mediante el proceso urbanizador y edificatorio.

Claro testimonio de lo que acaba de decirse es precisamente el caso recogido en la Resolución de 6 de marzo de 2013. En él, primero se define la ordenación estructurante por el planeamiento general, se pasa después a concretar la pormenorizada o de detalle a través del Estudio de Detalle que, en cuanto

⁵ Tal es el título del Capítulo II del Tomo III de la obra de LASO MARTÍNEZ, José Luis, *Derecho Urbanístico. La propiedad ante el planeamiento urbanístico*, Ed. Montecorvo, 1982, págs. 55 a 71.

figura de planeamiento, anticipa la ordenación de los volúmenes en un plano de mero proyecto según su cometido característico, y, por fin, se llega al proceso reparcelatorio como mecanismo ideado por el legislador a fin de adecuar, en los términos ya destacados, la estructura de la propiedad al diseño contenido en el planeamiento, proceso que, este ya sí, lleva consigo una compleja labor de transformación jurídico-real y descriptiva de las fincas afectadas.

Por ello, en fin, lo que no puede pedir la Resolución al planeamiento es algo que le está institucionalmente vetado por el legislador. El planeamiento no reparcela, no altera la estructura de la propiedad y, en los términos de la resolución, no provoca ni *mutación jurídico-real* ni *descriptiva*, sencillamente porque no puede hacerlo. Lo que hace, por el contrario, es establecer un modelo de ordenación necesitado, mediante instrumentos urbanísticos de otra naturaleza, de actos sucesivos para plasmar sobre el terreno la realidad virtual por él anticipada.

Por lo tanto, esta circunstancia no es bastante, por sí sola, para impedir que lo que resulta ser la verdad formal dimanante de una sentencia firme, no pueda ser reflejada en el Registro reforzando la seguridad jurídica cuando las fincas sobre las que recae sean identificables y en tanto esta situación no resulte alterada por las vicisitudes posteriores del planeamiento.

En este sentido, la interpretación dada en la Resolución comentada de 6 de marzo de 2013 contrasta abiertamente con la ya citada de 23 de abril de 1997, la cual, referida a una anotación preventiva acordada en un proceso contencioso-administrativo en el que el acto recurrido era un Plan Parcial, ninguna objeción opuso para acceder a la práctica del asiento respectivo, estimándose el recurso interpuesto ante la Dirección frente al parecer del registrador y del propio Presidente de la Sección de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que había expedido el mandamiento.

Resolución, la de 23 de abril de 1997, de indudable relieve a los efectos del presente comentario toda vez que en ella se valoraba la procedencia de la anotación en relación con las fincas resultantes de un proceso reparcelatorio amparado en el Plan Parcial recurrido siendo así que la solicitud de su práctica se formuló respecto de las aportadas, pronunciándose en el sentido de acceder a la toma del asiento sin poner en ningún caso como objeción la hasta aquí tratada sobre la necesaria atribución como efecto propio del Plan Parcial el de provocar una alteración jurídico-real o descriptiva⁶.

⁶ La Resolución de 23 de abril de 1997 sostuvo lo siguiente: «La concreción del recurso gubernativo a las cuestiones directamente relacionadas con la nota impugnada, la única cuestión que ha de debatirse en el ahora entablado es la de decidir si es posible o no anotar preventivamente la interposición de un recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo de aprobación definitiva de un Plan Parcial de Ordenación, sobre determinadas fincas resultantes de la ejecución, por el sistema de compensación, de la urbanización de la zona a que se contrae ese Plan Parcial, habida cuenta que el mandamiento que ordena la práctica de la anotación se refiere a determinadas fincas originarias correspondientes a dicha zona, cuyos folio registrales ya han sido cerrados por efecto de la compensación.

El registrador deniega la anotación solicitada por el defecto insubsanable de inexistencia registral de las fincas sobre las cuales se ordena practicar el asiento al estar canceladas las hojas registrales respectivas conforme al artículo 114 en relación al 174.4 del mismo texto reglamentario. El defecto, tal como es planteado, no puede ser estimado. Ciertamente, la cancelación de los folios registrales abiertos a las fincas originarias determina su inexistencia jurídica actual; ahora bien, al establecerse por ministerio legis la subrogación con plena eficacia real de las antiguas por las nuevas parcelas resultantes de la compensación, siempre que quede clara la correspondencia entre unas y otras (arts. 122.1, 174.4 del Reglamento de Gestión Urbanis-

4. EL POSIBLE ACCESO AL REGISTRO DE LAS SENTENCIAS ANULATORIAS DE INSTRUMENTOS DE PLANEAMIENTO COMO CONSECUENCIA LÓGICA DE LA ADMISIÓN DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA EN LOS PROCESOS RESPECTIVOS

Si hasta este punto hemos intentado dar una respuesta a la objeción planteada por la resolución comentada para la inscripción de sentencias anulatorias de instrumentos de planeamiento en el sentido de que solo los que llevaran consigo una alteración jurídico-real o descriptiva lo permitirían, procede ahora detenerse en la otra cara de la moneda de tal objeción cuando se afirma, en este caso en la nota de calificación de la registradora aunque asumido el argumento tácitamente en la fundamentación de la Resolución, que *«la inscripción en el Registro de la Propiedad de estas sentencias se circunscribe, por tanto, al ámbito de la mutación jurídico real y no al de la mera publicidad en el sentido estricto, que la legislación vigente reserva a los Boletines Oficiales de la Provincia respectiva»*.

Pues bien, ¿cabe entender, en efecto, que cuando el objetivo último de acceso al Registro de un pronunciamiento judicial firme anulatorio de un instrumento de planeamiento fuera el de la *mera publicidad* habría una suerte de vicio de origen que inhabilitaría la inscripción pretendida?

La objeción no es desde luego menor toda vez que, llevada hasta sus últimas consecuencias y puesta en relación con la precedente, la de la necesaria mutación jurídico-real o descriptiva, se llegaría a un callejón sin salida que haría materialmente inoperativo el reconocimiento legal y reglamentario de que las sentencias firmes anulatorias de instrumentos de planeamiento son susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad.

Así, si la alteración jurídico-real o descriptiva es ajena a los efectos propios del planeamiento como instrumento de naturaleza urbanística tomado aisladamente y si, al tiempo, la consecuencia ligada a ello es que el acceso al Registro de su anulación tan solo puede producir un efecto de publicidad, se acaba por incurrir en una verdadera aporía a la vista de los términos legales, de tal modo que no se entiende de qué manera podría inscribirse la correspondiente sentencia anulatoria.

A estos efectos, probablemente ofrezca algo de luz el tratamiento dado por la doctrina⁷ a la anotación preventiva de interposición de recurso contencioso-administrativo como medida cautelar propia del proceso contencioso-administrativo en el caso de procesos entablados contra instrumentos de planeamiento, medida cautelar cuya función es justamente facilitar la sucesiva inscripción de la sentencia firme de acuerdo con los artículos 71 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, y 198 del Reglamento Hipotecario.

tica, art. 167 de la Ley del Suelo), es evidente que la anotación decretada sobre una parcela originaria debe extenderse sobre la nueva finca resultante de la compensación que ocupe su misma posición jurídica por efecto de esa subrogación, lo cual, además, viene facilitado por la necesaria coordinación registral entre los folios de las antiguas parcelas y los abiertos a las nuevas, cuando media entre unas y otras esa correspondencia (arts. 114 y 174.4 del Reglamento de Gestión Urbanística). Cuestión distinta es que en el caso debatido no se haya producido ese efecto subrogatorio respecto de las parcelas a que se contrae el mandamiento calificado (lo cual no puede ser decidido por este Centro Directivo en el marco del presente recurso gubernativo), pero en tal supuesto, es evidente que la objeción no será ya la que ahora se alega».

⁷ LASO MARTÍNEZ, José Luis, en el trabajo «Cautelas registrales para el proceso contencioso-administrativo», publicado en el número 77 (enero-marzo de 1993) de la *Revista Española de Derecho Administrativo*, págs. 71 a 93.

En este sentido, al tratar de la naturaleza de la pretensión⁸ y tomando inicialmente como referencia el juego de la anotación en el proceso civil, se ha manifestado que *«las situaciones acogibles han de venir dadas, en cierto modo como en el proceso civil, bien por la existencia previa de situaciones jurídico-reales en formación, ius ad rem (...) bien porque, de obtenerse una resolución favorable, aun no siendo ejercitada una acción real, se pueda producir una modificación jurídico-real mediata o inmediatamente del derecho o bien inscrito»*.

Sin embargo, entre las diferencias apreciables entre el desenvolvimiento de la anotación en el proceso civil y en el proceso contencioso-administrativo, su recepción, aun fuera inicialmente de la Ley de la jurisdicción aunque hoy ya comprendida en ella por la superación nominativa de la suspensión de efectos del acto como única medida cautelar posible en beneficio de la designación genérica del concepto de medidas cautelares, determinó *«el reconocimiento formal de la anotación en los procesos contra el planeamiento en sí y (...) de todo lo que lleva consigo la admisión en pleno del régimen de impugnación de los actos de contenido urbanístico con el reconocimiento esencial de la acción pública (...)»*.

Desde tal reconocimiento es como se ha admitido la anotación en relación con recursos interpuestos contra actos de planeamiento en razón de una doble perspectiva.

Por un lado, en cuanto *«el Plan puede comprender no sólo zonificación, sino determinaciones que, en rigor, entrañan decisiones para su gestión. Tal sería el caso de delimitación de sectores o unidades de ejecución, fijación del sistema de actuación (...)»*. Por tanto en estos casos si el planeamiento contuviera y se impugnaran determinaciones en orden a su gestión resulta lógica la posibilidad de la anotación porque sí entrañan mediata o inmediatamente (...) consecuencias patrimoniales».

De otro lado, al suscitarse la oportunidad de la anotación respecto de actos estrictos de planeamiento como la zonificación, los aprovechamientos dados, las normas urbanísticas, la clasificación y calificación del suelo, etc., la respuesta es que, ante la insuficiencia de la suspensión de los efectos del acto por la constante línea jurisprudencial a favor de la ejecutividad cuando se refiere a instrumentos de planeamiento impugnados, *«no puede descartarse la aplicación de la anotación (...)»*. Lo que importa en estos casos es que el juzgador evalúe proporcionadamente el interés subyacente (...) exigiendo la concreción sobre finca determinada (...) y en la misma medida unas garantías también proporcionadas para evitar el ejercicio abusivo de la impugnación».

Sin embargo, además de lo anterior, el reconocimiento de la acción pública en materia de urbanismo lleva consigo una relevancia adicional en cuanto *«la Ley sale del esquema típico de las acciones anotables porque ni tienen un origen real, ni revelan la existencia de un posible ius ad rem ni, por fin, está llamada tampoco a producir un efecto jurídico real, puesto que ni aun accediéndose por los Tribunales a la pretensión albergada en ella provocará ningún desplazamiento patrimonial»*.

De ahí justamente que con la anotación *«se otorga de este modo una publicidad seguida o no de efectos patrimoniales que si agota sus efectos en sí misma es encuadrable en los que se ha llamado publicidad-noticia que sirve para dar a conocer a terceros la existencia del proceso y advertirles del riesgo que contraen con la adquisición»*.

En suma, si la anotación preventiva es admisible en relación con procesos entablados contra actos de aprobación de instrumentos de planeamiento aun

⁸ LASO MARTÍNEZ, José Luis, «Cautelas registrales...», *op. cit.*, págs. 79 y sigs.

siendo su único efecto el de procurar el conocimiento público de un proceso en marcha, su condición de puente para la inscripción de la sucesiva sentencia exige por estricta coherencia la efectiva práctica de esta última, cuyos efectos de publicidad no pueden ser comparados con los derivados de una posible publicación de ella en el Boletín Oficial correspondiente, especialmente cuando parece razonable exigir una publicidad material y no meramente formal, como no parece esconder que sea la nota característica de ésta.

Todo lo cual, por fin, es coherente con el principio de la extensión efectiva de la tutela judicial a todos los ámbitos predicables implicados en la resolución judicial firme, los cuales exigen su efectiva acogida, también en el Registro, en consonancia con el rango esencial reconocido a la ejecución de las sentencias como integrante de la tutela judicial efectiva.

5. REFERENCIA AL CASO CONTEMPLADO EN LA RESOLUCIÓN DE 6 DE MARZO DE 2013

Admitida, en la interpretación más favorable, la práctica de la anotación incluso sin efecto jurídico-real alguno susceptible de producirse por la anulación del instrumento de planeamiento recurrido, en el caso concreto de la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de abril de 2012, los términos de su pronunciamiento anulatorio eran de tal alcance que, siguiendo la anterior terminología, aun no provocando por sí sola un efecto jurídico-real «inmediato» sobre las fincas afectadas, estaba llamado a causarlo de modo «mediato» ante el impacto indudable que el mismo había de producir en el proceso reparcelatorio seguido en ejecución del Estudio de Detalle anulado.

Téngase presente que el acto anulado, además de reducir el ámbito definido en el Plan General en un 6,656 por 100, supuso a su vez lo siguiente:

- «1. El suelo lucrativo, que en el PGOU era 11.390 m², pasa a ser en el ED 9.583,71 m², así pues 1.806,29 m² menos, o, traducido a porcentaje, un 15,859 por 100 menos.
2. El viario, que en el PGOU era 6.210 m², pasa en el ED a ser 6.653,84 m², así pues 443,84 m² más, o, traducido a porcentaje, un 7,147 por 100 más.
3. Las zonas verdes, que en el PGOU eran 1.650 m², pasan en el ED a ser 1.731,17 m², así pues 81,17 m² más, o, traducido a porcentaje, un 4,919 por 100 más.
4. El suelo para equipamiento, que en el PGOU era 2.750 m², pasa en el ED a ser 2.566,96 m², o sea, 183,04 m² menos, o, traducido a porcentaje, un 6,656 por 100 menos».

Es decir, la sentencia llevaba consigo un efecto de tal relieve respecto de su proceso de ejecución posterior que, salvo que el mismo hubiera sido consentido, quedaba irremisiblemente condenado a ser anulado y rehecho bajo la nueva ordenación que, por ser acorde con el Plan General, no planteara ya dudas de legalidad.

Por ello, el argumento implícito en la fundamentación de la Resolución sobre el rechazo de la inscripción de la sentencia de 19 de abril de 2012, por sus meros efectos de publicidad no parece tampoco correcto dados los efectos llamados a producirse, efectos reales incluso en el caso de que la reparcelación no fuera impugnada en cuanto la nulidad del planeamiento, salvo por su alteración, al menos supondría en un inicio la ilegalidad de las edificaciones que pudieran

levantarse a su amparo o, en su caso, su consideración como edificaciones fuera de ordenación.

