

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 LXXXVIII • Mayo-Junio 2012 • Núm. 731

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 Gáligo
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 Gáligo
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

Consejeros

- Don Juan Vallet de Goytisoló**
Notario
- 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

Comité editorial

con funciones de evaluación externa

- Don Antonio Manuel Morales Moreno**
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid
- Don Vicente Guilarte Gutiérrez**
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valladolid
- Don Fernando Pantaleón Prieto**
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid
- Don Guillermo Jiménez Sánchez**
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Sevilla

S U M A R I O

Págs.

ESTUDIOS

- «La reforma de la responsabilidad hipotecaria», por BENITO ARRUÑADA 1259
- «La esencial revocabilidad de la dispensa de colación hereditaria», por CARLOS LASARTE ÁLVAREZ 1291
- «La nueva redacción del artículo 30 del Código Civil y la creación de un archivo especial para hacer constar los fallecimientos con posterioridad a los seis meses de gestación en la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil», por MARÍA LINACERO DE LA FUENTE 1329
- «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 Privado español», por ANA MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA 1363

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

- «Las sociedades cotizadas de inversión inmobiliaria: un nuevo instrumento impulsor del mercado inmobiliario y de alquiler en España», por MARÍA DEL CARMEN GARCÍA GARNICA y RAFAEL ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA 1395

DICTÁMENES Y NOTAS

- «El convenio de Ciudad del Cabo y su protocolo sobre bienes de equipo espacial», por FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO e IVÁN HEREDIA CERVANTES 1415
- «El actual marco normativo de la mediación electrónica», por EDUARDO VÁZQUEZ DE CASTRO y CARMEN FERNÁNDEZ CANALES..... 1451

DERECHO COMPARADO

«Contornos de la ejecución de las garantías patrimoniales en el Derecho argentino», por MAURICIO BORETTO	1481
«La concepción y eficacia de las Autorizaciones a Proceder», por HÉCTOR DANIEL MARÍN NARROS.....	1499

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

Resumen de Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, coordinado por JUAN JOSÉ JURADO JURADO	1531
--	------

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general:

— «Inclusión injustificada de persona física o jurídica en el registro de morosos y el derecho al honor. Análisis jurisprudencial», por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE ..	1549
---	------

1.2. Derecho de familia:

— «Los alimentos de los hijos mayores de edad y emancipados. A propósito del artículo 93.2 del Código Civil», por ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT	1568
— «Custodia compartida de los progenitores: casos de procedencia e improcedencia. Análisis jurisprudencial», por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	1613

1.3. Derechos reales:

— «El devenir de la hipoteca flotante», por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA	1646
---	------

1.4. Sucesiones:

— «Revisión crítica y propuesta <i>lege ferenda</i> del concepto de legado de parte alícuota: cuestiones controvertidas sobre su posición en el reparto hereditario. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado», por MARÍA DEL CARMEN NÚÑEZ MUÑIZ	1660
---	------

- 1.5. Obligaciones y contratos:
- «Análisis jurisprudencial de la cláusula penal: funciones y su moderación judicial *ex* artículo 1154 del Código Civil», por ROSANA PÉREZ GURREA 1687
- 1.6. Responsabilidad civil:
- «Cuestiones sobre la responsabilidad patrimonial y el servicio de atención residencial suministrado en régimen público y en régimen de concesión: *vis atractiva* del orden contencioso *versus vis residual* de la jurisdicción civil», por MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ 1706

2. MERCANTIL

- «Condominio *versus* Sociedad. El ánimo de lucro en las comunidades de bienes», por FRANCISCO REDONDO TRIGO 1739

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

- «Elementos temporales e intertemporales en la declaración de obra nueva», por EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN 1765

ACTUALIDAD JURÍDICA

- Información legislativa y de actividades 1787

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS:

- «El derecho de acrecer entre coherederos», de LAURA ZUMAQUERO GIL, por BEGOÑA GONZÁLEZ ACEBES 1805
- «La fianza, forma y protección registral en los arrendamientos urbanos», de DOMINGO BELLO JANEIRO, por ELENA LÓPEZ BARBA .. 1808
- «La permuta de suelo por edificación futura. Entrega y transmisión de la propiedad en el sistema del Código Civil», de MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA, por MARÍA EUGENIA SERRANO CHAMORRO .. 1812

- REVISTA DE REVISTAS** 1817

ESTUDIOS

La reforma de la responsabilidad hipotecaria (1)

por

BENITO ARRUÑADA

Catedrático de la Universidad Pompeu Fabra

SUMARIO

1. RESUMEN.
2. MODIFICACIÓN LEGAL RETROACTIVA.
3. MODIFICACIÓN LEGAL PROSPECTIVA.
4. OPTIMIDAD INDIVIDUAL:
 - 4.1. RESPONSABILIDAD E INCENTIVOS DE LOS DEUDORES.
 - 4.2. RESPONSABILIDAD E INCENTIVOS DE LOS ACREEDORES.
 - 4.3. RESPONSABILIDAD Y ASIGNACIÓN DE RIESGOS.
 - 4.4. RACIONALIDAD DE LOS CONTRATANTES.
5. OPTIMIDAD SOCIAL.
6. UNIVERSALIDAD DE LA RESPONSABILIDAD ILIMITADA.
7. CRÍTICA DE LAS REFORMAS Y PROPUESTA DE REFORMA FISCAL.

(1) Sucesivas versiones de este trabajo fueron presentadas por el autor en la Jornada sobre «La limitació de la responsabilitat del deutor hipotecari: sí o no. ¿La dació en pagament o lliurament de les claus de l'habitatge al Banc ha de ser suficient per extingir el deute?», en la Facultad de Derecho-CIDRRIM de la Universidad de Barcelona, el 25 de mayo de 2011; y en las comparecencias en sendas comisiones del Congreso de los Diputados, el 20 de julio de 2011, y del Parlament de Catalunya, el 25 de julio de 2011. Agradezco los comentarios recibidos en dichas presentaciones; las discusiones en Internet de diversos artículos de prensa y *blog posts* sobre el tema; y, sobre todo, las informaciones y comentarios proporcionados por Rafael Domenech, Jane Dokko, Ron Harris, José Massaguer, José García Montalvo, Fernando Méndez, Nicolás Nogueroles, Jesús Remón, Ana María Rubio, Henry Smith y Giorgio Zannarone, sin que ello conlleve responsabilidad alguna por los errores y juicios de valor que el trabajo pudiera contener, trabajo que, por lo demás, ha contado con el apoyo del Ministerio de Ciencia y Tecnología dentro de los proyectos ECO2008-01116 y ECO2011-29445.

8. EPÍLOGO PARLAMENTARIO.

8.1. MEDIDAS RETROACTIVAS.

8.2. MEDIDAS PROSPECTIVAS.

9. REFERENCIAS.

1. RESUMEN

Con la crisis económica, han abundado en España las propuestas para limitar por ley la responsabilidad de los deudores hipotecarios (2). Estas páginas examinan si tales propuestas son o no razonables desde un punto de vista económico. Concluyen que, para los préstamos hipotecarios ya firmados, sería injusto y temerario, por atentar contra el Estado de Derecho y hacerlo en un momento en el que aumentaría las dudas que suscitan la solvencia de nuestras finanzas públicas y la solidez de nuestras instituciones. Asimismo, para los préstamos futuros, sería un grave error, pues en España, como en casi todo el mundo desarrollado, acreedores y deudores prefieren contratar sin limitación de responsabilidad, por lo que debemos entender que les resulta beneficioso, sobre todo por existir considerable competencia entre acreedores. Además, de este ejercicio de su libertad contractual no se derivan daños a terceros que pudieran justificar una prohibición. Todo lo contrario, la limitación de responsabilidad sí generaría cuantiosos daños sistémicos, como pone de relieve la evidencia de los once Estados de los Estados Unidos cuyo régimen puede caracterizarse propiamente como de responsabilidad limitada (*recourse mortgages*).

(2) Políticos de todos los colores, los principales parlamentos autonómicos y numerosas organizaciones corporativas, incluyendo algunas asociaciones de jueces y fiscales, y algunos colegios de abogados se han manifestado a favor de aliviar la carga de los morosos hipotecarios, incluyendo: Esperanza Aguirre, Felipe González, Jueces para la Democracia, la Unión Progresista de Fiscales, los colegios de abogados de Cataluña, la Federación Española de Municipios y Provincias, la coalición CiU, PPC, UPyD, *Ciutadans*, *Solidaritat Catalana*, ICV-EUiA, Izquierda Unida y ERC. En el Debate sobre el Estado de la Nación celebrado en julio de 2011, el Gobierno del PSOE y la oposición pactaron elevar del 50 al 60 por 100 el porcentaje del valor de tasación original (que es el utilizado en el procedimiento de ejecución especial, el cual, pese a su nombre es el utilizado habitualmente en los préstamos hipotecarios) el límite mínimo para la adjudicación del inmueble y elevar el mínimo de ingresos no embargables desde el 110 al 150 por 100 del salario mínimo (961 €) para aquellos deudores que hayan perdido su vivienda habitual (medidas concretadas en el Real Decreto-ley 8/2011). El modo como se adoptaron tales medidas —su tramitación de urgencia y su aprobación por consenso— da una idea de la frivolidad con que puede llegar a funcionar el proceso legislativo en nuestro país. El nuevo Gobierno del Partido Popular ha promulgado, en marzo de 2012, una nueva norma, el Real Decreto-ley 6/2012, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, por el cual introduce un régimen teóricamente voluntario para proteger personas en riesgo de exclusión social, concediéndoles diversas ventajas, entre ellas la dación en pago con carácter retroactivo. Se analiza esta norma más adelante.