6. CONSIDERACIÓN FINAL SOBRE LAS FINCAS AFECTADAS POR LA INSCRIPCIÓN DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Nos referimos aquí a la expresión en la nota de calificación de la registradora de que *«aunque la inscripción se solicita solo respecto de la finca que figura inscrita a nombre del demandante en el procedimiento judicial entablado, para que dicha sentencia pudiera tener acceso al Registro se precisaría que quedara acreditada la intervención en el procedimiento judicial de los titulares de todas las fincas registrales afectadas por el estudio de detalle cuya nulidad se declara»*.

La objeción, en este caso también aparentemente asumida en la fundamentación de la resolución al indicar como condición para la inscripción de la sentencia la de *«que haya participado su titular en el procedimiento»*, vendría así a suponer que el intento de hacer constar en el Registro la anulación de un instrumento de planeamiento exigiría la condición de parte en el proceso de todos aquellos que fueran propietarios de suelo dentro del ámbito respectivo, de tal modo que no concurriendo no cabría acceder a la inscripción.

Frente a ello, sin embargo, más allá del hecho singular de pretender la inscripción de la sentencia sobre finca propia, en relación con lo cual no parece que debiera haber objeción al menos siguiendo la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de junio de 2010⁹, no parece razonable que si la extensión de la inscripción de la sentencia no se pretende que se proyecte sobre fincas distintas de las del recurrente, se exija que éstos hayan debido ser parte en el proceso. Otra cosa, en efecto, es que así se pretendiera y sin embargo no hubieran sido parte.

RESUMEN

INSCRIPCIÓN REGISTRAL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO

El reconocimiento legal y reglamentario como inscribibles en el Registro de la Propiedad tanto de la interposición de recurso contencioso-administrativo contra instrumentos de planeamiento como de las sentencias firmes en que se declarara su nulidad, no puede encontrar obstáculo ni en la exigencia de que, entre sus efectos, haya de producirse una

ABSTRACT

REGISTRATION URBAN PLANNING

Spanish laws and regulations recognize that appeals to the courts against planning instruments and final court rulings that declare planning instruments null and void are subject to registration. Registration cannot be hindered on the grounds that the proceeding or ruling at issue fails to produce a legal/real or descriptive alteration of the prop-

⁹ A ella nos referimos en la nota número 6 del trabajo publicado en el número 735 de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, titulado «Nuevas perspectivas en relación con la demolición de edificaciones por anulación de licencias a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las recientes reformas de la legislación estatal y autonómica».

alteración jurídico-real o descriptiva de las fincas afectadas, por no ser un efecto propio de tales instrumentos, ni en el rechazo de la mera publicidad como consecuencia de la inscripción, pues, además de que en tal caso se haría imposible la inscripción de esta clase de resoluciones judiciales en contra de lo admitido por el ordenamiento jurídico, se estaría impidiendo dar conocimiento público frente a terceros de una circunstancia urbanística de los suelos afectados insuficientemente garantizada mediante su exclusiva publicación en los diarios oficiales respectivos.

erty at issue, because instruments of this type do not have such effects. Nor can registration be hindered on the grounds that registration cannot be granted for the mere sake of information disclosure. If such obstacles were admitted as existing, it would become impossible to register judicial decisions of this sort, an outcome that would contradict Spanish law. In addition, public knowledge of land planning affairs would be hampered, because publication in official journals alone does not suffice to guarantee that third parties can learn of urban planning matters.

ACTUALIDAD JURÍDICA

I. Información legislativa

NORMAS ESTATALES

CORTES GENERALES

— Resolución de 17-7-2013. Ordena la publicación del acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 7/2013, de 28-6-2013, de medidas urgentes de naturaleza tributaria, presupuestaria y de fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación.

— Resolución de 17-7-2013. Ordena la publicación del acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 8/2013, de 28-6-2013, de medidas urgentes contra la morosidad de las administraciones públicas y de apoyo a entidades locales con problemas financieros.

— Resolución de 17-7-2013. Ordena la publicación del acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 9/2013, de 12-7-2013, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico.

JEFATURA DEL ESTADO

— Ley Orgánica 3/2013. 20-6-2013. Protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva.

— Ley Orgánica 4/2013. 28-6-2013. Reforma del CGPJ, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1-7-2-1985, del Poder Judicial.

— Ley Orgánica 5/2013. 4-7-2013. Modifica la Ley Orgánica 5/1987, de 30-7-1987, de Delegación de Facultades del Estado en las Comunidades Autónomas en relación con los transportes por carretera y por cable.

— Ley 3/2013. 4-6-2013. Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

— Ley 4/2013. 4-6-2013. Medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas.

— Ley 5/2013. 11-6-2013. Modifica la Ley 16/2002, de 1-7-2002, de prevención y control integrados de la contaminación, y la Ley 22/2011, de 28-7-2011, de residuos y suelos contaminados.

— Ley 6/2013. 11-6-2013. Modificación de la Ley 32/2007, de 7-11-2007, para el cuidado de los animales, en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio.

— Ley 7/2013. 25-6-2013. Declaración del Parque Nacional de la Sierra de Guadarrama.

— Corrección de errores. Ley 7/2013. 25-6-2013. Declaración del Parque Nacional de la Sierra de Guadarrama.

— Ley 8/2013. 26-6-2013. Rehabilitación, regeneración y renovación urbanas.

— Ley 9/2013. 4-7-2013. Modifica la Ley 16/1987, de 30-7-1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres, y la Ley 21/2003, de 7-7-2003, de Seguridad Aérea.

— Ley 10/2013. 24-7-2013. Incorpora al ordenamiento jurídico español las Directivas 2010/84/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15-12-2010, sobre farmacovigilancia, y 2011/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8-6-2011, sobre prevención de la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministro legal, y se modifica la Ley 29/2006, de 26-7-2006, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

— Ley 11/2013. 26-7-2013. Medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo.

— Real Decreto-ley 7/2013. 28-6-2013. Medidas urgentes de naturaleza tributaria, presupuestaria y de fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación.

— Corrección de errores. Real Decreto-ley 7/2013. 28-6-2013. Medidas urgentes de naturaleza tributaria, presupuestaria y de fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación.

— Real Decreto-ley 8/2013. 28-6-2013. Medidas urgentes contra la morosidad de las administraciones públicas y de apoyo a entidades locales con problemas financieros.

— Corrección de errores. Real Decreto-ley 8/2013. 28-6-2013. Medidas urgentes contra la morosidad de las administraciones públicas y de apoyo a entidades locales con problemas financieros.

— Real Decreto-ley 9/2013. 12-7-2013. Adopta medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico.

— Real Decreto-ley 10/2013. 26-7-2013. Concede créditos extraordinarios en los presupuestos de los Ministerios de Industria, Energía y Turismo y de Defensa y suplementos de crédito para atender obligaciones del Servicio Público de Empleo Estatal.

— Resolución de 30-5-2013. Modifica parcialmente la de 23-7-2010, por la que se crean ficheros de datos de carácter personal.

- Resolución de 30-5-2013. Crea un fichero de datos de carácter personal.
- Instrumento de Ratificación del Tratado entre el Reino de Bélgica, la República de Bulgaria, la República Checa, el Reino de Dinamarca, la República Federal de Alemania, la República de Estonia, Irlanda, la República Helénica, el Reino de España, la República Francesa, la República Italiana, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, el Gran Ducado de Luxemburgo, la República de Hungría, la República de Malta, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria, la República de Polonia, la República Portuguesa, Rumanía, la República de Eslovenia, la República Eslovaca, la República de Finlandia, el Reino de Suecia y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (Estados miembros de la UE) y la República de Croacia, relativo a la adhesión de la República de Croacia a la UE, hecho en Bruselas el 9-11-2011.

PRESIDENCIA DEL GOBIERNO

- Real Decreto 385/2013. 31-5-2013. Modifica el Real Decreto 1886/2011, de 30-12-2011, por el que se establecen las Comisiones Delegadas del Gobierno.
- Real Decreto 401/2013. 7-6-2013. Modifica el Real Decreto 944/2001, de 3-8-2001, por el que se aprueba el Reglamento para la determinación de la aptitud psicofísica del personal de las Fuerzas Armadas.
- Real Decreto 403/2013. 7-6-2013. Modifica parcialmente el Real Decreto 419/1991, de 27-3-1991, por el que se regula la distribución de la recaudación y premios en las apuestas deportivas del Estado y otros juegos gestionados por el Organismo Nacional de Loterías y Apuestas del Estado.
- Real Decreto 479/2013. 21-6-2013. Crea la Oficina para la ejecución de la reforma de la Administración.
- Orden 1.005/2013. 4-6-2013. Crea un fichero automatizado de datos de carácter personal, se suprime otro y se modifican diversos ficheros.
- Orden 1.136/2013. 18-6-2013. Modifica la Orden 1.576/2002, de 19-6-2002, por la que se regula el procedimiento para el pago de obligaciones de la Administración General del Estado.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

- Acuerdo 29-5-2013. Publica el Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la composición y funcionamiento de la Sala Tercera y asignación de ponencias que deban turnar a los Magistrados en el año 2013.
- Acuerdo 12-6-2013. Aprueba la Instrucción 1/2013 sobre retribuciones en supuestos de incapacidad temporal por contingencias comunes de los miembros de la carrera judicial.

MINISTERIO DE JUSTICIA

— Real Decreto 396/2013. 7-6-2013. Regula el Comité técnico estatal de la Administración judicial electrónica.

— Orden 1.117/2013. 6-6-2013. Modifica la Orden 2.225, 5-10-2012, sobre delegación de competencias.

— Resolución de 3-5-2013. Jubilación de don Francisco Labeira Riquelme, Registrador de la Propiedad de Las Rozas de Madrid, número 1.

— Resolución de 7-5-2013. Jubilación de don Salvador Mínguez Sanz, Registrador Mercantil y de Bienes Muebles de Castellón.

— Resolución de 13-5-2013. Jubilación de don José Domingo Rodríguez Martínez, Registrador Mercantil y de Bienes Muebles de Madrid, XVIII.

— Resolución de 24-5-2013. Convoca determinados Registros de la Propiedad, radicados en el territorio español, con excepción de la Comunidad Autónoma de Cataluña, para su provisión conforme a lo dispuesto en el artículo 503 del RH.

— Resolución de 29-5-2013. Aprueba las modificaciones introducidas en el modelo de contrato de financiación a comprador de bienes muebles, letras TR-1 y sus anexos para ser utilizado por Transolver Finance Establecimiento Financiero de Crédito, S. A.

— Resolución de 30-5-2013. Aprueba las modificaciones introducidas en el modelo de contrato de financiación a comprador de bienes muebles y sus anexos para ser utilizado por Santander Consumer, Establecimiento Financiero de Crédito, S. A., con letra de identificación K.

— Resolución de 31-5-2013. Aprueba las modificaciones introducidas en el modelo de contrato de arrendamiento financiero y sus anexos para ser utilizado por Transolver Finance, Establecimiento Financiero de Crédito, S. A., con letras de identificación L-TR.

— Resolución de 3-6-2013. Aprueba la utilización del modelo de contrato de arrendamiento financiero de bienes muebles por Deutsche Leasing Ibérica, Establecimiento Financiero de Crédito, letras de identificación L-DLI.

— Resolución de 3-6-2013. Aprueba las modificaciones introducidas en el modelo de contrato de arrendamiento financiero y sus anexos para ser utilizado por Santander Consumer, Establecimiento Financiero de Crédito, con letra de identificación H.

— Resolución de 4-6-2013. Aprueba las modificaciones introducidas en el modelo de contrato de financiación a comprador de bienes muebles y sus anexos para ser utilizado por Santander Consumer, Establecimiento Financiero de Crédito, con letras de identificación F-CF.

— Resolución de 6-6-2013. Jubilación de don Enrique Albert Piñole, Registrador de la Propiedad de Madrid, número 15.

— Resolución de 14-6-2013. Modifica la de 5-12-1996, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios en el ámbito de la Administración de Justicia.

— Resolución de 18-6-2013. Jubilación de don Manuel Ángel Nodar Sobrino, Registrador de la Propiedad de Manresa, número 1.

— Resolución de 25-6-2013. Retribuciones en los casos de incapacidad temporal por contingencias comunes de los miembros del Cuerpo de Secretarios Judiciales.

— Resolución de 25-6-2013. Retribuciones en los casos de incapacidad temporal para el personal al servicio de la Administración de Justicia, en el ámbito territorial gestionado por el Ministerio de Justicia.

— Resolución de 25-6-2013. Resuelve el concurso entre miembros del Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, convocado por Resolución de 24-5-2013, y se dispone su comunicación a las Comunidades Autónomas para que se proceda a los nombramientos.

— Resolución de 28-6-2013. Resuelve el concurso ordinario número 288 para la provisión de Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles vacantes, convocado por Resolución de 14-5-2013 y se dispone su comunicación a las Comunidades Autónomas para que se proceda a los nombramientos.

— Resolución de 28-6-2013. Aprueba las modificaciones introducidas en el modelo de contrato de financiación a comprador de vehículos, letras de identificación F-FC-L, y sus anexos, para ser utilizado por FCE Bank PLC Sucursal en España.

— Resolución de 28-6-2013. Aprueba las modificaciones introducidas en el modelo de contrato de arrendamiento financiero con opción de compra, letras de identificación L-AEL, para ser utilizado por la Asociación Española de Leasing y Renting.

— Resolución de 28-6-2013. Aprueba las modificaciones introducidas en el modelo de contrato de arrendamiento de bienes muebles, letras de identificación R-DLL, y sus anexos I, II, y III, para ser utilizado por la Lage Landen Internacional, BV, Sucursal en España.

— Resolución de 2-7-2013. Aprueba las modificaciones introducidas en el modelo de contrato de financiación a comprador de bienes muebles, letras de identificación F-AS-5, y sus anexos I, II, III, y IV, para ser utilizado por la Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito.

— Resolución de 3-7-2013. Aprueba las modificaciones introducidas en el modelo de contrato de arrendamiento financiero de bienes muebles, letras de identificación L-AS-1, y sus anexos I, II, y III, para ser utilizado por la Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito.

— Resolución de 3-7-2013. Jubilación del Notario de Badalona, don Emilio Roselló García.

— Resolución de 5-7-2013. Jubilación voluntaria del Notario de Albacete, don Pedro Coca Torrens.

— Resolución de 15-7-2013. Convoca oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

— Instrucción 25-6-2013. Supuestos a los que se aplica el artículo 217 del Reglamento del Registro Civil.

— Instrucción 5-7-2013. Determinados aspectos del plan intensivo de tramitación de los expedientes de adquisición de la nacionalidad española por residencia.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD

— Orden 1.432/2013. 28-6-2013. Delegación de competencias.

— Orden 1.433/2013. 17-7-2013. Retira la condición de Titular de Cuenta del Mercado de Deuda Pública en Anotaciones a Bankia Banca Privada.