En general, si no queremos que el remedio sea peor que la enfermedad, las soluciones a la crisis han de respetar el Estado de Derecho, lo que exige aplicar y hacer cumplir los contratos vigentes a menos que existan fallos de voluntad debidamente verificados en vía judicial. En línea con esta ideas, la penúltima sección del trabajo defiende una propuesta que cumple esa condición. Consiste en facilitar la negociación privada y voluntaria de la dación en pago, eliminando la desventaja fiscal que sufre en la actualidad respecto a la ejecución hipotecaria. Asimismo, la sección final analiza la crisis hipotecaria desde el punto de vista de un legislador benevolente interesado en la justicia, lo que permite poner de relieve como muchas de las soluciones propuestas «en justicia» son a menudo no solo ineficientes sino también injustas y, por tanto, inconsistentes con los objetivos declarados de tales propuestas.

2. MODIFICACIÓN LEGAL RETROACTIVA

Limitar la responsabilidad de los deudores con efectos retroactivos sería un atropello impropio de un país civilizado. Por ese motivo, la discusión técnica del asunto se ha centrado en si convendría o no imponer por ley la responsabilidad limitada del deudor en los préstamos futuros. Está claro, sin embargo, que estas propuestas a futuro son políticamente ineficaces, pues no ayudan a los deudores actuales. La presión sobre jueces y políticos la ejercen quienes no son capaces o, simplemente, no desean pagar todo lo que deben. Cuando discuten de contratos futuros es solo como excusa para colar medidas retroactivas, tales que modifiquen los contratos vigentes causando la redistribución de riqueza que en realidad persiguen.

En este sentido, la propuesta más radical entre las que han alcanzado cierto predicamento es la que limitaría la responsabilidad del deudor a la entrega del bien hipotecado cuando su valor sea inferior a la deuda (3). Pero otras propuestas son menos radicales solo en apariencia, pues esconden sus efectos retroactivos en disposiciones adicionales de gran calado. Por ejemplo, cierta «Proposición conciliadora en materia de ejecución hipotecaria» que circulaba por Cataluña disponía la posibilidad de que se obligara por Ley a las entidades financieras a hacer más explícita la posibilidad legal, ya vigente, de contratar dos tipos de préstamos, con y sin limitación de responsabilidad. La nueva regla se presentaba como disposi-

(3) No han faltado propuestas aun más radicales. Por ejemplo, al menos una Asociación de Consumidores, ADICAE, ha propuesto una «moratoria hipotecaria» que, de promulgarse como ley, implicaría que los deudores dejaran de pagar sus préstamos hipotecarios durante los tres años que (según ADICAE) durará aún la crisis. Asimismo, otros portavoces querrían complementar la dación en pago obligando al acreedor a satisfacer al deudor la diferencia entre el valor de la deuda y el valor en que se haya tasado el inmueble al concederse el préstamo (véase al respecto la nota 23 más abajo).

tiva; sin embargo, en realidad no lo era, pues: 1) atribuía la elección del tipo de préstamo al deudor, siendo obligatoria para el acreedor; 2) contemplaba establecer un límite máximo a la diferencia entre los tipos de interés de ambos préstamos; e incluso 3) otorgaba a los deudores actuales un derecho de subrogación al abrigo de esos mismos requisitos y límites, con modificación tanto del plazo como del tipo de interés. De modo similar, una propuesta de los colegios de abogados de Cataluña presumía de respetar la seguridad jurídica y los derechos adquiridos pero en realidad reducía drásticamente la responsabilidad del deudor, que pasaría a no ser responsable por la depreciación que pudiera sufrir el inmueble por debajo del 80 por 100 del valor de su tasación inicial (4). Asimismo, si bien la retroactividad del Real Decreto-ley 6/2012 queda matizada por el carácter voluntario del «Código de buenas prácticas» que desarrolla en su Anexo, esta voluntariedad resulta cuestionable en la práctica, dada la dependencia política y regulatoria que padecen las entidades financieras.

Estas propuestas para favorecer a los deudores son populares porque, en una visión maniquea, se las percibe como una transferencia de riqueza de banqueros ricos a deudores pobres. Se comete así un doble error. Por un lado, en realidad pagaríamos los contribuyentes, que ya garantizamos a todas las entidades financieras y pronto seremos dueños formalmente de muchos de los principales acreedores hipotecarios: las cajas de ahorros (5). Por otro lado, beneficiaríamos a algunos deudores: aquellos que no pueden o no quieren pagar las obligaciones que han contraído. Pero no a los más necesitados, a quienes a veces se usa como

(4) Véase Consell de Col·legis d'Advocats de Catalunya (2011). Merece un comentario marginal el uso que hacen esta y otras propuestas (incluida la propuesta conciliadora que acabamos de comentar) del límite del 80 por 100 del valor de tasación para justificar la modificación normativa. Este límite porcentual está tomado de la referencia definida a efectos del mercado secundario de hipotecas por el artículo 5 de la Ley 2/1981 del mercado hipotecario (modificado por la Ley 41/2007). Sin embargo, no solo no procede aplicarlo al mercado primario sino que contradice la lógica de protección de inversores por la que fue establecido, pues su razón de ser es asegurar la calidad de las carteras de créditos en que invierten los adquirentes de bonos y cédulas hipotecarias. Sin embargo, la aplicación de este porcentaje del 80 por 100 para limitar la responsabilidad de los deudores hipotecarios vendría a reducir sustancialmente la calidad crediticia de esas carteras, pues perderían la garantía de cobro que les proporciona la responsabilidad ilimitada y universal de los deudores. Por tanto, pese a sus afirmaciones, la propuesta no respeta los derechos adquiridos ni la seguridad jurídica. Además, la propuesta, por su pretensión de respetar los derechos adquiridos, difiere de las demás que han circulado últimamente por cuanto se aplicaría de forma generalizada y automática a todas las hipotecas sobre viviendas habituales, sin apreciación alguna de la buena fe o el estado de necesidad del deudor. Por último, es llamativo el que la propuesta privilegie la ejecución notarial o extrajudicial con la insólita pretensión de suprimir la «cesión del remate» a favor del ejecutante en el procedimiento judicial.

(5) Las cajas son los principales acreedores hipotecarios en España: en mayo de 2011, gestionaban un 54,59 por 100 del crédito hipotecario vivo frente a un 37,32 por 100 de la banca, un 6,60 por 100 de las cooperativas de crédito y un 1,50 por 100 de los establecimientos financieros de crédito (AHE, 2011, pág. 1).

pretexto: estos o bien no han podido adquirir vivienda, por lo que no tienen hipoteca; o bien, si la tienen, perciben rentas inferiores al mínimo no embargable, por lo que en nada les ayudaría la medida propuesta (6). Además, dado el alto porcentaje de deudores dentro de la población de contribuyentes, con la limitación retroactiva de la responsabilidad redistribuiríamos riqueza de deudores con buena suerte a deudores con mala suerte; de los más ahorradores a los menos ahorradores; de quienes optaron por alquilar a quienes compraron; y de quienes compraron vivienda al principio de la burbuja a quienes lo hicieron al final. Favoreceríamos especialmente a los deudores, de cualquier nivel social, que, si bien pueden pagar su hipoteca, dejarían de tener incentivos para hacerlo: aquellos que invirtieron tarde, a precio alto, y que han visto como ha caído el valor de su inversión en vivienda por debajo del de la deuda que aún les queda por pagar.

Muchas de estas redistribuciones de riqueza a cuenta de los demás contribuyentes pueden considerarse injustas porque no discriminan entre el deudor oportunista que busca incumplir sus obligaciones tras haber salido mal sus inversiones y el deudor que, por algún motivo (vicio de voluntad, estado de necesidad), pudiera merecer un tratamiento especial (respectivamente, la anulación del contrato y la transferencia de renta a cuenta de los contribuyentes). Pero, además de injustas, algunas de estas redistribuciones encierran graves riesgos y entrañan notables costes sociales. En especial, tales redistribuciones destrozarían la maltrecha reputación del país. De entrada, pondrían en grave riesgo la solvencia de cajas y bancos, y asustarían a los inversores que han adquirido bonos y cédulas hipotecarias. En el futuro, sería más difícil vender títulos hipotecarios en el mercado secundario, lo que encarecería las nuevas hipotecas, que además serían más pequeñas, por limitarse la responsabilidad del deudor. Más en general, se dificultaría nuestra capacidad para financiarnos en el exterior. Podría ser la puntilla que nos condujera directamente al temido rescate de nuestras finanzas públicas.