— Real Decreto 404/2013. 7-6-2013. Modifica el Real Decreto 1786/2009, de 20-11-2009, por el que se regula la iniciativa de apoyo financiero a la modernización y mejora del comercio interior.

— Resolución de 28-5-2013. Dicta normas de registro, valoración e información a incluir en la memoria del inmovilizado intangible.

— Corrección de errores. Resolución de 28-5-2013. Dicta normas de registro, valoración e información a incluir en la memoria del inmovilizado intangible.

— Resolución de 4-6-2013. Actualiza el anexo incluido en la Resolución de 4-3-2013, por la que se define el principio de prudencia financiera aplicable a las operaciones de endeudamiento de las Comunidades Autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía que se acojan a la línea de financiación directa ICO Comunidades Autónomas 2012 y al Fondo de Liquidez Autonómico.

— Resolución de 28-6-2013. Actualiza el Anexo incluido en la de 4-3-2013, por la que se define el principio de prudencia financiera aplicable a las operaciones de endeudamiento de las Comunidades Autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía que se acojan a la línea de financiación directa ICO-CCAA 2012 y al Fondo de Liquidez Autonómico.

— Resolución de 5-7-2013. Publica la lista de entidades que han comunicado su adhesión al Código de Buenas Prácticas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social; y la lista de entidades para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual.

— Resolución de 8-7-2013. Crea ficheros de datos de carácter personal.

— Resolución de 25-7-2013. Retira a la entidad «RBC Europe Limited» la condición de Creador de Mercado de Deuda Pública del Reino de España.

MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

— Real Decreto 425/2013. 14-6-2013. Aprueba el Estatuto del Instituto de Turismo de España y se modifica parcialmente el Real Decreto 344/2012, de 10-2-2012, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Industria, Energía y Turismo.

— Real Decreto 515/2013. 5-7-2013. Regula los criterios y el procedimiento para determinar y repercutir las responsabilidades por incumplimiento del Derecho de la UE.

— Orden 1.057/2013. 10-6-2013. Determina la forma, el alcance y efectos del procedimiento de autorización de la masa salarial regulado en el artículo 27.tres de la Ley 17/2012, de 27-12-2012, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, para las sociedades mercantiles estatales, fundaciones del sector público estatal y consorcios participados mayoritariamente por las administraciones y organismos que integran el sector público estatal.

— Orden 1.292/2013. 28-6-2013. Establece las reglas de determinación de los índices que intervienen en las fórmulas de revisión de precios de los contratos públicos.

— Orden 1.357/2013. 11-7-2013. Modifica la Orden 1-2-1996, por la que se aprueba la Instrucción de operatoria contable a seguir en la ejecución del gasto del Estado, y la Orden 1-2-1996, por la que se aprueban los documentos contables a utilizar por la Administración General del Estado.

— Orden 1.448/2013. 9-7-2013. Concede incentivos regionales, previstos en la Ley 50/1985, de 27-12-1985, para la realización de proyectos de inversión y se resuelven solicitudes de modificación de condiciones de expedientes en vigor.

— Resolución de 10-5-2013. Publica el Acuerdo de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Controversias de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Andalucía en relación con el Decreto-ley 1/2013, de 29-1-2013, por el que se modifica el Decreto Legislativo 1/2012, de 20-3-2012, por el que se aprueba el TR de la Ley del Comercio Interior de Andalucía y se establecen otras medidas urgentes en el ámbito comercial, turístico y urbanístico.

— Resolución de 27-5-2013. Publica la revocación de NIF.

— Resolución de 31-5-2013. Emplaza a los interesados en el recurso contencioso-administrativo 11/2013, interpuesto contra la Orden 490/2013, de 27-3-2013, por la que se modifica la Orden 2.662/2012, de 13-12-2012, por la que se aprueba el modelo 696 de autoliquidación y el modelo 695 de solicitud de devolución, de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social y se determinan el lugar, forma, plazos y los procedimientos de presentación, seguido ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, sección séptima.

— Resolución de 10-6-2013. Modifica el plazo de ingreso en periodo voluntario de los recibos del IAE del ejercicio 2013, relativos a las cuotas nacionales y provinciales y se establece el lugar de pago de dichas cuotas.

— Resolución de 26-4-2013. Aprueba el modelo de declaración responsable prevista en el Real Decreto 335/2010, de 19-3-2010, por el que se regula el derecho a efectuar declaraciones en aduana y la figura del representante aduanero.

— Resolución de 25-6-2013. Publica la revocación de los NIF.

— Resolución de 25-6-2013. Publica la rehabilitación de los NIF.

— Resolución de 11-7-2013. Modifica el Anexo I de la Orden EHA/567/2009, de 4-3-2009, por la que se regula el procedimiento telemático de obtención, formulación, aprobación y rendición de las cuentas anuales de las entidades que integran el Sistema de la Seguridad Social.

— Resolución de 15-7-2013. Publica la rehabilitación de los NIF que figuran en el Anexo.

— Resolución de 26-7-2013. Da cumplimiento al artículo 32.1 del Real Decreto-ley 8/2013, de 28-6-2013, de medidas urgentes contra la morosidad de las administraciones públicas y de apoyo a entidades locales con problemas financieros.

— Corrección de errores. Orden 660/2013. 22-4-2013. Reduce para el periodo impositivo 2012, los índices de rendimiento neto y el índice corrector por piensos adquiridos a terceros aplicables en el método de estimación objetiva del IRPF para las actividades agrícolas y ganaderas afectadas por diversas circunstancias excepcionales.

— Corrección de errores. Orden 981/2013. 31-5-2013. Dicta normas para la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado para 2014.

COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES

— Circular 3/2013. 12-6-2013. Desarrollo de determinadas obligaciones de información a los clientes a los que se les prestan servicios de inversión, en relación con la evaluación de la conveniencia e idoneidad de los instrumentos financieros.

— Circular 4/2013. 12-6-2013. Establece los modelos de informe anual de remuneraciones de los consejeros de sociedades anónimas cotizadas y de los miembros del consejo de administración y de la comisión de control de las cajas de ahorros que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores.

— Circular 5/2013. 12-6-2013. Establece los modelos de informe anual de gobierno corporativo de las sociedades anónimas cotizadas, de las cajas de ahorros y de otras entidades que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores.

— Corrección de errores. Circular 2/2013. 9-5-2013. Documento con los datos fundamentales para el inversor y el folleto de las instituciones de inversión colectiva.

BANCO DE ESPAÑA

— Resolución de 3-6-2013. Publica determinados tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario.

— Resolución de 3-6-2013. Publica los índices y tipos de referencia aplicables para el cálculo del valor de mercado en la compensación por riesgo de tipo de interés de los préstamos hipotecarios, así como para el cálculo del diferencial a aplicar para la obtención del valor de mercado de los préstamos o créditos que se cancelan anticipadamente.

— Resolución de 18-6-2013. Crea el Registro Electrónico del Banco de España.

— Resolución de 19-6-2013. Publica determinados tipos de referencia del mercado hipotecario.

— Resolución de 27-6-2013. Modifica el Acuerdo de 18-12-2009, sobre delegación de competencias.

— Resolución de 1-7-2013. Publica determinados tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario.

— Resolución de 1-7-2013. Publica los índices y tipos de referencia aplicables para el cálculo del valor de mercado en la compensación por riesgo de tipo de interés de los préstamos hipotecarios, así como para el cálculo del diferencial a aplicar para la obtención del valor de mercado de los préstamos o créditos que se cancelan anticipadamente.

— Resolución de 5-7-2013. Publica la relación de participantes directos en TARGET2-Banco de España.

— Resolución de 17-7-2013. Publica determinados tipos de referencia del mercado hipotecario.

— Circular 2/2013. 27-6-2013. Crea y modifica ficheros de datos de carácter personal.

— Corrección de errores y erratas. Circular 1/2013. 24-5-2013. Central de Información de Riesgos y por la que se modifica la Circular 4/2004, de 22-12-2004, a las entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros.

FONDO DE REESTRUCTURACIÓN ORDENADA BANCARIA

— Resolución de 7-6-2013. Acuerda implementar acciones de gestión de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada en ejecución del Plan de Resolución de Catalunya Banc, S. A., aprobado el 27-11-2012 por el FROB y el Banco de España y el 28-11-2012 por la Comisión Europea.

— Resolución de 7-6-2013. Acuerda implementar acciones de gestión de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada en ejecución del Plan de Resolución de NCG Banco S. A., aprobado el 27-11-2012 por el FROB y el Banco de España y el 28-11-2012 por la Comisión Europea.

— Resolución de 20-6-2013. Acuerda realizar determinadas acciones de gestión de instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada en relación con la primera emisión de Bonos Subordinados de Banco Gallego de 30-6-2003.

— Resolución de 27-6-2013. Se acuerdan acciones de gestión de instrumentos híbridos y deuda subordinada en ejecución del Plan de Reestructuración de Banco Grupo Cajates, S. A.

— Resolución de 15-7-2013. Acuerda culminar las acciones de gestión de instrumentos híbridos y deuda subordinada en ejecución del Plan de Resolución de Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, S. A.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

— Real Decreto 429/2013. 14-6-2013. Establece las bases reguladoras de las compensaciones económicas a los árbitros designados por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en relación con la inaplicación de las condiciones de trabajo de los convenios colectivos.

— Orden 982/2013. 20-5-2013. Regula el contenido y el procedimiento de remisión de la comunicación que deben efectuar los empleadores a la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo en los procedimientos de despido colectivo, y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

— Orden 1.271/2013. 24-6-2013. Modifica la Orden 14-11-2001, por la que se regulan el programa de Escuelas Taller y Casas de Oficios y las Unidades de Promoción y Desarrollo y se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones públicas a dichos programas, y la Orden 14-11-2001, por la que se desarrolla el Real Decreto 282/1999, de 22-2-1999, por el que se establece el Programa de Talleres de Empleo, y se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones públicas a dicho programa.

— Orden 1.299/2013. 1-7-2013. Regula el procedimiento de concesión del sello «Entidad adherida a la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016».

— Corrección de errores. Orden 1.299/2013. 1-7-2013. Regula el procedimiento de concesión del sello «Entidad adherida a la Estrategia de Empleo Joven 2013-2016».

— Orden 1.451/2013. 29-7-2013. Establece disposiciones para la prevención de lesiones causadas por instrumentos cortantes y punzantes en el sector sanitario y hospitalario.

— Corrección de errores. Resolución de 6-5-2013. Modifica Resolución de 17-7-2001, por la que se dictan instrucciones para efectuar por medios telemáticos el embargo de dinero en cuentas abiertas en entidades de depósito.

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN

— Orden 1.055/2013. 30-5-2013. Suprime determinados órganos de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo en el exterior.

— Resolución de 29-5-2013. Aplicación del artículo 32 del Decreto 801/1972, de 24-3-1972, relativo a la ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de Tratados Internacionales.

— Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre supresión recíproca de visados en pasaportes de servicio, hecho en Rabat el 3-10-2012.

— Acuerdo de Cooperación Cultural, Educativa y Científica entre el Reino de España y la República de Azerbaiyán, hecho en Madrid el 28-11-2012.

— Aplicación Provisional de Canje de Notas constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la Secretaría de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y su Protocolo de Kyoto, sobre la reunión del Foro del Comité Permanente de Financiación en Barcelona, el 28 y 29-5-2013, hecho en Madrid y Bonn el 13-5-2013.

— Aplicación Provisional del Convenio de Asociación Estratégica en materia de Desarrollo y de Cooperación Cultural, Educativa y Deportiva entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho *ad referendum* en Rabat el 3-10-2012.

— Aplicación Provisional Segunda Modificación Carta de Asistencia entre el Reino de España y la UNAMID (Operación Híbrida de la Unión Africana y las Naciones Unidas en Darfur), hecha en Nueva York el 15-10-2010.

— Convenio entre el Reino de España y el Estado de Kuwait para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio, hecho en Kuwait el 26-5-2008.

— Declaración de Aceptación por España de la adhesión de la República de Colombia al Convenio sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, hecho en La Haya el 18-3-1970.

— Declaración de Aceptación por España de la adhesión de la República de Guinea al Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25-10-1980.

— Declaración de Aceptación por España de la adhesión de la Antigua República Yugoslava de Macedonia al Convenio sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, hecho en La Haya el 18-3-1970.

— Declaraciones de España al Convenio celebrado por el Consejo de conformidad con el artículo 34 del Tratado de la UE, relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la UE, hecho en Bruselas el 29-5-2000.

— Entrada en vigor del Acuerdo de Sede entre el Reino de España y el Instituto Forestal Europeo (IFE), hecho en Madrid el 28-7-2011.

— Entrada en vigor del Acuerdo entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania sobre supresión recíproca de visados en pasaportes diplomáticos, hecho en Nouakchott el 6-10-2011.

— Modificación de la Carta de Asistencia entre el Reino de España y la UNAMID (Operación híbrida de la Unión Africana y las Naciones Unidas en Darfur), hecho *ad referendum* en Nueva York el 10-3-2010.

— Modificaciones al Reglamento Común del Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas y del Protocolo concerniente a ese Arreglo, adoptada en la 45.^a sesión (26.^a extraordinaria) de la asamblea de la Unión de Madrid, celebrada en Ginebra del 1 al 9-10-2012.

— Protocolo entre el Reino de España y la Confederación Suiza que modifica el Convenio para evitar la doble imposición en materia de impuestos del IRPF e IP firmado en Berna el 26-4-1966, y su Protocolo, modificados por el Protocolo firmado en Madrid el 29-6-2006, hecho en Madrid el 27-7-2011.

— Segundo protocolo de enmienda del Convenio de Cooperación para la defensa entre el Reino de España y los Estados Unidos de América, de 1-12-1988, revisado, hecho en Bruselas el 10-10-2012.

— Tratado de Extradición entre el Reino de España y la República de Kazajstán, hecho en Madrid el 21-11-2012.

— Corrección de errores. Canje de notas constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la Secretaría de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y su Protocolo de Kyoto, sobre la reunión del Foro del Comité Permanente de Financiación en Barcelona, el 28 y 29-5-2013, hecho en Bonn y Madrid 13 y 24-5-2013.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE

— Real Decreto 397/2013. 7-6-2013. Aprueba los Estatutos de la Real Academia de Ingeniería.

— Real Decreto 398/2013. 7-6-2013. Aprueba los Estatutos de la Real Academia de Doctores de España.

— Real Decreto 476/2013. 21-6-2013. Regula las condiciones de cualificación y formación que deben poseer los maestros de los centros privados de Educación Infantil y de Educación Primaria.