3. MODIFICACIÓN LEGAL PROSPECTIVA

Pese a las numerosas manifestaciones políticas, así como algunas resoluciones judiciales contrarias a la ley y la jurisprudencia, la mayoría de los jueces y observadores considera que, en caso de insolvencia, los préstamos hipotecarios vigentes deben ejecutarse aplicando la cláusula de responsabilidad ilimitada del deudor, de modo que la entrega del bien hipotecado no extinga la deuda si la cuantía de esta es superior al valor en que se ha adjudicado el inmueble (7).

(6) GHENT y KUDLYAK (2011) confirman que en Estados Unidos la limitación de responsabilidad apenas afecta a los deudores más humildes.

(7) Véanse los dos autos que sobre apelaciones relativas a decisiones previas de un mismo Juzgado de Primera Instancia e Instrucción (el núm. 2 de Estella) tomaron distintas

En cambio, gozan de más crédito las propuestas de introducir reglas imperativas que limiten la responsabilidad de los deudores en las hipotecas futuras (8). Se intenta así imitar la pauta que rige la minoría de hipotecas que se contratan «sin recurso» en los Estados Unidos.

Al valorar la situación, sin embargo, debemos tener en cuenta que tanto el deudor como el acreedor tendrían interés en limitar la responsabilidad si con ello aumentara el beneficio total de la transacción, aumento que ambas partes podrían repartirse modificando las demás cláusulas del contrato y en especial el tipo de interés. Cabe interpretar que si en la actualidad no limitan la responsabilidad del deudor es porque al hacerlo reducirían el beneficio total de la transacción, reducción que habrían de repartirse modificando las demás cláusulas del contrato y, en especial, elevando el tipo de interés.

Imaginemos, para concretar, que una hipoteca convencional con responsabilidad ilimitada proporcionase beneficios totales de 100.000 €, que se distribuyen ambas partes al 50 por 100 (el supuesto no es irreal: si deudor y acreedor no obtuvieran un beneficio se abstendrían de contratar). Supongamos que la cláusula de responsabilidad limitada vale 100.000 € adicionales para el deudor y cuesta 50.000 € al acreedor; por lo que, al valer más de lo que cuesta, la cláusula sería socialmente eficiente y proporcionaría un valor neto de 50.000 €. En ese caso, parece lógico que limitaran la responsabilidad y elevaran el tipo de interés en un importe equivalente en valor actual esperado a, por ejemplo, 75.000 €, repartiéndose así el beneficio neto también al 50 por 100 (conviene apuntar que, dada la intensidad de la competencia entre entidades financieras en España, es probable que el porcentaje fuera mucho más favorable para el deudor). En principio, es razonable concluir que si no vemos esa cláusula en el mercado es, simplemente, porque su inclusión, lejos de tener un valor neto positivo, tendría valor negativo: en vez de valer 100.000 y costar 50.000, valdría 50.000 y costaría 100.000 (9). Por ello, los propios

secciones de la Audiencia de Navarra con pocas semanas de diferencia: por un lado, el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección Segunda, de 17 diciembre 2010 (<http://tinyurl.com/6hqoknu>, visitada el 13 de abril de 2011); y, por otro, el Auto 4/2011 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Navarra, de 28 de enero de 2011 (<http://tinyurl.com/69x2axn>, visitada el 13 de abril de 2011), los cuales llegaron a conclusiones opuestas y, respectivamente, estimaron y desestimaron sendos recursos de apelación. Para sendos análisis jurídicos de dichos autos, véanse MÉNDEZ (2011) y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE (2011).

(8) Véanse, por ejemplo, GARCÍA MONTALVO (2011) y FERNÁNDEZ-VILLAVARDE (2011).

(9) En julio de 2011, Bankinter (2011a, 2011b) lanzaba la «Hipoteca Sin Más», con responsabilidad limitada. Su grado de aceptación por el mercado permitirá evaluar en los próximos años si existe o no demanda para limitar la responsabilidad hipotecaria del deudor —esto es, si el deudor está o no dispuesto a pagar el coste adicional que esa limitación comporta—. Los primeros indicios, basados no solo en el producto de Bankinter sino en la práctica previa de otras entidades, como Banesto y BBVA, no son halagüeños (ROMANÍ, 2011). Por lo demás, las características de esta «Hipoteca sin más» encajan en el argumento. En primer lugar, es de esperar que ofrezca un tipo de interés superior al de las hipotecas de

deudores han sido los primeros interesados en no introducir semejante cláusula en sus contratos (lo cual no obsta, obviamente, para que, una vez obtenido el préstamo, como todo deudor, sea favorable a reformas legales retroactivas que reduzcan sus obligaciones). Además, los deudores potenciales son también los primeros interesados en que el legislador se abstenga de obligarles a introducirla en sus futuros préstamos.

Introducir una regla imperativa sería, pues, un error. Primero, porque en España, como en casi todo el mundo desarrollado, acreedores y deudores prefieren contratar sin limitación de responsabilidad. Segundo, porque de este ejercicio de su libertad contractual no se derivan efectos externos negativos (esto es, daños a terceros) que pudieran justificar una prohibición. Al contrario: es la limitación de responsabilidad la que, como veremos, sí genera importantes efectos externos negativos en las regiones de Estados Unidos, como Nevada o California, donde los contratantes se ven, de hecho, obligados a emplearla. Por las mismas razones, también sería erróneo —en teoría, algo menos grave pero, de hecho, igualmente erróneo— invertir la regla dispositiva de limitación de responsabilidad (10). Ciertamente, bajo

responsabilidad ilimitada. Si bien los folletos informativos solo hablan de interés «personalizado», es de suponer que negociado en función, no solo de las características personales, sino del propio préstamo. Asimismo, solo financiará la compra de la primera vivienda y por una cuantía máxima del 80 por 100 del valor de tasación, aspectos ambos que limitan tanto la financiación como el riesgo asumido por el banco. Por último, podría tener cierto éxito coyuntural en la actual (2011) situación del mercado pues, en la medida en que se utilice para financiar la venta de viviendas previamente embargadas y adjudicadas por Bankinter, estas hipotecas no supondrán que el banco asuma riesgo adicional al que ya asume ante eventuales caídas de precios. El banco evita o al menos pospone así el reconocimiento contable de las pérdidas adicionales que le provocaría bajar el precio hasta el nivel en que el comprador actual estuviera dispuesto a comprar. Es más, incluso reduce el riesgo en la medida en que se respete el límite del 80 por 100 del valor de tasación, pues ahora lo asume por el 100 por 100. No sucedería así, obviamente, si se financiara con estas hipotecas la compra de viviendas que fueran propiedad de terceros. Apoya este posible uso para canalizar la venta de inmuebles propios el que Bankinter no acepte la subrogación («La hipoteca sin más de Bankinter, hipoteca sin avalistas», <http://blog.grupodariza.com/?p=583>, visitada el 17 de julio de 2011). Por lo demás, el simulador *online* del banco ofrece un tipo menor para las «hipotecas sin más» respecto a las «hipotecas variables» estándar. Por ejemplo, para una hipoteca sobre una vivienda de 240.000 euros, pasa de ofrecer un diferencial sobre Euribor del 2,85 por 100 a ofrecer el 2,75 por 100 cuando el préstamo baja del 80 por 100 del valor de tasación (https://www.bankinter.com/www/es-es/cgi/ebk+hip+cuota_mes, visitada el 16 de enero de 2012). No obstante, esta diferencia puede no ser significativa por tratarse de una oferta no vinculante. Máxime en el estado actual del mercado, en el que muchos deudores dicen encontrar dificultades para acceder al crédito excepto si adquieren las viviendas que son propiedad de las propias entidades.

(10) Como la propuesta por CELENTANI y GÓMEZ POMAR (2011), inspirada por la observación experimental de KOROBKIN (1998) acerca de la tendencia de las reglas dispositivas a prevalecer, pero infundada incluso en sus propios términos de análisis, al no argumentar dichos autores que la responsabilidad limitada sea eficiente sino tan solo que elevaría el tipo de interés nominal y la probabilidad de impago.

una regla dispositiva de responsabilidad limitada las partes podrían en teoría modificar en el contrato dicha regla dispositiva, pactando la responsabilidad ilimitada; pero esta derogación contractual sería costosa y generaría litigios adicionales. Se basarían estos litigios, sobre todo, en alegar que se trata de una condición general «impuesta» por el acreedor e insuficientemente explicada al deudor, y que no permite un equilibrio razonable de contraprestaciones. De prosperar estos argumentos, la regla teóricamente dispositiva quedaría convertida de hecho en imperativa, por lo que conviene a todas las partes que la regla dispositiva sea la regla que parece a la luz de la evidencia empírica ser eficiente: la de responsabilidad ilimitada.

4. OPTIMIDAD INDIVIDUAL

Es razonable pensar que, *al contratar*, a acreedores y deudores les interesa no limitar la responsabilidad, como les permite hacer la Ley Hipotecaria, porque sería perjudicial para ambos. Sobre todo, porque empeorarían sus incentivos y se haría más probable la insolvencia. Aumentaría además el interés y disminuiría la cuantía del préstamo, al asumir el banco el riesgo relativo al valor del inmueble. Es probable incluso que este riesgo también se asignase peor. Es lógico, por todo ello, que allí donde existe libertad contractual las partes elijan contratar las hipotecas residenciales en régimen de responsabilidad ilimitada; y que la limitación de responsabilidad, lejos de estar extendida, sea una anomalía excepcional que genera todo tipo de problemas en las pocas jurisdicciones estadounidenses en las que ha sido impuesta por la ley.

Analicemos seguidamente con mayor detalle cada uno de estos aspectos.

4.1. RESPONSABILIDAD E INCENTIVOS DE LOS DEUDORES

La responsabilidad ilimitada genera mejores incentivos para el deudor al menos en tres frentes. Sobre todo, porque su renta no es independiente del régimen de responsabilidad: la responsabilidad ilimitada le incentiva a modular su esfuerzo para devolver el préstamo. En especial, en caso de dificultades, le estimula a aumentar sus ingresos o consumir menos y dedicar una mayor parte de su renta a pagar la hipoteca. No es despreciable incluso el efecto de la responsabilidad ilimitada como mecanismo de autocontrol, al facilitarle al deudor el ejercicio de su fuerza de voluntad. Por el contrario, con responsabilidad limitada, deja de pagar en cuanto la vivienda vale sustancialmente menos que la deuda. Incurrir así en la insolvencia estratégica que plaga algunos Estados americanos, en los que alcanza del 18 al 26 por 100 del total, con los elevados costes privados y sociales que comporta la

ejecución (11). En lo que se suele considerar el principal estudio realizado en los Estados Unidos sobre el asunto, GHENT y KUDLYAK (2011) concluyen que, para el valor medio de la opción *put* cuando ocurre la insolvencia, la probabilidad de insolvencia es un 32 por 100 superior en estados con responsabilidad limitada (12); y, además, desanima los procedimientos amistosos de insolvencia (dación en pago o *deed in lieu of foreclosure*), generalmente menos costosos que la ejecución. Las cifras estadounidenses confirman así que el efecto fundamental de la responsabilidad ilimitada no reside en el cobro sino en la disuasión: no es atractiva porque el embargo sea efectivo, sino porque el embargo tiende a no producirse.

Adicionalmente, la responsabilidad ilimitada permite hacer valer garantías personales que en otro caso carecerían de eficacia o serían costosas de instrumentar mediante contratos adicionales. Sobre todo, evita el tener que contratar un préstamo personal complementario pero a menor plazo, una fórmula que era habitual en el pasado (¿quizá por la menor competencia entre entidades financieras?) y que también nos proporciona una pista acerca de cuál sería el posible impacto de una regla prohibitiva.

Por último, la responsabilidad ilimitada genera un compromiso mucho más sólido y duradero por parte del deudor, lo que le anima a invertir en el inmueble. Evita así, en especial, que los cambios de valor deterioren sus incentivos para mantenerlo. Asimismo, le motiva también a realizar todo tipo de inversiones «específicas», aquellas que, si bien maximizan el valor del inmueble, solo tienen valor para su actual ocupante.

(11) GUIISO, SAPIENZA y ZINGALES (2009) estiman que un 26 por 100 de las insolvencias son estratégicas en los Estados Unidos, pero que, incluso con responsabilidad limitada, no compensa dejar de pagar hasta que la diferencia de precio entre inmueble y préstamo es al menos de un 10 por 100, debido a los costes de cambiar de domicilio y al daño que la insolvencia ocasiona a la reputación y crédito del deudor. Un informe de la consultora Wyman estimaba la insolvencia estratégica en un 18 por 100 en 2008 (HARRIS, 2010, pág. 6). Los deudores americanos de bajo riesgo incluso anticipan y se preparan para su insolvencia estratégica contratando créditos adicionales antes de dejar de pagar el préstamo hipotecario (PALMER, 2011, pág. 9). En Las Vegas, quizá la ciudad más afectada por la crisis inmobiliaria, la asociación de agentes inmobiliarios estima que la cuarta parte de las insolvencias tiene carácter estratégico. Es frecuente incluso que los deudores adquieran una nueva vivienda antes de dejar de pagar la hipoteca de la antigua («America's Property Market: On a Losing Streak», en *The Economist*, 26 de marzo de 2011, pág. 47).

(12) Según GHENT y KUDLYAK (2011), si bien la probabilidad de insolvencia aumenta en un 32 por 100 para un valor medio de la opción *put* que comporta la limitación de responsabilidad, este aumento es mayor para casas más valiosas, llegando a ser más del doble para las valoradas entre 500.000 y 750.000 dólares, pero no es significativo para casas con valor inferior a 200.000 dólares.

4.2. RESPONSABILIDAD E INCENTIVOS DE LOS ACREEDORES

Al lado de estos efectos tan sustanciales que entraña la responsabilidad ilimitada en los incentivos del deudor, tienen menos entidad los efectos que genera en los incentivos de la entidad acreedora.

Por un lado, el efecto de un posible cambio en la regla de responsabilidad en la decisión de crédito es escaso, porque siempre queda abierta la posibilidad de complementar el préstamo hipotecario con un préstamo personal. En concreto, cuando se inflan las tasaciones no es por un error o falta de atención, sino porque el banco valora positivamente la solvencia general del deudor. Si la ley impusiera responsabilidad limitada, cuando el banco calculase que el deudor es solvente, le podría prestar la parte no cubierta por el valor del inmueble mediante un préstamo personal, a mayor tipo de interés. El cambio sería mínimo, pues, con el actual régimen, la parte no cobrada tras la subasta ya tiene rango de préstamo personal.

Además, en ciertas situaciones la responsabilidad ilimitada puede empeorar los incentivos del banco para negociar, acelerando las ejecuciones. Sucede así si, en una situación de precios decrecientes, el acreedor teme que el deudor le deje colgado dentro de unos meses, de tal modo que le interesa ejecutar y vender el inmueble cuanto antes, en vez de esperar (13). La responsabilidad limitada explica en parte un fenómeno opuesto: el hecho de que los acreedores españoles apenas hayan hecho uso de su derecho a exigir garantía adicional cuando el valor del inmueble cae por debajo del de la deuda que aquel garantiza, sin necesidad de esperar a que el deudor interrumpa el pago de las cuotas del préstamo (art. 1129 del Código Civil).

Por último, estos cambios en los incentivos de las entidades financieras tienen un orden de magnitud mucho menor que los originados por los factores que distorsionan sus decisiones crediticias: la fijación política por los bancos centrales de tipos de interés desconectados de la situación económica, un seguro de depósitos con primas independientes del riesgo y la indefinición de los derechos de propiedad sobre buena parte de las entidades crediticias (en nuestro país, las cajas de ahorros). Por ejemplo, si en una situación de expansión económica como la vivida en España antes de la actual crisis el banco central fija un tipo de interés bajo, incluso inferior a la tasa inflación, y en el mercado compiten varias decenas de entidades financieras y bancos con el agravante de un seguro de depósitos desligado del riesgo, parece improbable que sus incentivos para conceder crédito cambien de forma significativa al modificar la regla de responsabilidad.

(13) Enfatiza este efecto el estudio de Oxford Economics (2009) sobre el Reino Unido.

4.3. RESPONSABILIDAD Y ASIGNACIÓN DE RIESGOS

En principio, los efectos de todos estos incentivos podrían verse compensados por un efecto negativo en términos de mala asignación de riesgo, si el deudor fuese mucho más adverso al riesgo que el acreedor. Sin embargo, las apariencias en este sentido son engañosas.

Primero, porque estamos hablando del riesgo asociado a cambios en el valor del inmueble, no de riesgos como el desempleo o la enfermedad, para los cuales ya existen seguros obligatorios. No es obvio, además, qué ventajas puede ofrecer el contrato de crédito hipotecario para canalizar la diversificación de esos otros riesgos.

Segundo, porque ni siquiera está claro quién puede asumir a menor coste el riesgo de pérdida de valor del inmueble. En concreto, el banco tendría dificultades tanto para asumirlo como para transferirlo. Por un lado, el banco podría asumir fácilmente el riesgo de un inmueble; pero no el de todos los inmuebles de su cartera de créditos, cuyos valores están muy correlacionados. El sector inmobiliario origina un riesgo sistémico considerable por su elevado nivel de endeudamiento, que viene a añadirse y multiplicar el efecto del elevado endeudamiento característico de las entidades financieras; así como por el círculo vicioso que el valor de la garantía real establece entre el crédito y el valor de los activos. El papel protagonista que ha representado el crédito inmobiliario en las sucesivas crisis bancarias apunta a que existe una limitación grave en cuanto a la capacidad de asunción de riesgos de los bancos, complicada además por los deficientes incentivos que genera el seguro de depósitos. En concreto, el hundimiento de los precios de los inmuebles ha sido el núcleo de las principales crisis bancarias, incluida la actual, así como la ocurrida en España en los años 1970 (PALMER, 2011, pág. 3).