— Real Decreto 477/2013. 21-6-2013. Modifica el Real Decreto 1619/2011, de 14-11-2011, por el que se establece el nuevo régimen de equivalencias de los estudios y titulaciones de Ciencias Eclesiásticas de nivel universitario respecto de los títulos universitarios oficiales españoles, en cumplimiento de lo dispuesto en el Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede de 3-1-1979 sobre Enseñanzas y Asuntos Culturales.

— Real Decreto 534/2013. 12-7-2013. Modifica los Reales Decretos 1393/2007, de 29-10-2007, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales; 99/2011, de 28-1-2011, por el que se regulan las enseñanzas oficiales de doctorado; y 1892/2008, de 14-11-2008, por el que se regulan las condiciones para el acceso a las enseñanzas universitarias oficiales de grado y los procedimientos de admisión a las universidades públicas españolas.

— Orden 1.058/2013. 7-6-2013. Modifica la Orden 2.645/2011, de 23-9-2011, por la que se establece la formación equivalente a la formación pedagógica y didáctica exigida para aquellas personas que, estando en posesión de una titulación declarada equivalente a efectos de docencia, no pueden realizar los estudios de máster.

— Resolución de 12-6-2013. Publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 7-6-2013, por el que se establece el carácter oficial de determinados títulos universitarios de Doctor y su inscripción en el Registro de Universidades, Centros y Títulos.

— Resolución de 12-6-2013. Publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 7-6-2013, por el que se establece el carácter oficial de determinados títulos de Grado y su inscripción en el Registro de Universidades, Centros y Títulos.

— Resolución de 5-7-2013. Publica el Acuerdo de 25-6-2013, de la Conferencia General de Política Universitaria, por el que se fijan los límites de precios por estudios conducentes a la obtención de títulos universitarios oficiales.

MINISTERIO DEL INTERIOR

— Real Decreto 475/2013. 21-6-2013. Modifica el Reglamento General de Conductores, aprobado por el Real Decreto 818/2009, de 8-5-2009, en materia de transporte de mercancías peligrosas.

MINISTERIO DE AGRICULTURA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE

— Real Decreto 387/2013. 31-5-2013. Modifica el Real Decreto 342/2007, de 9-3-2007, por el que se regula el desarrollo de las funciones del Programa MaB, así como el Comité Español del citado programa, en el Organismo Autónomo Parques Nacionales.

— Real Decreto 399/2013. 7-6-2013. Aprueba el Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica del Cantábrico Occidental.

— Real Decreto 400/2013. 7-6-2013. Aprueba el Plan Hidrológico de la parte española de la Demarcación Hidrográfica del Cantábrico Oriental.

— Real Decreto 478/2013. 21-6-2013. Aprueba el Plan Hidrológico de la parte española de la Demarcación Hidrográfica del Duero.

— Real Decreto 548/2013. 19-7-2013. Aplicación de las medidas del programa de apoyo 2014-2018 al sector vitivinícola español.

MINISTERIO DE INDUSTRIA, ENERGÍA Y TURISMO

— Real Decreto 535/2013. 12-7-2013. Establece las bases reguladoras para la concesión de subvenciones a entidades del tercer sector de ámbito estatal colaboradoras con la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad.

— Real Decreto 536/2013. 12-7-2013. Establece las bases reguladoras de las subvenciones estatales destinadas a la realización de programas de interés general con cargo a la asignación tributaria del IRPF en el ámbito de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad.

— Real Decreto 576/2013. 26-7-2013. Establece los requisitos básicos del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud y se modifica el Real Decreto 1192/2012, de 3-8-2012, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

— Real Decreto 577/2013. 26-7-2013. Regula la farmacovigilancia de medicamentos de uso humano.

— Orden 1.262/2013. 26-6-2013. Modifica la Orden CTE/711/2002, de 26-3-2002, por la que se establecen las condiciones de prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado.

— Orden 1.311/2013. 9-7-2013. Aprueba el Reglamento de uso del dominio público radioeléctrico por radioaficionados.

MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD

— Resolución de 26-6-2013. Revisa el coste de producción de energía eléctrica y las tarifas de último recurso a aplicar a partir de 1-7-2013.

— Resolución de 19-7-2013. Revisión de precios a aplicar por los centros sanitarios del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria en Ceuta y Melilla, por las asistencias prestadas en los supuestos cuyo importe ha de reclamarse a los terceros obligados al pago o a los usuarios sin derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, así como por los servicios prestados por el Centro Nacional de Dosimetría y por la reproducción de documentos de la biblioteca de la entidad gestora.

MINISTERIO DE DEFENSA

— Real Decreto 386/2013. 31-5-2013. Fija las plantillas reglamentarias de oficiales generales, oficiales y suboficiales de las Fuerzas Armadas para el periodo 2013-2017.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

— Sentencia 105/2013. 6-5-2013. Recurso de amparo 10.642-2009. Ordenación del territorio y el urbanismo. Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías: Revisión en segunda instancia y valorando pruebas personales de la apreciación sobre prescripción del delito.

— Sentencia 106/2013. 6-5-2013. Recurso de amparo 8.996-2010. Sobreseimiento de demanda sobre contrato de compraventa. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso a la justicia): apreciación de la excepción de litispendencia contraviniendo el carácter voluntario de la reconvencción.

— Sentencia 107/2013. 6-5-2013. Recurso de amparo 3.068-2011. Utilización indebida de contraetiquetas. Vulneración del derecho a la legalidad sancionadora: Subsunción de los hechos en un ilícito administrativo tipificado por la Ley de la viña y del vino no aplicable en Castilla y León al no tener carácter básico.

— Sentencia 108/2013. 6-5-2013. Recurso de amparo 7.128-2011. Incidente de tasación de costas. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (resolución jurídicamente fundada): Modificación de la cuantía de los derechos del procurador que altera los términos de la imposición de costas acordada en la sentencia y que trae causa de la inaplicación inmotivada de la norma reglamentaria que aprueba el arancel de derechos de los procuradores.

— Sentencia 109/2013. 6-5-2013. Recurso de amparo 2.609-2012. Denegación de la petición de extinción de responsabilidad penal por prescripción de

la pena. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con los derechos a la libertad personal y a la legalidad penal: Apreciación sobre prescripción de la pena que introduce causas interruptoras del cómputo del plazo de prescripción no previstas legalmente.

— Sentencia 110/2013. 6-5-2013. Recurso de amparo 5.372-2012. Extradición al Reino de Tailandia. Alegada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (motivación): Falta de agotamiento de la vía judicial previa al haberse simultaneado el recurso de amparo con una solicitud de nulidad de actuaciones.

— Sentencia 111/2013. 9-5-2013. Recurso de inconstitucionalidad 2.144-2004. Competencias sobre aguas, medio ambiente y espacios naturales.

— Sentencia 112/2013. 9-5-2013. Conflicto positivo de competencia 3.591-2009. Regulación del plan estatal de vivienda y rehabilitación 2009-2012. Competencias sobre ordenación general de la economía, vivienda y urbanismo: Constitucionalidad de los preceptos reglamentarios estatales que establecen medidas de fomento de la vivienda.

— Sentencia 113/2013. 9-5-2013. Conflicto positivo de competencia 7.605/2009. Competencias sobre medio ambiente: disposiciones reglamentarias estatales que vulneran las competencias autonómicas de gestión de las subvenciones.

— Sentencia 114/2013. 9-5-2013. Recurso de inconstitucionalidad 630-2010. Competencias sobre medio ambiente y caza.

— Sentencia 115/2013. 9-5-2013. Recurso de amparo 1.246-2011. Delito contra la salud pública. Supuesta vulneración de los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones.

— Sentencia 116/2013. 20-5-2013. Recurso de amparo 1.827-2009. Desestimación de demanda sobre pensión de jubilación. Vulneración del derecho a la igualdad en la ley.

— Sentencia 117/2013. 20-5-2013. Recurso de amparo 4.146-2009. Pensión de jubilación. Vulneración de los derechos a la igualdad en la ley y a no sufrir discriminación por razón de sexo.

— Sentencia 118/2013. 20-5-2013. Recurso de amparo 5.514-2010. Delito contra los derechos de los trabajadores en concurso con una falta de lesiones por imprudencia. Vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia.

— Sentencia 119/2013. 20-5-2013. Recurso de amparo 5.676-2010. Delito contra los derechos de los trabajadores en concurso con una falta de lesiones por imprudencia. Vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia.

— Sentencia 120/2013. 20-5-2013. Recurso de amparo 5.732-2010. Delito contra los derechos de los trabajadores en concurso con una falta de lesiones por imprudencia. Vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia.

— Sentencia 121/2013. 20-5-2013. Recurso de amparo 5.516-2012. Incidente de tasación de costas. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (resolución fundada en Derecho).

— Sentencia 122/2013. 20-5-2013. Recurso de amparo 6.076-2012. Denegación de solicitud de nulidad de actuaciones en procedimiento de ejecución hipotecaria. Vulneración del derecho a la tutela judicial sin indefensión.

— Sentencia 123/2013. 23-5-2013. Recurso de inconstitucionalidad 4.244-2002. Competencias sobre régimen energético y colegios profesionales.

— Sentencia 124/2013. 23-5-2013. Conflicto positivo de competencia 9.075-2008. Competencias en materia laboral y sobre aeropuertos de interés general.

— Sentencia 125/2013. 23-5-2013. Recurso de amparo electoral 2.823-2013. Vulneración de los derechos a la participación política y de acceso a los cargos públicos representativos.

— Sentencia 126/2013. 3-6-2013. Recurso de amparo 6.633-2010. Tutela judicial efectiva (intangibilidad y motivación) y prueba: Íntegra modificación de la cosa juzgada, consecuencia de la estimación de un incidente de nulidad de actuaciones debido a la falta de valoración de un medio de prueba.

— Sentencia 127/2013. 3-6-2013. Recurso de amparo 2.763-2011. Tutela judicial efectiva. Competencia judicial internacional acorde con el criterio del interés superior del menor; improcedencia del planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la UE.

— Sentencia 128/2013. 3-6-2013. Recurso de amparo 123-2012. Tutela judicial efectiva (motivación): Resoluciones judiciales que, confirmando una decisión previa de la Administración penitenciaria, excluyen a los primos del régimen de comunicación vis a vis establecido para los familiares de los internos en centros penitenciarios.

— Sentencia 129/2013. 4-6-2013. Recurso de inconstitucionalidad 5.753-2002. Principios de jerarquía normativa, interdicción de la arbitrariedad e igualdad; derecho a la tutela judicial efectiva; garantías del procedimiento administrativo y leyes autoaplicativas: Nulidad de los preceptos legales que soslayan el control de la jurisdicción contencioso-administrativa al reservar al legislador la aplicación de la legalidad existente al caso concreto.

— Sentencia 130/2013. 4-6-2013. Recurso de inconstitucionalidad 931-2004. Competencias sobre ordenación general de la economía, hacienda pública y procedimiento administrativo: Interpretación conforme con la constitución de varios preceptos legales.

— Sentencia 131/2013. 5-6-2013. Recurso de inconstitucionalidad 1.725-2002. Reserva de Ley Orgánica de autonomía universitaria, competencias sobre universidades: Nulidad de la exención del requisito de Ley de reconocimiento para las universidades fundadas por la Iglesia católica.

— Sentencia 132/2013. 5-6-2013. Recurso de inconstitucionalidad 4.247-2002. Leyes de contenido heterogéneo. Principios de participación política. Seguridad jurídica. Leyes de presupuestos. Procedimiento administrativo.

— Sentencia 133/2013. 5-6-2013. Recurso de amparo 1.091-2004. Errores fácticos y de motivación y que no aplica ni valora razonadamente la existencia de una prohibición constitucional y legal de revisar y controlar el contenido de las resoluciones jurisdiccionales del Tribunal Constitucional por ningún otro órgano del Estado.

— Sentencia 134/2013. 6-6-2013. Recurso de inconstitucionalidad 1.810-2002. Principio de seguridad jurídica; autonomía universitaria y competencias sobre universidades.

— Sentencia 135/2013, de 6-6-2013. Recurso de inconstitucionalidad 964-2004. Cataluña. Competencias sobre ordenación general de la economía, hacienda pública y procedimiento administrativo.

— Sentencia 136/2013. 6-6-2013. Recurso de inconstitucionalidad 2.082-2005. Castilla y León. Competencias sobre archivos.

— Sentencia 137/2013. 6-6-2013. Cuestión de inconstitucionalidad 4.764-2007. Navarra. Competencias sobre condiciones básicas de igualdad, sanidad, productos farmacéuticos y Seguridad Social.

— Sentencia 138/2013. 6-6-2013. Recurso de inconstitucionalidad 2.155-2008. Interpretación conforme del precepto legal que atribuye funciones de coordinación al Comité MaB español (STC 69/2013).

— Auto 89/2013. 6-5-2013. Acuerdo no acceder al desistimiento ni al archivo en el recurso de amparo 9.138-2008, promovido por el Centro de Iniciativas para la Formación Agraria, S. A., en relación con el Decreto de la Comunidad de Castilla-La Mancha 22/2004, de 2-3-2004, sobre admisión de alumnos en centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos.

— Cuestión de inconstitucionalidad 1.457-2013. Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria.

— Cuestión de inconstitucionalidad 1.628-2013. Regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

— Cuestión de inconstitucionalidad 1.697-2013. Personal laboral del sector público. Posible vulneración del artículo 9.3 CE.

— Cuestión de inconstitucionalidad 2.253-2013. Ley General de la Seguridad Social. Posible vulneración de los artículos 14, 24.1, 139.1 y 149.1.17 de la Constitución.

— Cuestión de inconstitucionalidad 2.255-2013. Ley General de la Seguridad Social. Posible vulneración de los artículos 14, 24.1, 139.1 y 149.1.17 de la Constitución.

— Cuestión de inconstitucionalidad 2.256-2013. Ley General de la Seguridad Social. Vulneración de los artículos 14, 24.1, 139.1 y 149.1.17 de la Constitución.

— Cuestión de inconstitucionalidad 2.854-2013. Artículo 18.2 de la Ley 3/2004, de 25-2-2004, del Sistema Universitario Vasco, por posible vulneración del artículo 27.10 de la Constitución.

— Cuestión de inconstitucionalidad 2.928-2013. Artículo 44 de la Ley de Cantabria 10/2010, de 23-12-2010, de Presupuestos para 2011, por posible vulneración del artículo 149.1.18.^a de la Constitución.

— Impugnación de Disposiciones Autonómicas 1.389-2013. Contra la Resolución de 5/X del Parlamento de Cataluña, de 23-1-2013, por la que se aprueba la Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña.

— Recurso de inconstitucionalidad 349-2013. Contra el apartado 9 del artículo 2 de la Ley de la Comunidad de Madrid 8/2012, de 28-12-2012, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid.

— Recurso de inconstitucionalidad 630-2013. Horarios comerciales.

— Recurso de inconstitucionalidad 631-2013. Contra el artículo 41 y Disposición Final 7.^a de la Ley del Principado de Asturias 3/2012, de 28-12-2012, de Presupuestos Generales para 2013.

— Recurso de inconstitucionalidad 2.059-2013. Contra los artículos 8.3.b), 49.1, 50 y 55 de la Ley del País Vasco 15/2012, de 28-6-2012, de ordenación del sistema de seguridad pública de Euskadi.

— Recurso de inconstitucionalidad 2.218-2013. Estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

— Recurso de inconstitucionalidad 3.035-2013. Tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita.

— Recurso de inconstitucionalidad 3.071-2013. Medidas de Apoyo al Emprendedor y de Estímulo de Crecimiento y de la Creación de Empleo.

— Recurso de inconstitucionalidad 3.076-2013. Contra el Real Decreto-ley 3/2013, de 22-2-2013, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita.

— Recurso de inconstitucionalidad 3.688-2013. Contra el Real Decreto-ley 5/2013, de 15-3-2013, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo.

— Recurso de inconstitucionalidad 3.931-2013. Contra el Real Decreto-ley 6/2013, de 22-3-2013, de protección a los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero.

— Recurso de inconstitucionalidad 4.285-2013. Contra el apartado 7 del artículo único de la Ley Foral 10/2013, de 12-3-2013, por el que se da nueva redacción al artículo 136.d) de la Ley Foral 2/1995, de 10-3-1995, de Haciendas Locales de Navarra.

— Recurso de inconstitucionalidad 4.286-2013. Contra el artículo 1, por el que se da nueva redacción a los artículos 1.3, 25 y 53.1.a) de la Ley 1/2010, de 8-3-2010, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía, y la Disposición Adicional 2.^a del Decreto-ley 6/2013, de 9-4-2013, de medidas para asegurar el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda.

TRIBUNAL SUPREMO

— Sentencia 28-1-2013. Pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en el recurso de casación para la unificación de doctrina número 814/2012, interpuesto por el Ministerio Fiscal en defensa de la legalidad (art. 219.3 LRJS), por la que se fija doctrina jurisprudencial en relación con el cómputo de los denominados días-cuota por gratificaciones extraordinarias a efectos de prestaciones por incapacidad permanente y jubilación.

— Sentencia 9-5-2013. Declara la nulidad de la Disposición Adicional 2.^a O.ITC/2.452/2011, de 13-9-2011.

— Sentencia 13-5-2013. Declara como doctrina legal que «el artículo 4 de la Ley 15/1987, de 30-7-1987, no comprende el IPSI, aprobado por Ley 8/1991, de 25-3-1991».

— Sentencia 21-5-2013. Anula el Real Decreto 1707/2011, de 18-11-2011, por el que se regulan las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios.

— Sentencia 31-5-2013. Anula el inciso del artículo 20.2 del Real Decreto 1889/2011, de 30-12-2011, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual.

— Sentencia 11-6-2013. Anula el inciso que contiene el artículo 88.5, párrafo 4.º, del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20-4-2011.

— Providencia 26-4-2013. Admite a trámite la cuestión de ilegalidad planteada por el TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección quinta, sobre el inciso final del artículo 111.b) del Real Decreto 1775/2004, de 30-7-2004, por el que se aprobó el Reglamento del IRPF.

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ANDALUCÍA

— Orden 27-6-2013. Modifica la Orden 18-1-2012, por la que se establecen las bases reguladoras de un Programa de Incentivos para el Fomento de la In-

novación y el Desarrollo Empresarial en Andalucía y se efectúa su convocatoria para los años 2012 y 2013.

— Orden 28-6-2013. Deroga la Orden 16-6-2005, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de la subvención para la adecuación funcional básica de viviendas como medida de apoyo a las familias andaluzas.

— Orden 5-7-2013. Convoca para el año 2013, el procedimiento de evaluación y acreditación de las competencias profesionales adquiridas a través de la experiencia laboral o de vías no formales de formación para determinadas unidades de competencia de diversas cualificaciones profesionales en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

— Resolución de 22-5-2013. Ordena la publicación del acuerdo de convalidación del Decreto-ley 7/2013, de 30-4-2013, de medidas extraordinarias y urgentes para la lucha contra la exclusión social en Andalucía.

— Resolución de 28-6-2013. Ordena la publicación del Acuerdo de Pleno de 12-6-2013, de convalidación del Decreto-ley 8/2013, de 28-5-2013, de medidas de creación de empleo y fomento del emprendimiento.

— Acuerdo 14-5-2013. Aprueba el Plan General de Inspección para el año 2013.

— Corrección de errores. Decreto-ley 8/2013. 28-5-2013. Medidas de Creación de Empleo y Fomento del Emprendimiento.

ARAGÓN

— Ley 3/2013. 9-5-2013. Uso, protección y promoción de las lenguas y modalidades lingüísticas propias de Aragón.

— Ley 4/2013. 23-5-2013. Modifica la Ley 3/2009, de 17-6-2009, de Urbanismo de Aragón.

— Ley 5/2013. 20-6-2013. Calidad de los Servicios Públicos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

— Decreto 92/2013. 28-5-2013. Crea el fichero de datos de carácter personal «Usuarios del Portal de Presentación Telemática de Tributos», gestionado por el Departamento de Hacienda y Administración Pública.

— Decreto 102/2013. 11-6-2013. Crea y regula la Red de Bolsas de Viviendas para el Alquiler Social de Aragón.

— Decreto 115/2013. 9-7-2013. Constituye la Junta de Expurgo de Documentos Judiciales y se regula su régimen de funcionamiento en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón.

— Orden 11-3-2013. Convoca para el año 2013 las subvenciones reguladas en el Decreto 111/2012, de 24-4-2012, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Programa Emprendedores y se establecen las bases reguladoras para la concesión de las subvenciones contempladas en el mismo para la promoción

del empleo de aquellos emprendedores que se establezcan como trabajadores autónomos o constituyan microempresas en la Comunidad Autónoma de Aragón.

— Orden 21-5-2013. Nombra Notarios en el territorio de la Comunidad Autónoma de Aragón, en virtud de resolución de Concurso Ordinario.

— Orden 5-6-2013. Modifica la Orden 30-12-2008. Crea el Catálogo de Modelos Normalizados de Solicitudes y Comunicaciones dirigidas a la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, que se denominará «Catálogo de Procedimientos Administrativos y Servicios prestados por la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón».

ASTURIAS

— Ley 2/2013. 21-6-2013. Supresión del Procurador General.

— Ley 3/2013. 28-6-2013. Medidas de autoridad del profesorado.

— Decreto 50/2013. 10-7-2013. Sustituye para el año 2014 una de las fiestas de ámbito nacional por el día 8 de septiembre, Día de Asturias.

— Resolución de 27-6-2013. Inscripción en el Registro de Demandantes de Vivienda Protegida del Principado de Asturias.

— Resolución de 15-7-2013. Aprueba el modelo 052 de declaración-autoliquidación del Impuesto sobre Depósitos en Entidades de Crédito del Principado de Asturias.

— Resolución de 15-7-2013. Amplía el plazo para la presentación del modelo 052 de declaración-autoliquidación del Impuesto sobre Depósitos en Entidades de Crédito del Principado de Asturias, correspondiente al ejercicio 2013.

BALEARES

— Ley 2/2013. 29-5-2013. Modificación de la Disposición Adicional 9.^a de la Ley 7/2012, de 13-6-2013, de medidas urgentes para la ordenación urbanística sostenible.

— Decreto-ley 1/2013. 7-6-2013. Medidas urgentes de carácter turístico y de impulso de las zonas turísticas maduras.

— Decreto-ley 2/2013. 14-6-2013. Medidas urgentes en materia de movilidad intraadministrativa temporal de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

— Decreto-ley 3/2013. 14-6-2013. Creación de la Red Hospitalaria Pública de las Illes Balears y el procedimiento de vinculación de centros privados de atención especializada.

— Decreto-ley 4/2013. 21-6-2013. Regulación provisional de las nuevas edificaciones en núcleos residenciales sin red de saneamiento.

- Modificación del Reglamento Orgánico del Consejo Insular de Mallorca.
- Decreto 20/2013. 15-7-2013. Modifica el Decreto 6/2013, de 2-5-2013, por el que se establecen las competencias y la estructura orgánica básica de las consejerías de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

CANARIAS

- Decreto 64/2013. 6-6-2013. Aprueba el Reglamento Orgánico de la Consejería de Cultura, Deportes, Políticas Sociales y Vivienda.
- Decreto 70/2013. 27-6-2013. Modifica el Decreto 27/2012, de 30-3-2012, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de la Presidencia del Gobierno.
- Orden 12-6-2013. Modifica la Orden de 9-3-2006, que regula el cumplimiento de las obligaciones tributarias, en relación a los tributos gestionados por la Administración Tributaria Canaria, exigibles para la transmisión, cambio de residencia o matriculación española de determinados medios de transporte (vehículos).
- Orden 17-6-2013. Se prorroga el plazo de presentación de solicitudes de regularización de los ocupantes sin título legal de viviendas protegidas de promoción pública hasta el 31 de diciembre de 2013.
- Orden 20-6-2013. Se regulan las comunicaciones electrónicas internas en la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias.
- Orden 24-6-2013. Modifica la Orden 21-2-2013, que establece los registros de la Consejería, y se da publicidad a la relación actualizada de las Oficinas de Registro.
- Orden 28-6-2013. Modifica el horario de apertura y cierre de los registros auxiliares dependientes del Servicio Canario de Empleo.
- Orden 3-7-2013. Crea y regula la sede electrónica y el registro electrónico de la Consejería de Obras Públicas, Transportes y Política Territorial.
- Orden 10-7-2013. Nombran Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.
- Resolución de 10-6-2013. Modifica el modelo 400 de declaración censal.
- Resolución de 9-7-2013. Establece la presentación y expedición por vía telemática de las certificaciones de estar al corriente de las obligaciones tributarias con la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias.

CANTABRIA

- Ley 2/2013. 17-5-2013. Sustituye los Anexos a la Ley 10/2012, de 26-12-2012, de Medidas Fiscales y Administrativas.
- Ley 3/2013. 13-6-2013. Plan Estadístico 2013-2016.

— Ley 4/2013. 20-6-2013. Relativa al régimen jurídico de las autorizaciones provisionales de edificaciones o actuaciones preexistentes, así como de adopción de distintas medidas para la agilización de los instrumentos de planeamiento.

— Ley 5/2013. 5-7-2013. Reconoce como universidad privada a la Universidad Europea del Atlántico.

— Decreto 31/2013. 30-5-2013. Crea el Centro de Profesorado de Cantabria.

— Acuerdo de aprobación definitiva del Catálogo de Edificaciones en Suelo Rústico.

— Corrección de errores. Orden 16/2013. 27-5-2013. Regula el registro de certificaciones de eficiencia energética de los edificios de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

CASTILLA-LA MANCHA

— Decreto 30/2013. 6-6-2013. Régimen jurídico de los servicios de atención domiciliaria.

— Acuerdo 31-5-2013. Nombra Notarios para plazas radicadas en el territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

CASTILLA Y LEÓN

— Ley 2/2013. 15-5-2013. Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad.

— Ley 3/2013. 28-5-2013. Integración de los inmigrantes en la sociedad de Castilla y León.

— Ley 4/2013, de 19-6-2013. Modifica la organización y el funcionamiento de las instituciones propias de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

— Ley 5/2013. 19-6-2013. Estímulo a la Creación de Empresas en Castilla y León.

— Decreto 19/2013. 6-6-2013. Crea el tablón de anuncios electrónico de la Administración de la Comunidad de Castilla y León en materia tributaria.

— Decreto 20/2013. 13-6-2013. Establece el Reglamento de Funcionamiento del Consejo Castellano y Leonés de Salud.

— Decreto 24/2013. 27-6-2013. Regulan las funciones, composición y funcionamiento de las Comisiones Territoriales de Medio Ambiente y Urbanismo y del Consejo de Medio Ambiente, Urbanismo y Ordenación del Territorio de Castilla y León.

— Orden 535/2013. 27-6-2013. Regula el Tablón de Anuncios Electrónico de la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León en materia tributaria.

CATALUÑA

— Resolución 1.241/2013. 5-6-2013. Otorga un plazo máximo de presentación del modelo de suministro de información previsto en la Disposición Adicional 2.^a del Decreto-ley 5/2012, de 18-12-2012, del Impuesto sobre los Depósitos en las Entidades de Crédito.

— Resolución de 25-6-2013. Resuelve el concurso para la provisión de Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, convocado por Resolución de 24-5-2013.

— Resolución de 28-6-2013. Resuelve el concurso número 288 para la provisión de Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, convocado por Resolución de 14-5-2013.

— Recurso de inconstitucionalidad 7.279-2012. Contra el Decreto-ley de Cataluña 5/2012, de 18-12-2012, del Impuesto sobre los Depósitos en las Entidades de Crédito.

EXTREMADURA

— Decreto 96/2013. 10-6-2013. Modifica el Decreto 150/2012, de 27-7-2012, por el que se aprueban las bases reguladoras del programa de empleo de experiencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

— Decreto 97/2013. 10-6-2013. Establece los requisitos y el procedimiento para acceder a una vivienda de promoción pública por parte de aquellos solicitantes afectados por ejecuciones hipotecarias en la Comunidad Autónoma de Extremadura.

— Decreto 102/2013. 18-6-2013. Modifica el Decreto 126/2008, de 20-6-2008, por el que se regula el programa de ayudas para el fomento del empleo en el ámbito de la economía social.

— Orden 5-6-2013. Regula el régimen y funcionamiento de los agentes rehabilitadores en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

GALICIA

— Ley 3/2013. 20-5-2013. Impulso y ordenación de las infraestructuras de telecomunicaciones de Galicia.

— Ley 4/2013. 30-5-2013. Transporte público de personas en vehículos de turismo de Galicia.

— Ley 5/2013. 30-5-2013. Fomento de la investigación y de la innovación de Galicia.

— Ley 6/2013. 13-6-2013. Sistema universitario de Galicia.

— Ley 7/2013. 13-6-2013. Galleguidad.

— Ley 8/2013. 28-6-2013. Carreteras de Galicia.

— Decreto 88/2013. 30-5-2013. Estructura orgánica de los órganos superiores y de dirección dependientes de la Presidencia de la Xunta de Galicia.

— Decreto 101/2013. 27-6-2013. Modifica Decreto 51/2008, de 6-3-2008, por el que se establece la estructura orgánica de la Agencia de Protección de la Legalidad Urbanística.