Por otro lado, aunque se modificara la regulación del mercado hipotecario que a día de hoy dicta la responsabilidad universal del emisor de cédulas y bonos (arts. 12 y 13 de la Ley 2/1981), el banco tampoco podría trasladar el riesgo a otros inversores sin separar la decisión de dar crédito de la asunción del riesgo, separación que agrava el oportunismo. Lo ha puesto también de relieve la actual crisis en Estados Unidos, donde los estudios empíricos revelan que la titulización ha sido responsable del crecimiento en préstamos *subprime* (MIAN y SUFI, 2010); y que, en caso de insolvencia, la renegociación es un tercio menos probable y menos eficaz en términos de insolvencia posterior para los créditos titulizados (AGARWAL *et al.*, 2011) (14). Es lógico, pues, que el Tesoro de los Estados Unidos haya recomendado que quienes deciden sobre el préstamo retengan parte del riesgo de insolvencia (2011).

(14) Cfr., sin embargo, GHENT (2011).

Por lo demás, la responsabilidad limitada no elimina el coste de quiebra, que es especialmente alto en el sector financiero, en el que, además, ocasiona efectos externos apreciables.

4.4. RACIONALIDAD DE LOS CONTRATANTES

Ciertamente, los préstamos hipotecarios contienen cláusulas estándar predispuestas por una de las partes, por lo que algunos dudan de si el deudor es del todo racional al firmarlos. Sin embargo, si la limitación de responsabilidad fuera eficiente, la competencia entre bancos les llevaría a ofrecerla (15). Máxime cuando, además, se trata de una cláusula bien destacada y de sobra conocida, que ha sido pauta común durante siglos. Por ello, es dudoso que los deudores tengan dificultades para entenderla, o que sean menos racionales sobre esta que sobre otras cláusulas, como las que estipulan tipos de enganche y tipos variables (16).

En todo caso, estas posibles distorsiones en la percepción contractual padecen cuando se las compara con las que induce, y no solo en la percepción sino en el cálculo económico de todos los agentes, tanto deudores como acreedores, una política monetaria que fija tipos de interés arbitrariamente bajos, como sucedió tras la entrada de España en el euro, factor primordial durante la «burbuja» inmobiliaria. Si queremos evitar fallos decisionales, empecemos por corregir la causa del que ha sido, de lejos, el mayor de todos.

5. OPTIMIDAD SOCIAL

Estos factores me llevan a concluir que la responsabilidad ilimitada bien podría ser óptima a escala individual, de modo que solo cabría pensar en prohibirla o condicionarla si constatáramos algún fallo grave e irremediable en el mercado, ya fuese por faltar en este competencia o por producirse externalidades negativas.

En cuanto a la competencia, si las hipotecas de responsabilidad limitada fuesen eficientes, hasta un banco monopolista estaría en principio motivado a ofrecerlas, pues podría extraer para sí todo el beneficio adicional sin más que elevar el tipo de interés. Más bien, el fallo en este terreno se plantearía en

(15) Como ha ocurrido, en efecto, con la «Hipoteca sin más» referida en la nota 9.

(16) No parecen aplicables, por tanto, los argumentos de «prominencia» o *salience* del tipo propuesto, por ejemplo, por КОРОВКИН (2003), y que vendría a decir que, si el coste de procesar información o, más en general, la racionalidad limitada de los decisores les lleva a prestar atención a un conjunto limitado de atributos del producto o, lo que es lo mismo, de las cláusulas contractuales que definen el intercambio, la competencia entre las empresas que escriben contratos con cláusulas predispuestas podría no motivarles suficientemente a la hora de introducir cláusulas eficientes respecto a esos atributos desatendidos.

sentido contrario. Lo pone de relieve el hecho de que lo que preocupa en los Estados Unidos es que, en aquellos Estados donde las leyes impiden contratar hipotecas con responsabilidad ilimitada, el seguro público de depósitos (más en concreto, el que su prima sea independiente del riesgo) empuja a los bancos a fijar un precio muy bajo para la opción *put* implícita en la limitación de responsabilidad, generando una infravaloración generalizada del riesgo en el mercado inmobiliario (17).

Lo mismo ocurre en cuanto a externalidades, pues la crisis también ha puesto de relieve que las hipotecas de responsabilidad limitada producen en los Estados Unidos dos efectos sistémicos negativos. Por un lado, al estimular la insolvencia estratégica, exacerban las crisis recesivas. Agravan así la ya notable externalidad negativa que originan las ejecuciones cuando se concentran geográficamente: el valor de una casa se reduce un 1 por 100 cuando se produce una ejecución a una distancia de 80 metros (CAMPBELL, GIGLIO y PATHAK, 2011) (18).

Por otro, las hipotecas de responsabilidad limitada desaprovechan el efecto moderador que ejerce el que las rentas de los deudores no estén perfectamente correlacionadas, aspecto especialmente grave cuando, en épocas alcistas, muchos deudores amplían sus préstamos a la vez, lo que sincroniza sus insolvencias cuando el mercado entra en recesión. Sucede que cuando los precios de los inmuebles crecen con rapidez, muchos deudores aprovechan para refinanciar su deuda y reducir su porcentaje de participación en el inmueble, extrayendo recursos para financiar su consumo (*equity extraction*). Cuando lo hacen bajo un régimen de responsabilidad limitada, la simultaneidad de la refinanciación sincroniza las insolvencias una vez que los precios empiezan a caer, lo que agrava el efecto «bola de nieve» de los embargos sin que los acreedores puedan hacer nada por evitarlo. Por el contrario, la responsabilidad ilimitada reduce la sincronización en la medida en que las rentas de los deudores están correlacionadas imperfectamente. Este fenómeno preocupa enormemente en Estados Unidos, donde algunos autores le atribuyen un papel protagonista en la crisis

(17) El seguro público de depósitos estimula que los bancos fijen un precio muy bajo para la limitación de responsabilidad (un argumento desarrollado por PAVLOV y WACHTER [2006] antes de que estallase la crisis).

(18) Véanse también SCHUETZ, BEEN y ELLEN (2008), y HARDING, ROSENBLATT y YAO (2009). Es difícil saber si este coste es menor o mayor en España. Debería ser menor, por la (hasta ahora) mayor rapidez de la ejecución, y por tratarse mayoritariamente de pisos y no de viviendas unifamiliares, lo que reduce el deterioro y las externalidades negativas. Sin embargo, en sentido contrario, nuestro Derecho Penal quizá está siendo, en la práctica, más tolerante que el estadounidense con las conductas vandálicas en que incurre el deudor antes de ser desahuciado. En todo caso, representa un coste sustancial, pues incluye, además del deterioro previo a la desocupación por deudor: los gastos legales; los asociados a la transferencia de la propiedad; y el tiempo durante el cual el inmueble permanece vacío, con el consiguiente deterioro adicional de las instalaciones, el riesgo de ocupación y los gastos por contratación de servicios.

(KHANDANI, LO y MERTON, 2009). Aunque ha sido menos común, el fenómeno también se ha producido en España mediante ampliaciones de hipoteca y segundas hipotecas, así como a través de productos específicos como las hipotecas flexibles y recargables, las cuales permiten mantener o incluso aumentar el ratio de endeudamiento a medida que se aprecia el inmueble, destinando los fondos a consumir o a adquirir otros bienes.

6. UNIVERSALIDAD DE LA RESPONSABILIDAD ILIMITADA

Si, como acabo de señalar, la responsabilidad ilimitada genera buenos incentivos, asigna bien el riesgo, y no parece fruto de fallos del mercado, resulta lógico que sea la pauta casi universal en la contratación de hipotecas. Martin FELDSTEIN ya se quejaba en los albores de la crisis de que «las hipotecas de responsabilidad limitada son virtualmente exclusivas de los Estados Unidos» (2008), pero la prevalencia de la responsabilidad ilimitada ha sido documentada en detalle por Ron HARRIS, quien concluye que «en la mayoría de países que no sean Estados Unidos, en Europa, Japón, Canadá, Israel y Australia, los préstamos con responsabilidad ilimitada están permitidos, son la práctica común y está generalizado el cobro de activos personales y rentas futuras» (2010, pág. 13) (19). Las excepciones son solo ciertas transacciones comerciales de deudores empresariales, en las cuales el inmueble genera una renta monetaria, una característica que modifica notablemente la situación.

Incluso en la mayor parte de los Estados Unidos la situación es similar a la de España en el sentido de que en aquellos Estados —la mayoría— en que existe libertad contractual efectiva las hipotecas también se contratan sin limitación de responsabilidad, de modo que la hipoteca con «recurso» (responsabilidad ilimitada) es con mucho la fórmula dominante. Por ejemplo, GHENT y KUDLYAK (2011) concluyen, tras analizar todos los aspectos institucionales, incluida la regulación federal de quiebras, que son solo once los estados sin recurso. Además, en puridad, tan solo dos de estos once estados prohíben la responsabilidad ilimitada en la mayoría de casos. Los otros nueve disponen restricciones en gran medida procedimentales, pero muy gravosas, tales que es imposible para el acreedor hacer valer su derecho legal a cobrar toda la deuda (20). Estas restricciones están asociadas mayormente al coste y lentitud que padece allí

(19) Véase también, sobre Singapur, ONG, NEO y TU (2008).