EXTREMADURA

— Decreto 110/2013. 2-7-2013. Crea el Consejo Autonómico para el fomento de la responsabilidad social de Extremadura, la Oficina de Responsabilidad Social Empresarial, y se regula el procedimiento para la calificación e inscripción en el Registro de empresas socialmente responsables de Extremadura.

— Decreto 111/2013. 2-7-2013. Aprueba las bases reguladoras de subvenciones destinadas a apoyar la contratación de personas paradas de larga duración en Extremadura por Entidades Locales de la Comunidad Autónoma de Extremadura y se aprueba la primera convocatoria de dichas subvenciones.

LA RIOJA

— Ley 6/2013. 21-6-2013. Introduce modificaciones en el Impuesto para la Eliminación de Residuos en Vertederos, creado por la Ley 7/2012, de 21-12-2012, de Medidas Fiscales y Administrativas para el año 2013, de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

— Ley 7/2013. 21-6-2013. Regula la prohibición en el territorio de la Comunidad Autónoma de La Rioja de la técnica de la fractura hidráulica como técnica de investigación y extracción de gas no convencional.

— Instrucción 1/2013. Interpretación y aplicación del régimen de encomienda de gestión a las OO.LL. de Distrito Hipotecario para la aplicación de tributos cedidos.

MADRID

— Decreto 59/2013. 18-7-2013. Modifica el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad Autónoma de Madrid, aprobado por Decreto 74/2009, de 30-7-2009, y otras normas en materia de vivienda.

— Corrección de errores. Ley 3/2013. 18-6-2013. Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid.

MURCIA

— Ley 4/2013. 12-6-2013. Medidas Urgentes en materia de Gastos de Personal y Organización Administrativa.

— Ley 5/2013. 8-7-2013. Apoyo a los emprendedores y a la competitividad e internacionalización de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) de la Región de Murcia.

— Ley 6/2013. 8-7-2013. Medidas en materia tributaria del sector público, de política social y otras medidas administrativas.

— Ley 7/2013. 15-7-2013. Creación del Colegio Oficial de Economistas de la Región de Murcia.

— Instrucción 8/2013, de 13 de junio, de la Dirección Gerencia del Servicio Murciano de Salud sobre obligación de facturar y facturación electrónica.

NAVARRA

— Ley Foral 18/2013. 29-5-2013. Reguladora de los incentivos fiscales aplicables a los proyectos socialmente comprometidos.

— Ley Foral 19/2013. 29-5-2013. Apertura de un nuevo proceso de funcionarización en las Administraciones Públicas de Navarra.

— Ley Foral 20/2013. 20-6-2013. Modificación de la Ley Foral 2/2006, de 9-3-2006, del Consejo Económico y Social de Navarra.

— Ley Foral 21/2013. 2-7-2013. Actualiza las pensiones de las clases pasivas del personal funcionario de los Montepíos de las Administraciones Públicas de Navarra.

— Ley Foral 22/2013. 2-7-2013. Modificación de la Ley Foral 9/2005, de 6-7-2005, del Taxi.

— Ley Foral 23/2013, 2-7-2013. Reforma de la Ley Foral 17/2005, de 22-12-2005, de Caza y Pesca de Navarra.

— Ley Foral 24/2013, 2-7-2013. Medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra.

— Ley Foral 25/2013. 2-7-2013. Modifica la Ley Foral 28/2012, de 28-12-2012, por la que se crea, con efectos para el año 2012, un complemento personal transitorio por pérdida de poder adquisitivo.

— Ley Foral 26/2013. 2-7-2013. Modifica la Ley Foral 7/2009, de 5-6-2009, en la que se regula la asignación tributaria del 0,7 por 100 que los contribuyentes de la Comunidad Foral destinan a otros fines de interés social.

— Ley Foral 27/2013. 2-7-2013. Reforma de la Ley Foral 7/2004, de 24-6-2004, por la que se declara de utilidad pública y se aprueba la desafectación de 159.224 m² de terreno comunal, perteneciente al Ayuntamiento de Murillo el Fruto.

— Decreto Foral 32/2013. 22-5-2013. Aprueba el reglamento de desarrollo de la Ley Foral de Servicios Sociales en materia de Programas y Financiación de los Servicios Sociales de Base.

— Decreto Foral 33/2013. 29-5-2013. Regula el Depósito Legal en la Comunidad Foral de Navarra.

— Decreto Foral 36/2013. 29-5-2013. Nombra Notaria de Pamplona a doña María Luisa Salinas Alamán.

— Orden Foral 199/2013. 30-5-2013. Modifica el Registro de certificados de eficiencia energética de edificios.

— Orden Foral 210/2013. 12-6-2013. Amplía el plazo de presentación del modelo 720, «Declaración informativa sobre bienes y derechos situados en el extranjero», correspondiente al ejercicio 2012.

— Orden Foral 211/2013. 12-6-2013. Aprueba el modelo 548, «Impuestos Especiales de Fabricación. Declaración informativa de cuotas repercutidas».

— Orden Foral 231/2013. 18-6-2013. Se aprueban los modelos 210 y 211 del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, que deben utilizarse para declarar las rentas obtenidas sin mediación de establecimiento permanente y la retención practicada en la adquisición de bienes inmuebles a no residentes sin establecimiento permanente y se establecen las condiciones generales y el procedimiento para su presentación.

— Orden Foral 245/2013. 26-6-2013. Establece el procedimiento para efectuar por medios telemáticos el embargo de dinero en cuentas abiertas en entidades de crédito.

— Orden Foral 257/2013. 5-7-2013. Aprueba el modelo 320, «Impuesto sobre Sociedades de normativa distinta a la navarra».

— Resolución de 517/2013. 20-6-2013. Se modifican los Parámetros Generales de Valoración de los Bienes Inmuebles objeto de inscripción en el Registro de la Riqueza Territorial de Navarra.

PAÍS VASCO

— Norma Foral 1/2013. 8-2-2013. Desarrolla la competencia de tutela financiera en materia de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las entidades locales de Gipuzkoa.

— Decreto Foral. Norma 1/2013. 5-2-2013. Actualización de balances.

— Decreto 381/2013. 9-7-2013. Aprueba el Calendario Oficial de Fiestas Laborales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el año 2014.

— Orden 6-6-2013. Nombramiento de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, para la adjudicación de los Registros de la Propiedad vacantes en la Comunidad Autónoma del País Vasco.

VALENCIA

— Ley 2/2013. 4-7-2013. Creación del Colegio Oficial de Criminólogos de la Comunitat Valenciana.

— Decreto 3/2013. 14-6-2013. Modifica el Decreto 19/2012, de 7-12-2012, por el que determina las consellerías en que se organiza la Administración de la Generalitat.

— Corrección de errores. Decreto 3/2013. 14-6-2013. Modifica el Decreto 19/2012, de 7-12-2012, por el que determina las consellerías en que se organiza la Administración de la Generalitat.

— Decreto 59/2013. 10-5-2013. Cambio de denominación del municipio de Callosa d'En Sarrià por la forma exclusiva en valenciano de Callosa d'en Sarrià.

— Decreto 72/2013. 14-6-2013. Modifica el Decreto 179/2012, de 14-12-2012, por el que establece la estructura orgánica básica de la Presidencia y de las consellerías de la Generalitat.

— Corrección de errores. Decreto 72/2013. 14-6-2013. Modifica el Decreto 179/2012, de 14-12-2012, por el que establece la estructura orgánica básica de la Presidencia y de las consellerías de la Generalitat.

— Decreto 95/2013. 19-7-2013. Aprueba la Plataforma de Licitación Electrónica de la Generalitat, Ge-compras, y se regula el procedimiento de licitación electrónica a través de ella.

— Orden 11/2013. 17-6-2013. Dicta las normas de funcionamiento y comunicación de datos al Registro Oficial de Contratos de la Generalitat.

— Corrección de errores. Ley 1/2013. 21-5-2013. Medidas de Reestructuración y Racionalización del Sector Público Empresarial y Fundacional de la Generalitat (procedente del Decreto-ley 7/2012, de 19-10-2012).

II. Información de actividades

GALICIA

Los días 29 al 31 de julio de 2013 se celebró en A Coruña, en la Sede de la Fundación Luis Seoane, el ENCUENTRO AGRICULTURA, PESCA Y MEDIO AMBIENTE DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO, organizado por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo.

Director: Ramón HERRERA CAMPOS, Catedrático de Derecho Civil, Director del Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Almería.

Presentación:

José Manuel ANDRADE, Director de la Fundación Juana de Vega.

Ramón HERRERA CAMPOS, Director del Encuentro.

Domingo BELLO JANEIRO, Director de la UIMP de Galicia.

Conferencia Inaugural: *Algunas reflexiones jurídicas sobre el problema hidrológico de España*, por José Antonio COBACHO GÓMEZ, Catedrático de Derecho Civil. Rector de la Universidad de Murcia.

Ponencias:

- «La reestructuración de la cadena alimentaria», por José María DE LA CUESTA SÁENZ, Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Burgos.
- «La integración de cooperativas», por Paloma GARCÍA-GALÁN SAN MIGUEL, Directora General de Legislación y Ordenación Normativa del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente.
- «El Derecho Medioambiental: principios jurídicos y la protección del medio ambiente en España», por Laura GÁZQUEZ SERRANO, Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad de Granada.
- «Empresa y territorio», por Agustín LUNA SERRANO, Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Barcelona.
- «La responsabilidad penal derivada de actos contra el medio ambiente», por Lorenzo MORILLAS CUEVA, Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Granada.
- «Trascendencia actual de la legislación de montes. Reflexiones sobre aspectos de Derecho Positivo», por Ángel SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Catedrático de Derecho Civil (habilitado). Universidad de La Rioja.
- «La responsabilidad civil por daño al medio ambiente», por Ramón HERRERA CAMPOS, Director del Encuentro.

- «El régimen jurídico del sector lechero español en el nuevo marco de la UE: Derechos de producción y cuota láctea», por Pablo AMAT LLOMBART, Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad Politécnica de Valencia.
- «Cláusulas abusivas en los contratos con consumidores», por Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Registrador de la Propiedad.

Clausura:

Ramón HERRERA CAMPOS, Director del Encuentro.

Domingo BELLO JANEIRO, Director de la UJMP de Galicia.

MADRID

El día 17 de octubre de 2013, en la sede de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, patrocinada por el Colegio de Registradores, tuvo lugar un nuevo SEMINARIO *EN TORNO A LA CODIFICACIÓN: THIBAUT Y EL DEBATE SOBRE LEY Y COSTUMBRE*.

Moderador: Luis DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Catedrático Emérito de Derecho Civil.

Ponentes:

Antonio PAU, Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Registrador de la Propiedad.

Laborio HIERRO, Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid.

CAMBRIDGE

Los días 7 a 10 de octubre de 2013, en el Real Colegio Complutense/Harvard Law School, se celebró el XI CONGRESS HARVARD-COMPLUTENSE *REESTRUCTURING OF THE FINANCIAL SYSTEM AND NEW NEGOTIATION STRATEGIES*

Monday 7th October 2013

1st Lecture: Acting early, restructuring and resolution of credit institutions.

Julio V. GONZÁLEZ, Full Professor of Administrative Law. UCM, Isabel

FERNÁNDEZ TORRES, Professor of Commercial Law. UCM and Carmen ALONSO LEDESMA, Full Professor of Commercial Law. UCM.

Round Table (coord.) by Juan R. FERNÁNDEZ TORRES, Full Professor of Administrative Law. UCM:

- «Acting early, discipline and intervention of credit institutions». Profesor José L. COLINO MEDIAVILLA. UCM.
- «Replacing the board as a measure of resolution of credit institutions: the FROB as management body». Profesor M. Sagrario NAVARRO LÉRIDA. UCLM.
- «The Spanish resolution proceeding and the American process of orderly liquidation of credit institutions: a comparison». Profesor Javier MARTÍNEZ ROSADO. UCM.

2nd Lecture: OTCs and vote in the general meeting: the so-called «empty voting». Javier GÓMEZ GÁLLIGO. Registrador de la Propiedad y Mercantil.

Round Table:

- «Empty voting concept, cases and hidden ownership». Profesora Luz María GARCÍA. UDIMA.
- «Thoughts on the applicability of the institution in limited liability companies». Profesor Emilio DÍAZ RUIZ. UCM.
- «Conflicts of interests between the shareholders and the company». Fernando GARCÍA SOLÉ. Santander Consumer Finance.
- «Empty voting and hidden ownership on the harmonization of corporate transparency». Profesora Doña M. SIERRA FLORES. UCM.

3rd. Lecture: Strategic Negotiations: The Fairstar Heavy Transport Case Study. Guhan Subramanian, Joseph FLOM, Professor of Law & Business, Harvard Law School, and H. DOUGLAS WEAVER Professor of Business Law. Harvard Business School.

Tuesday 8th October 2013

4rd Lecture: Extinction of the legal entity without assets and insolvency proceeding. Juana PULGAR EZQUERRA. Full Professor of Commercial Law. UCM.

Round Table (coord.) by José L. COLINO MEDIAVILLA (Tenured), Professor of Commercial Law. UCM:

- «Insolvency proceeding without assets. General questions», Profesora Olga M. FRADEJAS RUEDA. UCM.

- «Insolvency proceeding without assets and managers liability». Prof. Eva Recamán Graña. CUNEF.
- «Termination of the insolvency proceeding and unpaid debts. Analysis of the various legislative proposals». Prof. Matilde CUENA CASAS. UCM.

5th Lecture: What is the Short-termism Debate About? Reinier H. KRAAKMAN, Ezra RIPLEY THAYER Law Professor. Harvard Law School.

6th Lecture: «Nudges.gov: Behavioral Economics and Regulation». Cass R. Sunstein. Félix FRANKFURTER Professor of Law. Harvard Law School.

Wednesday 9th October 2013

7th Lecture: Mercantile profile of the legal regime of the Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB). Juan SÁNCHEZ-CALERO. Full Professor of Commercial Law. UCM. Alberto J. TAPIA HERMIDA. Full Professor of Commercial Law. UCM.

8th Lecture: Effects of the Act 9/2012 on contracts and its guarantees, Íñigo GÓMEZ-JORDANA. Lawyer (Allen&Overy). Ass. Professor of Commercial Law. UCM.

Round Table (coord.) by Julio PARDO (Bank of Spain):

- «FROB's mercantile faculties». Elisa P. LUCAS MARTÍN. Becaria FPI. UCM.
- «Legal actions against the FROB decisions: challenge and liability». Profesor Alfredo MUÑOZ GARCÍA. UCM.
- «Article 66 and principle of contractual autonomy». Profesora Mónica FUENTES NAHARRO. UCM.
- «Rights of investors affected by a management action of hybrid capital instruments and subordinated debt». Profesora María T. ENCISO ALONSO-MUÑUMER. URJC.

9th Lecture: Regulation versus Liability as Means of Controlling Behavior. Steve SHAVELL. Samuel R. ROSENTHAL, Professor of Law and Economics. Harvard Law School.