(20) Además, si GHENT y KUDLYAK erraran en su valoración y fueran de hecho más de once los estados *non-recourse*, los efectos de la responsabilidad limitada serían aún peores que los que ellos estiman. En particular, este argumento da pie a pensar que los efectos en España sería peores que los observados entre los diversos regímenes de los Estados Unidos, pues nuestro punto de partida es una situación con un régimen de responsabilidad más estricto que el de los estados americanos con *recourse*.

la ejecución hipotecaria de tipo judicial; lo que lleva a evitarla a toda costa mediante una solución —la *deed of trust*— que, para entendernos, se parece mucho a la venta del inmueble al acreedor con opción de compra a favor del deudor cuando este satisface la deuda (21). En suma, en esos once Estados las partes se ven obligadas a contratar hipotecas con responsabilidad limitada, en buena medida para gozar así de una ejecución eficaz (22). En resumen, apoya la ineficiencia de la hipoteca con responsabilidad limitada el hecho de que no se utilice en Estados Unidos como fruto de una decisión contractual libre sino como consecuencia de prohibiciones y restricciones institucionales.

7. CRÍTICA DE LAS REFORMAS Y PROPUESTA DE REFORMA FISCAL

Por todo lo anterior, sería razonable mantener en España la libertad contractual en esta materia, libertad que no ha representado un problema en los 150 años de nuestra historia hipotecaria. Cabría ciertamente retocar algunos aspectos del proceso ejecutivo para lograr mayor rapidez y mejores precios. Pero, al intentar esta reforma, no debemos olvidar que una ejecución que tan solo resultara más difícil para el acreedor empeoraría la situación de los futuros contratantes para beneficiar a algunos de los actuales deudores, que no a los más humildes: estos, incluso si tienen hipoteca, suelen carecer de bienes o rentas que merezca la pena embargar. Actualmente, el acreedor, tras quedar desierta la subasta, puede quedarse la finca por el 60 por 100 del valor de la tasación *realizada en el momento en que se contrató el préstamo* [las Cortes decidieron en julio de 2011 elevar retroactivamente ese porcentaje desde el 50 por 100 anterior (23)].

(21) La característica más notable en Estados Unidos es la variedad de las legislaciones estatales que, entre otros aspectos: prohíben o no la responsabilidad ilimitada; incorporan restricciones muy diferentes respecto a rentas y bienes excluidos de responsabilidad; regulan de forma diversa la consideración y estimación del valor de mercado del inmueble, valor que suelen considerar para determinar la deuda que resta por pagar tras su entrega o subasta; requieren o no que el acreedor emplee la vía de la ejecución judicial (en lugar del *deed of trust*) para que pueda buscar un *deficiency judgment* (lo que quede por pagar tras la subasta del bien embargado). A esta variedad de normas estatales se unen el efecto general de las normas federales sobre quiebra personal, así como la práctica tácita de las empresas públicas como Fannie Mae de no buscar la responsabilidad. GHENT y KUDLYAK (2011, págs. 4-6) y HARRIS (2010, págs. 7-14) describen sintéticamente la situación en los Estados Unidos. Para más detalle, véase DUKEMEINER y KRIER (1998, pág. 633 y sigs.).

(22) Por cierto, este *tradeoff* entre responsabilidad y ejecutividad estaba ya presente en el Derecho inglés del siglo XVII (SKILTON, 1943, pág. 315).

(23) Da buena idea de la desinformación con que se están tomando estas decisiones el hecho de que la prensa y los propios diputados hablasen de «porcentaje del valor», dando a entender que se trata del valor en el momento de la ejecución y no en el de la concesión del crédito, que generalmente es muy superior en contextos recesivos como el actual. Por ejemplo: «El Gobierno solo eleva hasta el 60 por 100 el valor al que un banco se puede adjudicar un piso» (*El Mundo*, 2 de julio de 2011, pág. 36). A veces, parece subyacer en este tipo de

Una solución clara y expeditiva (24). Si nuestros diferenciales son de los más bajos de Europa es en gran medida porque tenemos una ejecución quizá a veces draconiana pero relativamente eficaz. Hagámosla más lenta o más protectora de los deudores insolventes, y todos los deudores habrán de pagar tipos más altos.

La solución actual es mejorable, sobre todo si se consiguieran agilizar y hacer más transparentes las subastas, pero también se puede empeorar, y las propuestas al uso es probable que la empeoren. Por ejemplo, valorar el inmueble en el importe de la deuda equivaldría en muchos sentidos a limitar la responsabilidad, con todos los daños que ello acarrea. De igual modo, si se retrasase la ejecución en aras de una valoración más precisa, aumentarían tanto el coste de la ejecución, por el mayor trabajo de abogados y tasadores, como las ineficiencias que origina el hecho de que, mientras dura el proceso, la propiedad está mal definida y, por tanto, se reducen las inversiones y se deja de mantener el inmueble, además de elevarse los tipos.

Asimismo, son negativas las consecuencias que cabe esperar de los cambios normativos decididos por las Cortes en julio de 2011. Por un lado, el mencionado paso del 50 al 60 por 100 del valor de tasación en el momento en que se concede el préstamo para activar la adjudicación automática corre el riesgo de ralentizar las adjudicaciones, porque el banco puede optar por no adjudicarse el inmueble, lo que tenderá a aumentar el deterioro del inmueble y reducir el precio final si se llegara a iniciar otra ejecución. En el mejor de los casos, si la norma es efectiva y consigue, como pretende, que el acreedor opte por adjudicarse el inmueble, solo habrá conseguido transferir riqueza de acreedores a deudores al modificar retroactivamente las condiciones en que se contrató el préstamo (piénsese a este respecto que buena parte de las viviendas actualmente en ejecución fueron adquiridas a precios muy elevados y a menudo han sufrido un deterioro notable, motivos ambos de que su valor real sea hoy inferior al 60

apreciaciones cierta creencia de que el valor de los bienes inmuebles es inalterable. En esta misma línea, algunos portavoces pretenden que el acreedor garantice el valor de tasación. Por ejemplo, al criticar la «Hipoteca sin más» de Bankinter (que permite al deudor librarse por completo de la deuda entregando las llaves), el administrador de *El blog hipotecario* se quejaba de que «desde Bankinter tampoco aclaran el mecanismo previsto para recobrar la diferencia entre el valor de tasación y el del préstamo» («Hipoteca Sin Más de Bankinter», <http://hipotecashipotecas.es/>, publicado el 12 de julio de 2011). De prosperar semejante idea, tras haber contratado una hipoteca con responsabilidad limitada y declararse insolvente, tendríamos que el deudor habría de entregar las llaves pero percibiría la diferencia entre la deuda pendiente y el valor de tasación en el momento en que se concedió el préstamo. La hipoteca transferiría así al acreedor todo el riesgo de descenso de precio en el valor del inmueble.

(24) Conviene señalar que, en la medida en que ese carácter draconiano de la ejecución sea real, la intensa competencia que existe en el mercado de hipotecas asegura que se anticipe y repercuta en beneficio del deudor en términos de tipos de interés inferiores. Excede el ámbito de este ensayo comentar como pudiera ello afectar a distintas categorías de deudores atendiendo, por ejemplo, a sus preferencias en cuanto a la modulación del esfuerzo necesario para pagar la deuda.

por 100 del precio que alcanzaban entonces y razón primordial de que quede desierta la subasta). Esa redistribución de riqueza puede ser beneficiosa para los deudores actuales, pero no es seguro porque la deuda sigue viva, por lo que incluso por esta vía el cambio normativo puede destruir valor. Más claramente, la modificación legal es perjudicial para los deudores futuros, pues reduce el valor efectivo de la garantía real que pueden ofrecer. En el fondo, la ley viene a obligar a ambas partes, deudor y acreedor, a que en las futuras hipotecas el acreedor asuma una parte mayor del riesgo de caída de los precios, lo que, como se ha argumentado al hablar de la responsabilidad limitada, elevará el coste del crédito y no es necesariamente eficiente, por no ser el acreedor quien mejor puede asumir dicho riesgo.

Por otro lado, la elevación del mínimo no embargable, que queda fijado en el salario mínimo más un 50 por 100 general y otro 30 por 100 por cada familiar sin ingresos regulares (1.350 euros para una pareja con un sueldo y un hijo), transfiere riqueza a los deudores actuales que reúnan esas características. Genera así incentivos perversos, ya que, al reducir los embargos de salarios para pagar la deuda, les anima a dejar de pagarla (25). Además, como la deuda sigue viva, destruye su incentivo para generar ingresos adicionales que, tras aflorar, pudieran ser embargados. Por último, al tener vedado el acceso al crédito, les deja en manos del mercado informal de crédito. Les anima, pues, doblemente a irse a la economía sumergida, tanto en el mercado de trabajo como en el mercado de crédito. Pero todo lo anterior se refiere a aquellas personas de bajos ingresos que tienen deudas ya contratadas. El efecto más pernicioso se produce sobre los deudores futuros, pues la elevación del límite no embargable ha reducido de forma imperativa las garantías personales que los deudores potenciales con bajos ingresos pueden ofrecer a sus acreedores (26). El legislador, en un gesto

(25) Algunos analistas han negado este efecto. Por ejemplo, la agencia Fitch (2011) considera que no sería suficiente para motivar el impago por los costes que este comporta en términos de alquiler y pérdida de deducciones fiscales. Obviamente, estos costes entran en el cálculo del deudor pero es claro que el cambio normativo reduce sustancialmente el coste neto del impago para un porcentaje notable de deudores. Para aquellos para los que el impago era marginalmente perjudicial, resulta ahora marginalmente beneficioso.

(26) En el pasado, las entidades financieras españolas han establecido generalmente el tipo de interés de los préstamos hipotecarios fijando un mismo tipo homogéneo para todos aquellos clientes que, al reunir unas ciertas condiciones de solvencia y venta cruzada de otros productos, superaban el «corte» para concederles el préstamo, pero sin atender al riesgo individual de cada cliente. Esta política era coherente con unos préstamos que contaban con una sólida garantía real. Las medidas que se han ido adoptando (como la elevación de la renta mínima no embargable y la menor eficacia de la ejecución al elevarse el porcentaje de adjudicación automática al acreedor), junto con la expectativa de que pudieran adoptarse medidas adicionales que viniesen a limitar de forma retroactiva la responsabilidad de los deudores; y todo ello, unido a la mayor incertidumbre y variabilidad que existe acerca del valor de los inmuebles, está modificando la pauta de fijación de precios de los préstamos hipotecarios. El reciente informe Wyman (2011) advierte así que en el futuro nuestras entidades habrán de

tan bienintencionado como ingenuo, se ha tomado la libertad de impedir que puedan ofrecerlas. Como consecuencia, la norma dificultará el acceso al crédito hipotecario de todos esos deudores con bajos ingresos.

Merecen un juicio similar las medidas adoptadas por el Real Decreto-ley 6/2012, si bien su efectividad es más dudosa, no tanto por su voluntariedad, más teórica que real, como por su cobertura. Por un lado, la voluntariedad de la norma es solo formal, pues, si bien establece un Código de buenas prácticas al que las entidades acreedoras podrán o no adherirse, de hecho, sin embargo, se ven obligadas a hacerlo por consideraciones políticas, reputacionales y hasta jurisdiccionales (27). En este sentido, cabe señalar que el Estado de Derecho se resiente cuando al dictar estos códigos falsamente voluntarios, es el propio Estado el que se anima a practicar un cierto grado de chantaje reputacional y judicial.

Por otro lado, la norma cubre en teoría personas en riesgo de exclusión, entendiéndose como tales las unidades familiares que tengan todos sus miembros en paro, no cuenten con otros bienes o ingresos y presenten diversas características adicionales. Asimismo, ha de verse afectada su única vivienda, cuyo valor ha de ser inferior a un cierto máximo (200.000 euros), decreciente con la población de la localidad en donde se ubique. Sin embargo, la cobertura efectiva de la norma es dudosa porque requiere que todos los garantes de la deuda estén en la misma situación, por lo que excluye a los parados que hayan sido avalados por personas que no reúnan las citadas condiciones de exclusión (art. 3.1.e). Por este motivo, la extensión de la cobertura es incierta, pues se cree que en los últimos tiempos la mayoría de las hipotecas (hasta el 95 por 100, según Lafraya, 2012) incluían garantías personales adicionales.

No obstante, dentro de su ámbito de aplicación, los cambios que la norma introduce son radicales. Antes de iniciarse la ejecución, el deudor podrá pedir al banco que le reestructure la deuda, concediéndole una carencia de cuatro años durante los cuales solo pagaría intereses, ampliando el plazo a 40 años y reduciendo el interés hasta Euribor más 0,25 por 100. Si, pese a esta reestructuración, la cuota a pagar es superior del 60 por 100 de sus ingresos familiares, el deudor podrá solicitar una quita en la deuda pendiente aunque ya se haya iniciado la ejecución y anunciado la subasta. La quita se calcula como el 25

fijar el precio de los préstamos hipotecarios atendiendo al riesgo de cada cliente, incorporando primas de riesgo diferenciadas para distintos perfiles de riesgo, definidos en función de los ratios entre, por un lado, el importe de la deuda y, por otro, el valor del préstamo inmueble y los ingresos del deudor.

(27) Es aplicable en este punto el argumento expresado anteriormente relativo a las dificultades que experimenta la parte supuestamente «fuerte» para hacer valer en vía judicial condiciones contractuales que se alejen de las reglas dispositivas supuestamente favorables para la parte supuestamente «débil». Las reglas del Código vienen a constituir un conjunto de reglas asimilables a un conjunto de condiciones dispositivas supuestamente protectoras del deudor.

por 100 de la deuda o bien como una cuantía relacionada con los valores de mercado, de tasación y de deuda ya amortizada (apartado 2,b del Código de buenas prácticas anexo al Real Decreto-ley 6/2012). El banco podrá aceptar o rechazar la quita, pero los deudores para los que esta no resulte viable pueden solicitar la dación en pago y los bancos quedan obligados a aceptarla.

La dación cancelará entonces la deuda y todas las responsabilidades, tanto del deudor como de terceros, y además dará derecho al deudor a arrendar la vivienda durante dos años a cambio de una renta del 3 por 100 del importe de la deuda. La norma mantiene así al deudor en el uso del inmueble durante un largo periodo de tiempo, puesto que la dación se acompaña de un arrendamiento forzoso por dos años. No obstante, estos dos años pueden alargarse de hecho, al contar los meses de tramitación previos a la dación y las condiciones de impago: si bien el impago devengará un interés del 20 por 100, este resultará difícil de cobrar debido a la limitación de responsabilidad; y, además, el banco no podrá desahuciar al deudor hasta que este deje de pagar la renta durante un mínimo de seis meses. No es descartable que la indefinición del derecho de propiedad que se crea con todas estas medidas destruya los incentivos para mantener los inmuebles afectados.

Otros posibles efectos son más difíciles de evaluar. Dentro del ámbito de su cobertura, la norma podría, además, privar de incentivo la reestructuración de la deuda, pues incentiva al deudor a la dación, que, además de liberarle de la integridad de la deuda le concede más de dos años de uso legal en condiciones ventajosas, con un alquiler inferior al de mercado y de difícil cobro. No obstante, el banco aun tendrá menos interés en la dación, lo que le animará a aceptar una quita en términos favorables para el deudor. Por otro lado, la norma incentivará a los trabajadores marginales a entrar y permanecer en el paro. Piénsese al respecto en el trabajador de bajos ingresos cuyo cónyuge esté ya en paro, para quien, al poder acogerse a los beneficios de la norma, resultará ahora más rentable quedar también en el paro, especialmente si puede operar dentro de la economía sumergida.

Asimismo, como se trata de una norma retroactiva, en la medida en que resulte eficaz también ocasiona, por un lado, una transferencia de riqueza a favor de los parados *actuales*, y, por otro, excluye del crédito hipotecario a aquellos deudores humildes que presenten un riesgo de quedar parados en el *futuro*, a quienes, como mínimo, obligará a obtener avales de personas solventes. En este sentido, lo característico de este Real Decreto-ley es que, como no cubre los préstamos que cuenten con avales o garantías adicionales, puede darse el caso de que apenas beneficie a los parados actuales pero impida acceder al crédito hipotecario a los trabajadores con riesgo de paro en el futuro. Al promulgarse esta norma, los bancos han podido contrastar la debilidad populista que sufre nuestro sistema político en este terreno, por lo cual sería de esperar que tendieran a ser más precavidos al conceder crédito a personas con riesgo de paro y que

no cuenten con garantes. De ser así, las consecuencias en términos de injusticia y desigualdad social podrían ser notables.

Los efectos previsiblemente dañinos de estas dos normas ingenuamente protectoras resultan tanto más indeseables cuanto que podríamos, alternativamente, conciliar la presión política con la estabilidad institucional y financiera. Bastaría con facilitar la negociación privada de la insolvencia, reduciendo los elevados impuestos que hoy gravan la dación en pago: sobre todo, el impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, cedido a las Comunidades Autónomas y que estas han ido elevando desde el 6,5 por 100 hasta situarlo por encima del 9 por 100 en una transmisión típica con hipoteca (la última vez, con ocasión de la subida del IVA en 2010). Los beneficios de dar un tratamiento fiscal neutral a la dación serían sustanciales, ya que es mucho más eficiente que la ejecución hipotecaria. Gracias a su rapidez, elimina la indefinición temporal del derecho de propiedad y, con ella, la desocupación y el deterioro del inmueble. Además, le evita al deudor los costes añadidos que le ocasionan los intereses moratorios y la posible infravaloración del inmueble en la subasta. Sustituir ejecuciones por daciones aliviaría también el creciente atasco y progresivo retraso de las ejecuciones judiciales, los cuales agravan notablemente sus efectos negativos.