10th Lecture: Power and Money in corporations: return to the basics. Ignacio GOMÁ LANZÓN. Notary.

Round Table (coord.) by María T. ENCISO ALONSO MUÑUMER (Tenured) Professor of Commercial Law. URJC.

- «The monitoring of management in large corporations». Profesor Javier MEGÍAS LÓPEZ. CU. M.^a Cristina.
- «Challenge of general meeting decisions: a manager against its destitution agreement». Profesora Blanca VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA. IEB.
- «Institutional shareholders activism and the role of the proxy advisors: steps towards a better transparency and control». Ignacio ARAGÓN ALONSO. Lawyer (Cremades & Calvo-Sotelo).
- «Corporate governance and banking sector». Juan I. SIGNES DE MESA. Letrado del TJUE.
- «Crisis and dispute resolution: offhand or in-cold blood legislation?». Profesor Adolfo DOMÍNGUEZ. UCM.

Closing of the Seminar: by Profesor José M. MARTÍNEZ SIERRA. Real Colegio Complutense. Director.

PERÚ

Del 20 al 24 de mayo estuvo de visita en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el doctor José Antonio ÁLVAREZ CAPEPOCHIPI, Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Navarra, quien dictó el CURSO: *EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN ESPAÑA*, organizado por el Programa de Segunda Especialidad en Derecho Registral y la Dirección de Estudios de la Facultad.

Este curso contó con la participación de funcionarios públicos de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP) y los estudiantes del Programa de Segunda Especialidad en Derecho Registral, quienes accedieron a un resumen de las bases dogmáticas del Derecho Inmobiliario Registral y tener una perspectiva global desde cómo se origina, por qué se origina y para qué sirve, así como los procedimientos y la importancia que tiene el registrar los bienes inmuebles.

Tuvimos la oportunidad de poder entrevistar al doctor José Antonio ÁLVAREZ CAPEPOCHIPI quien compartió con nosotros sus experiencias durante su tercera visita a nuestro país, y su exposición del curso:

—*¿Cómo fue su experiencia durante el dictado del curso y de participar como expositor en un seminario sobre el Derecho Registral en nuestra universidad?*

—Trabajar con alumnos peruanos fue una experiencia inolvidable; el profesor es el que más aprende, y yo he disfrutado a tope estos días de curso en la Universidad; pues vengo del lugar más lejano a superar el reto de explicarme

a mí mismo; pero ha resultado que ese lugar recóndito no es tan remoto como creía, porque la casa es el idioma en el que están escondidas las categorías de la justicia y la moral, y por supuesto también de la técnica registral. En realidad me he encontrado en Lima como en mi casa.

—*Su curso se basó en exponer los principios dogmáticos de la materia y fomentar la discusión entre los asistentes. ¿Qué le pareció el grado de participación e interacción de los asistentes del curso?*

—Los participantes del curso me miraban con algo de recelo, pero creo que pronto se fueron animando a participar y hacer preguntas. Ha sido una sorpresa para mí encontrarlos tan creativos, abiertos y receptivos. La preocupación era «explicar» las instituciones más que «comentar» las leyes, y todos estábamos obligados a hacer un esfuerzo de razonar y comunicarnos.

—*¿Cuáles fueron los principales alcances que recibieron los participantes?*

—Creo que verse fuera de sí mismo es el tesoro que todos descubrimos en el encuentro; algunas de las cosas que nos parecen más evidentes son puestas en cuestión. Nos hemos mirado unos a otros en un espejo.

—*¿Qué temas o puntos fueron los que demandaron mayor interés por parte de los alumnos?*

—El Derecho Registral es una increíble mezcla de principios civiles y técnicas burocráticas. En la organización del Registro de la Propiedad hay dos grandes temas, primero su conflicto con la realidad —plasmear la realidad del mundo en unos libros— y segundo afectar al crédito la propiedad, una vez inscrita.

Creo que desde mi postura de profesional de la judicatura con veinticinco años de práctica, tengo una visión del registro al servicio del juez y del proceso —singularmente del proceso ejecutivo— que es ajena a un profesional práctico del registro, que está más atento en mantener la autonomía e independencia de la calificación registral.

También esa distancia profesional ha sido creativa. El perfil de los asistentes era profesional, más que universitario, y creo que esto daba un tono práctico a la exposición y orientaba el interés a comparar prácticas y experiencias.

—*¿Cuál es el panorama actual del ejercicio del Derecho Inmobiliario Registral en España?*

—En España la importancia que tiene el Registro de la Propiedad es una de las características más chocantes de los extranjeros que estudian nuestro Derecho Civil, sobre todo de los que provienen del mundo anglosajón. No en vano actualmente nuestro presidente de Gobierno es un registrador de la propiedad, lo que da una idea del prestigio y la autoridad que tienen los registradores en mi país.

Yo no soy registrador de la propiedad, pero me interesa el tema desde que me encargaron la asignatura hace muchos años (a mediados de los setenta) en Santiago de Compostela. La primera edición de mi manual universitario es de 1984, y desde entonces me considero obligado a poner al día «mi libro» con doctrina y jurisprudencia, para las sucesivas ediciones y reimpresiones.

Mi conclusión, después de mis años de dedicación al tema, es que el Registro ha sido un instrumento de progreso en España, y creo que sería impensable el desarrollo urbano y turístico del país sin la seriedad y rigor prestado por el servicio registral, que ha hecho posible el desarrollo del crédito inmobiliario. Es decir, creo que los registradores se han ganado a pulso el prestigio que tienen, y por más que no sea registrador me considero un «tendero» del Derecho Inmobiliario.

—¿De qué manera influye la crisis económica actual de España y del rubro inmobiliario al óptimo proceso de Registro de Propiedades?

—Me parece que la crisis inmobiliaria es una indigestión financiera que tiene su causa profunda en el ingreso en el mercado común y en el euro, que disparó los precios de las casas artificialmente y que fomentó una construcción desmedida (que ahora no tiene salida) y que ha puesto en serio peligro el sistema bancario (desequilibrado por un exceso de ladrillo).

Seis millones de parados es algo inadmisibile. Pero creo que ya ha pasado lo peor de la crisis. Hemos recibido un gran apoyo de las instituciones europeas, tengo confianza en el actual gobierno, y se ven por todos los sitios brotes verdes. En definitiva, veo el futuro con optimismo. Es llamativo que en medio de la tormenta la agitación social parece menos violenta y grave de lo que se podía prever, y es evidente que no se siente una crisis política que pueda poner en cuestión las instituciones.

España es un gran país que ha sabido levantarse de situaciones más difíciles, y creo que la salida de la crisis nos va a reforzar y a situar de nuevo en cabeza de la Unión Europea. En conclusión, nos hemos indigestado, pero no estamos enfermos, al contrario, creo que mi país, como Perú, vibra. Y es llamativo que nuestro idioma no deja de extenderse por el mundo, como el mejor embajador de una cultura común en un nuevo siglo en el que América latina va a ser protagonista.

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús - RAMS ALBESA, Joaquín: *Retos de la dogmática civil española*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2011, 288 págs.

por

CÉSAR HORNERO MÉNDEZ
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)

1. El filósofo Manuel CRUZ llevó a cabo en los años noventa una interesante reflexión sobre la responsabilidad. Con su buen olfato (filosófico), detectó la importancia de la cuestión para un presente, que todavía dura, en el que la ciencia y la tecnología someten y desbordan al individuo. Fruto de dicha reflexión fueron sus libros *Hacerse cargo. Sobre responsabilidad e identidad personal* (Paidós, Barcelona, 1999) y antes, *¿A quién pertenece lo ocurrido?* (Taurus, Madrid, 1995). Con ellos, CRUZ llega a demostrar cómo se habría producido una verdadera demolición del sujeto responsable, hasta el punto de constituir una de las características de nuestra (post)modernidad. Algo que habría abocado progresivamente al triunfo del *escapismo*: una difundida tendencia a la no asunción de responsabilidades o, cuando menos, a un engañoso reparto de éstas, para que nadie se haga cargo de nada y para que lo ocurrido no se sepa, nunca a poder ser, a quién pertenece. Todo ello, como decimos, dura ya bastante y asoma en nuestra cotidianeidad de forma constante y repetida (para una buena síntesis de la propuesta de CRUZ, dando cuenta además de su originalidad en la filosofía moral española, véase recientemente Victoria CAMPS, «La responsabilidad como virtud moral», en BIRULÉS, F.; GÓMEZ RAMOS, A. y ROLDÁN, C. [eds.], *Vivir para pensar. Ensayos en homenaje a Manuel Cruz*, Herder, Barcelona, 2012, págs. 213 a 225).

En aquellos mismos años se vivió una verdadera eclosión del Derecho de daños —fue entonces cuando se le empezó a llamar así de forma generalizada— como materia de interés para los civilistas. Hasta entonces, a excepción hecha de algunos devotos (a la cabeza quizás Ricardo DE ÁNGEL), era una materia bastante secundaria y poco frecuentada. Fue en los años noventa y principios del siglo XXI cuando empezaron a proliferar monografías y por supuesto obras generalistas, en forma de tratados y manuales. De ese periodo son el *Derecho de daños* (Civitas, Madrid, 1999) de Díez-PICAZO (ahora reconvertido, ampliado —y tal vez no muy mejorado— en el tomo V de sus Fundamentos: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomo V. La responsabilidad civil extracontractual*, Civitas, Madrid, 2011), las lecciones de Encarna ROCA (*Derecho de daños. Textos y materiales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996) y, sobre todo, las obras colectivas coordinadas por L. Fernando REGLERO CAMPOS: primero, *Lecciones de responsabilidad civil* (Aranzadi, 2002), y posteriormente el monumental *Tratado de Responsabilidad Civil*, cuya primera edición se remonta al año 2002 (también en Aranzadi). El Derecho de

daños aparecía así definitivamente instalado —y ahí sigue— como uno de los temas por excelencia cultivados por los civilistas españoles (al respecto, véase GÓMEZ POMAR, F., «La salud del Derecho de daños en España», en *InDret*, 2003, núm. 2, texto que constituye justamente una reseña del *Tratado* de REGLERO).

2. Estas dos realidades académicas —llamémoslas así para evitar lo de científicas— permanecieron, salvo alguna excepción, mutuamente aisladas. No parece que se interesaran mucho unos (los civilistas) por el trabajo de los otros (los filósofos) y viceversa. Nadie lo desmentirá, pienso, desde el campo del Derecho Civil. Encontrar alguna referencia a los trabajos de CRUZ y de otros filósofos que como él se ocuparon de la responsabilidad en las publicaciones a las que me acabo de referir es bastante improbable. Como lo es que éste, Manuel CRUZ, fuera invitado a alguno de los numerosos seminarios, congresos y similares que se organizaron entonces, en plena moda sobre el Derecho de daños (alguna excepción hubo: véase el volumen colectivo *La responsabilidad en el Derecho*, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 4 [2000], Madrid, 2001, cuya edición corrió a cargo de Fernando PANTALEÓN y que incluyó, además de textos de Díez-Picazo, de Salvador Coderech y del propio PANTALEÓN, uno de Manuel CRUZ a modo de introducción: «Los filósofos y la responsabilidad moral», págs. 15-26). Pues bien, este hecho, este mutuo desconocimiento, no es más que una constatación puntual y reciente —podrían encontrarse otros hechos parecidos, anteriores y posteriores— del aislamiento intelectual en el que vive (y ha vivido) el civilista español contemporáneo, sin duda uno de los rasgos que lo caracterizan.

De ello, de este aislamiento como rasgo definitorio del civilista, da buena cuenta Jesús DELGADO ECHEVERRÍA en el texto principal de los tres que componen el libro que reseñamos, *Retos de la dogmática civil española*. Este texto («Retos de la dogmática civil española en el primer tercio del siglo XXI») está acompañado por otro de Joaquín RAMS ALBESA: «Meditación sobre qué cambiar para la construcción de una nueva dogmática para el Derecho Civil o para un Derecho Privado general», que no constituye, como el mismo reconoce, una réplica propiamente del de DELGADO ECHEVERRÍA. Más bien, como veremos, fuera de alguna matización puntual y de algunas propuestas concretas, es una ampliación complementaria o una ratificación de lo sostenido por su paisano. El libro se completa (y se rellena) con otro trabajo de DELGADO ECHEVERRÍA, «Notas sobre la eficacia social de distintos tipos de normas civiles», ya publicado anteriormente (*Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 29, 2006, págs. 195-218), en el que ensaya algunos de los planteamientos e ideas que presenta en el primero.

Los dos textos principales tienen su origen en la ponencia y la contraponencia que desarrollaron los dos civilistas aragoneses en el marco de una jornada, celebrada el 28 de octubre de 2010 y organizada por la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, que preside Ernesto GARZÓN VALDÉS. Esta Fundación es una iniciativa promovida por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, que en pocos años ha cuajado como un lugar de encuentro y debate de primer nivel. Prueba de ello sería la larga serie de volúmenes, más de treinta —muy característicos y reconocibles incluso desde el punto de vista formal—, que se han publicado ya a partir de dichas jornadas de debate y cuyo número veintiséis es el que reseñamos (para una aproximación a esta iniciativa, véase el suelto especial que se le dedica en la revista *Registradores de España*, núm. 64, enero-marzo de 2013, págs. 63 a 122; en él se incluye precisamente un breve texto de DELGADO ECHEVERRÍA que explica los antecedentes de su intervención y el volumen a que dio lugar: *La consolidación de un proyecto interdisciplinar y plural*, págs. 104 y 105).

3. Por lo que se refiere a la civilística española este libro —librito, por sus dimensiones— es un auténtico *acontecimiento*. La reflexión sobre el propio que-hacer profesional, mirando al pasado, al presente y al futuro, no es muy habitual entre quienes nos dedicamos intelectual y académicamente al Derecho Civil. En los últimos años son pocos los trabajos que han salido de esta comunidad científica con el objetivo de acometer dicha reflexión (como excepción brillante merece citarse el casi desapercibido —todo un indicio— libro de Tomás RUBIO GARRIDO, *La doctrina de los autores. De fuente jurídica primaria a la vulgarización e irrelevancia*, Comares, Granada, 2006). La nueva configuración de las pruebas de acceso a los cuerpos docentes universitarios, con la eliminación del ejercicio sobre el concepto y la metodología del Derecho Civil, ha restado interés —nunca mejor dicho— al tema. Bien es verdad que muchos de estos ejercicios resultaban, hacía ya mucho tiempo, meras repeticiones, más o menos ordenadas, de lugares comunes, elaborados a partir de una serie de trabajos cosificados y canónicos, siempre los mismos, escritos en su mayoría o sólo por civilistas por supuesto, y con escasa aportación personal (para confirmación de lo que digo, véase BADOSA COLL, F., *Memoria de Derecho Civil*, Marcial Pons, 2010, publicación auspiciada por sus discípulos, en homenaje a su autor con motivo de su jubilación, de la «Memoria sobre el concepto, método y fuentes del Derecho Civil» que presentó en las oposiciones al cuerpo de profesores agregados de Universidad). Un estudio de dichos ejercicios nos arrojaría —además de la constatación, más que probable, de un abundante número de plagios— la idea de una civilística, desde el punto de vista constitutivo y metodológico, detenida en el tiempo y actuando casi por inercia. En definitiva, una civilística autorreferencial y meramente superviviente.

A esta conclusión, la de la paralización y el anquilosamiento, llega en buena medida el texto-ponencia de DELGADO ECHEVERRÍA, en el que analiza el estado de la ciencia del Derecho Civil en España y en el que plantea su futuro, los «retos», así los califica, a los que ha de enfrentarse. Dividido el texto en dos partes, en la primera de ellas nos ofrece un diagnóstico en el que el pasado es muy importante. Es la explicación de cómo estamos y de cómo hemos llegado hasta aquí, algo que pasa necesariamente por el pasado, por saber de dónde venimos. Se ocupa en exclusiva del Derecho Civil contemporáneo, el que nace con el Código Civil de 1889 y llega hasta nuestros días, localizando su más importante punto de inflexión —estupenda su calificación como «parteaguas»— en la Constitución de 1978.

Lo importante, lo que destaca DELGADO, es que ese momento encuentra unos civilistas formados en una tradición doctrinal muy cerrada (en todos los sentidos), determinada por dos personalidades muy distintas: CASTÁN y DE CASTRO, que nunca llegaron a estar enfrentados y que ni siquiera parece que se disputaran nada, incluido el primado de la disciplina —probablemente por ser conscientes ambos de que jugaban en campos distintos y por practicar un civilizado reparto de papeles al frente del Derecho Civil español—. Sin dejar de reconocer alguna excepción de relevancia (nuestro primer civilista moderno —al modo de SALEILLES y GENY en Francia— sería, con toda probabilidad, Felipe Clemente DE DIEGO) y tras constatar la inexistencia, por flagrante desinterés, de un relato sobre lo ocurrido a nuestra civilística como consecuencia de la Guerra Civil (para otras disciplinas, este interés ya se constata: véase CACHÓN CADENAS, M., *Historias de procesalistas, universidades y una guerra civil (1900-1950)*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2012), DELGADO se centra en las dos figuras hegemónicas de CASTÁN y DE CASTRO. Cada uno a su manera, fueron dos juristas del régimen con todas sus consecuencias y dejaron una profunda huella en los cultivadores del Derecho Civil desde la posguerra hasta prácticamente hoy.

El primero, apolítico —al conocido modo franquista de «haga usted igual que yo: no se meta en política», como bien recuerda DELGADO ECHEVERRÍA—, fue responsable directo de la conformación mental, civilísticamente hablando, de generaciones completas de estudiantes de Derecho y opositores a los grandes cuerpos de la administración a través de su manual —pensado, en principio, justamente como temario de oposiciones—. CASTÁN fue lo que podía ser, ni más ni menos: un iusnaturalista parece que convencido y un aseado acarreador de ideas de otros. Las ideas propias, ya se sabe, podían resultar mucho más peligrosas (antes señalaba que el trabajo de RAMS ALBESA no contradice en casi nada al de su colega sino que más bien sólo lo acompaña y lo complementa. Pero también lo matiza. Así sucede, por ejemplo, cuando se refiere a CASTÁN; además de la información añadida que ofrece, no duda en reconocer su hegemonía en la civilística española —incluida la hegemonía de pensamiento—; DE CASTRO pudo tener el prestigio intelectual pero el verdadero poder, en el sentido más amplio, perteneció a CASTÁN, algo que en cierto modo se ha proyectado hasta nuestros días).

El DE CASTRO que nos presenta —al que no duda en calificar como «la mejor cabeza en el Derecho Civil de mediados del siglo XX», por su inteligencia, por su conocimiento (de las ideas jurídicas europeas de su época) y por su liderazgo consciente y buscado— es un jurista mucho más comprometido desde el punto de vista político. Como hemos señalado, y también lo destaca DELGADO ECHEVERRÍA, la historia de nuestros civilistas en el siglo XX, a partir del Código Civil, está por hacer. En las aproximaciones con que contamos y en la memoria colectiva, CASTÁN aparece mucho más identificado políticamente que DE CASTRO (seguramente, en gran medida, por la menor relevancia, frente a CASTÁN, de los cargos políticos que este último ocupó). Sin embargo, hay un DE CASTRO muy comprometido ideológica e intelectualmente con el régimen. No es ese el DE CASTRO —por fortuna, hay que pensar— que nos ha quedado; es el que asoma en su *Parte General* y en las tareas que atribuye a la civilística española de posguerra, tareas que semejan, como bien glosa DELGADO, consignas patrióticas del gusto de la época y en las que afloran términos como España, Hispanidad o tradición, tan propios de entonces. El DE CASTRO que sigue vigente en la memoria del civilista es ese que fue importante por su propuesta metodológica, por proyectar un modo de hacer y acometer —bastante europeo— la ciencia del Derecho Civil.

Es este DE CASTRO precisamente el que tuvo su continuidad y su influencia en los juristas de la siguiente generación, entre los que sitúa a ALBALADEJO, a LACRUZ y por supuesto a Díez-PICAZO, señalado como «el discípulo más caracterizado de DE CASTRO y el civilista vivo de mayor y merecido reconocimiento». Éste habría intentado, como su maestro, reflexionar sobre el «nuevo quehacer» del Derecho Civil a partir de 1975, principalmente en su manual destinado a la universidad, que publica por primera vez ese año en unión de otro excelente civilista como es Antonio GULLÓN BALLESTEROS. A partir de ahí, como ya he dicho, la reflexión sobre la civilística, sobre sí misma y sobre su propio cometido, ha sido prácticamente inexistente entre quienes forman parte de ella. Así, el balance que puede hacerse a este respecto es muy sintomático; no hay textos —ni siquiera muy menores y coyunturales publicados en obras generalistas, como los que hemos visto de DE CASTRO y Díez-PICAZO—, sino que sólo puede hablarse de hechos y de realizaciones concretas. Éstas serían principalmente las nuevas publicaciones, revistas y comentarios, que aparecen a lo largo de estos años y que reflejan, sin grandes declaraciones de intenciones, un nuevo modo de hacer, que viene determinado en gran medida por el hecho principal acaecido en ese periodo: la promulgación de la Constitución Española de 1978. Su importancia es significativa. DELGADO

Echeverría lo describe muy bien: su consecuencia no es sólo la consiguiente constitucionalización del Derecho Civil, de las normas civiles, sino la aparición de un nuevo paradigma en el que el Derecho natural se vio sustituido, sin traumas, por los principios constitucionales. Ello conllevaba la necesidad, poco sentida desde luego, de un nuevo civilista para esos nuevos tiempos.

4. A partir de aquí, situados ya en el presente, concluye la parte de relato histórico que tiene el texto de DELGADO ECHEVERRÍA y comienzan sus propuestas, empieza lo propositivo, identificando los retos que, en su opinión, tiene planteada la civilística española en la actualidad. Estos pueden apreciarse, entiendo, tal y como nos los presenta, en una doble dirección. De un lado, la preocupación por la conformación y el estatuto de la propia disciplina, que pasa necesariamente por la propuesta de un perfil o de un modelo ideal de civilista: el más adecuado y capaz para enfrentar los otros retos que tiene planteado el Derecho Civil español. Ésta sería la otra dirección a la que encamina sus propuestas: los retos concretos que tiene ante sí el Derecho Civil propiamente, es decir, las normas jurídicas civiles. DELGADO ECHEVERRÍA no se limita a indicar cuáles pueden ser estos, sino también las mejores vías y los modos más pertinentes para acometerlos.

Con relación a lo primero, tiene claro que el reto actual —que ya no puede ser, y no creo que nadie se atreva a plantearse a estas alturas, la constitucionalización del Derecho Civil, algo asimilado y por tanto superado— es fundamentalmente metodológico, o, si se prefiere, visto desde un punto de vista muy personalista, de conformación del civilista actual: «una cuestión de método —escribe—, de conciencia del método y de actitud de los civilistas ante la filosofía y la teoría del Derecho contemporáneas en torno principalmente al (neo) constitucionalismo y a la consideración del Derecho como un caso particular de la razón práctica». Ésta, me parece, es la gran aportación de DELGADO ECHEVERRÍA: identificar el método (y la conciencia de éste) como principal reto y su ausencia como verdadero problema. Un método que debe ser protagonizado por el civilista culto y de amplio espectro intelectual que reivindica y cuya generación y proliferación tiene que ser su resultado. Por desgracia es algo muy alejado de nuestra realidad actual, dominada por especialistas circunscritos a ámbitos acotados, en los que se sienten seguros y dominadores, por lo que desprecian en la práctica una *cultura* que hacen equivalente a dispersión y a pérdida de tiempo y energías. Esa reivindicación, de un civilista intelectualmente abierto y culto, es la que le permite a su vez reclamar un papel importante para la dogmática civil, como algo necesario para la creación y la aplicación del Derecho y no como un mero acompañamiento decorativo y circunstancial de éste. La dogmática valdrá tanto como valgan quienes la practiquen, viene a concluir (en este sentido señala: «Si la dogmática civil es imprescindible —y realmente lo es— es porque la sociedad, los ciudadanos particulares, necesitan tener a su disposición, elaborados por expertos, conocimientos fiables, simples y seguros sobre la existencia y alcance de normas que rigen los aspectos más generales de la vida; y los jueces, asimismo, interpretaciones y doctrinas contrastadas que les faciliten aplicar aquellas normas con rapidez, seguridad y consistencia»).

En lo que no estoy de acuerdo es en la reserva, un tanto confusa, que parece hacer de este reto metodológico y de este civilista culto para la llamada Parte General —que identifica, al modo tradicional, con teoría de la norma, de su interpretación y aplicación; teoría de la relación jurídica y el derecho subjetivo— y para el Derecho de la persona. No puedo compartir que se trate de un «desafío distinto» la necesidad de confeccionar un nuevo Código Civil español. Para esto también es necesario, igualmente necesario al menos, ese civilista culto y cons-

ciente del método de que se vale. Esta cuestión concreta, la de la elaboración de un nuevo Código Civil, empezando por la parte en que más urge esta renovación, el Derecho de obligaciones y contratos, es abordada con claridad y con pocos circunloquios, dejando claro que debe hacerse ahora, que debe hacerse mejor un nuevo Código y no reformar el de 1889 y proponiendo, incluso descendiendo al detalle, cómo debe hacerse, con especial atención al papel que deben desempeñar los civilistas académicos en todo ello. Un papel, viene a decirnos, que hay que ganarse (con credibilidad) y que hay que desempeñar con solvencia, sin que podamos conformarnos con el hecho de que por ser civilistas (administrativamente hablando) algo tendremos que decir en la elaboración del nuevo Código Civil.

El hecho de plantear cómo debe ser nuestra presencia, la de los civilistas, en este proceso concreto, le da pie, en la última parte del texto, a sugerir cómo ha de ser la dogmática civil que surja a partir de este cambio de planteamiento y cómo ha de comportarse la nueva comunidad científica que la personalice. El texto, que puede resultar de nuevo en esta parte final a veces farragoso y un tanto confuso, tiene momentos de lucidez, especialmente clarividentes y aprovechables para los que puedan haberse perdido en algún instante (por ejemplo: «En realidad, la idea central que trato de transmitir es muy simple: que hagamos mejor lo que ya hacemos, con más reflexión, mejores instrumentos y mayor calidad del discurso intersubjetivo, esto es, que nuestras formulaciones sean comunicables y las afirmaciones puedan ser comprobadas y debatidas por todos»). En la misma línea, pero enriqueciéndola si cabe aún más, se mueve buena parte del texto de RAMS ALBESA. Repasa ideas y demandas ya conocidas y repetidas, para terminar demandando un nuevo Código Civil «que enmarque —son sus palabras— la generalidad del Derecho Privado de ámbito nacional». Una empresa que serviría, casi por sí sola, para propiciar una nueva dogmática del Derecho Civil español que, como su colega, también reivindica animosamente.

5. Por todo lo dicho, creo que hay que ratificar la calificación de este libro como un *acontecimiento*. Esta afirmación puede parecer exagerada pero no lo es. En los últimos años, como consecuencia del llamado proceso de Bolonia, han abundado las publicaciones, los textos y los encuentros de profesores en los que se trataba de cómo se enseña el Derecho, incluido obviamente el Derecho Civil. En poco tiempo, al calor de este fenómeno, se ha conformado incluso un subgénero de publicaciones universitarias. No es este el lugar para valorar ni el proceso de Bolonia ni muchas de estas publicaciones, tan coyunturales la mayoría de ellas, condicionadas por las imposiciones de los procesos de acreditación y, me temo, tan prescindibles por prácticamente inservibles. A pesar de este carácter venal en su origen, algunas de ellas deben haber servido, más allá de su superficialidad y de lo previsible que pueden resultar, para que algunos descubrieran que hay algo más allá de su propia disciplina. En definitiva, para que levantaran la cabeza y miraran un poco alrededor. Hasta eso, originariamente tan impostado y tan forzado, puede ser un buen comienzo para ese nuevo civilista y para esa nueva comunidad científica de la que nos hablan DELGADO ECHEVERRÍA y RAMS ALBESA.

Que este libro sea un *acontecimiento*, no quita que quienes estén acostumbrados a la lectura de textos similares producidos en otras doctrinas —lectura que también ha ido abandonándose entre nosotros con los años: otro dato—, les parecerá que estos de DELGADO ECHEVERRÍA y RAMS ALBESA resisten mal la comparación. En Italia, siempre tan cercana, sabemos que este tipo de *contributi* constituyen todo un género, con su tradición de ilustres practicantes ya desaparecidos pero con numerosos representantes vivos, igual de ilustres, como RODOTÀ, IRTI o últimamente MONATERI. Si los comparamos con los de estos parecerán textos de

escaso vuelo (o de vuelo muy rasante), tanto por sus objetivos como, sobre todo, por las referencias intelectuales (bibliográficas) que contienen. En su descargo, si es que lo necesitan, hay que decir que nuestros autores no engañan en ningún momento, ni siquiera a sus potenciales lectores, ya que desde el título dejan claro que se trata sólo de la dogmática civil española y sus retos. Su intención creo, y esto es lo importante, ha sido más bien la de señalar un camino. Hecha la convocatoria ya sólo queda que muchos se animen, nos animemos, a recorrerlo.

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 entre 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 al pie 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 a pie de página, 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 (págs. 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», en *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», en *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 al pie de página 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.