Pese a estos beneficios, diversos expertos de entidades financieras estimaban en 2011 que las partes solo acordaban una dación en pago por cada tres o cuatro ejecuciones. En buena medida, el motivo de esta desproporción reside en que las daciones han de pagar el impuesto de transmisiones patrimoniales (ITP) dos veces: al producirse la dación al acreedor, con base en el valor fiscal, que ahora suele ser elevado; y cuando el acreedor vende el inmueble, con base en el precio de compraventa. Por el contrario, las ejecuciones solo tributan una vez y lo hacen con base en el valor de adjudicación, que suele ser inferior. Y las ejecuciones se benefician del «remate a calidad de ceder a un tercero», mediante el cual el adjudicatario en la subasta dispone de un plazo para «hacer el pase» a un comprador final pagando el impuesto una sola vez (28).

Convendría, pues, eliminar o al menos reducir la notable desventaja fiscal de la dación en pago. Cabría, por ejemplo, tratar el impuesto de transmisiones sobre la dación como un pago a cuenta del asociado a la posterior compraventa (29). El Real Decreto-ley 6/2012 no toca este asunto y se limita a introducir

(28) Artículo 20 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados).

(29) Más en general, deberíamos cuestionarnos si es sensato que nuestros impuestos sobre transmisiones inmobiliarias sean de los más altos de la Unión Europea (European Mortgage Federation, 2010, pág. 9); un dato este que resulta de gran interés, al menos por dos motivos. Primero, España tiene altos costes de transacción debido a impuestos pero no a los demás servicios jurídicos, que son de los más bajos de Europa. Segundo, pone en duda la

cambios relativamente menores (30). Sin embargo, eliminar la desventaja fiscal que sufre la dación en el impuesto de transmisiones podría incluso aumentar la recaudación, ya que los tipos de las ejecuciones se aplican a bases inferiores. Aunque, dada la preocupación que los parlamentos autonómicos han mostrado por la suerte de los morosos (31), deberían estar dispuestos a sacrificar algo de recaudación para favorecerles. De hecho, sorprende que hayan desaprovechado semejante oportunidad de opinar con la cartera, y no de boquilla (32).

eficacia de los impuestos sobre transacciones para desanimar burbujas especulativas. Adicionalmente, conviene señalar la elevada presión fiscal que sufre la construcción de viviendas, la cual incluye: un 8 por 100 al comprar el solar a un particular; un 4 por 100 sobre el valor de la obra, al pedir la licencia municipal (Impuesto Municipal sobre Construcciones, Instalaciones y Obras); un 1,2 por 100 sobre el valor de la obra, al declarar dicha obra nueva; un 1,2 por 100 sobre el valor total de la finca, al practicar la división en propiedad horizontal; un 1,2 por 100, al constituir la hipoteca de promotor; y, si tarda en construir, el impuesto de plusvalía sobre los solares (aproximadamente, un 1 por 100 del valor catastral del suelo por cada año de permanencia) y el impuesto de bienes inmuebles sobre las fincas durante el tiempo que estas sean suyas. Simultáneamente, en sentido contrario, la mayoría de los contribuyentes españoles se beneficia de una deducción sustancial por compra de vivienda en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. La diferencia en la visibilidad de los diversos impuestos y deducciones podría explicar el que nuestros gobiernos, simultáneamente, graven y subvencionen la compra de vivienda.

(30) Al menos hasta la aprobación del Real Decreto-ley 6/2012 algunos de los deudores que contrataban una dación en pago habían de pagar impuestos adicionales, relacionados con ganancias patrimoniales en el IRPF y plusvalías derivadas del mayor valor de los terrenos. El Decreto, además de declarar exentas del impuesto sobre actos jurídicos documentados las novaciones contractuales que se produzcan al amparo del Código de buenas prácticas, declara exenta de IRPF la ganancia patrimonial que la dación en pago pueda generar al deudor (art. 10). También transfiere algunos de los costes fiscales en caso de dación, pues atribuye al banco deudor el pago de los impuestos regulados por la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (R.D. Legislativo 2/2004), al considerarlo como sujeto pasivo sustituto del deudor e impedir que pueda exigirle el importe de las obligaciones tributarias satisfechas en su nombre (art. 9). Comparada con la doble imposición que padece la dación en el impuesto de transmisiones, se trata de cambios relativamente menores. Ciertamente, tras la dación, el deudor quedaba a menudo obligado en IRPF por la ganancia patrimonial, pero solo cuando el valor de adjudicación era mayor que el precio de la compra, algo que también puede ocurrir con la ejecución. Además, el ITP ha de pagarse siempre y se paga efectivamente, pues pagarlo es condición necesaria del negocio jurídico. Por el contrario, no está claro cuán efectivo era el *enforcement* de la obligación de tributar las ganancias en IRPF. Sucedería algo parecido, cuando resultase aplicable, con el impuesto municipal sobre el incremento de valor de los terrenos.

(31) Cuando esto se escribe, al menos los parlamentos de Galicia, País Vasco y Cataluña se han manifestado a favor de limitar la responsabilidad de los deudores hipotecarios.

(32) A este respecto, es revelador que, al igual que los parlamentos autonómicos, la Federación Española de Municipios y Provincias se haya manifestado a favor de la dación imperativa; pero que, sin embargo, tampoco haya hecho nada por aliviar las cargas fiscales de ámbito municipal que pesan sobre los deudores en apuros cuando estos optan por pactar una dación en pago voluntaria.

8. EPÍLOGO PARLAMENTARIO (33)

Desde que la actual crisis económica empieza a hacer estragos entre un número sustancial de acreedores, gran parte del electorado considera que se deben tomar medidas que palíen sus dificultades.

En semejante situación, el principal reto de nuestros representantes políticos consiste en aliviar las dificultades de algunos deudores —un asunto del corto plazo— sin destruir las bases de un mercado, el hipotecario, que, como he comentado más arriba, ha demostrado funcionar con un grado de eficacia notable y una eficiencia probablemente superior a la de la mayoría de los países que nos rodean. Complementariamente, el legislador confronta una dificultad sustancial para, por un lado, identificar qué deudores realmente merecen ayuda y, por otro, asegurarse que sean ellos y no otros los beneficiarios de las ayudas.

De entrada, es obvio que hay deudores en dificultades, pero no resulta fácil evaluar la dimensión del problema. En junio de 2011, el esfuerzo teórico anual para acceder a la vivienda era del 29,7 por 100 y 36,8 por 100 según se contemplaran o no las deducciones fiscales (34). Estas cifras eran, respectivamente, del 36,9 y 48,2 por 100 en junio de 1995 y del 42,0 y 52,0 por 100 en septiembre de 2008 (35). Además, durante la actual crisis, la dudosidad en préstamos a los hogares dedicados a la compra y rehabilitación de viviendas alcanzó un máximo (al menos, de momento) del 3,05 por 100 en el tercer trimestre de 2009, poco más de la mitad de la tasa del primer trimestre de 1994, cuando alcanzó el 5,54 por 100, el valor máximo registrado durante la anterior crisis. El último dato conocido cuando esto se escribe se refiere al tercer trimestre de 2011 y se sitúa en el 2,68 por 100 (36). Las ejecuciones hipotecarias aumentaron sustancialmente en los primeros años de la crisis, pasando de 25.943 en 2007 a 58.686 en 2008 y a 93.319 en 2009, pero se ralentizaron durante 2010, alcanzando durante todo el año un total de 93.636, y han descendido durante los tres primeros trimestres de 2011, durante los cuales se produjeron un total de 57.103, un 79,88 por 100

(33) Una vez escritas las páginas anteriores, tuve la oportunidad de comparecer en julio de 2011 ante sendas comisiones parlamentarias, del Congreso de los Diputados y del Parlament de Cataluña. Esta sección intenta reflejar lo esencial de mis reflexiones ante ambas comisiones, tratando cuestiones más generales y menos técnicas que las del análisis precedente.

(34) Este ratio de esfuerzo mide el importe bruto de las cuotas a pagar por un hogar mediano, en el primer año tras la adquisición de una vivienda tipo financiada con un préstamo estándar por el 80 por 100 del valor del piso, en porcentaje de la renta anual disponible del hogar. En su versión neta, considera las deducciones en el IRPF por los pagos del préstamo hipotecario.

(35) Fuente: Banco de España, «Accesibilidad a la vivienda, esfuerzo teórico anual sin deducciones» y «Accesibilidad a la vivienda, esfuerzo teórico anual con deducciones» (<http://www.bde.es/webbde/es/estadis/estadis.html>, visitada el 17 de enero de 2012).

(36) Fuente: Banco de España, «Indicadores del mercado de la vivienda, créditos dudosos a los hogares para la adquisición y rehabilitación de viviendas, ratio de dudosidad» (<http://www.bde.es/webbde/es/estadis/estadis.html>, visitada el 17 de enero de 2012).

de las de los tres primeros trimestres de 2010 (37). Esta evolución decreciente de las ejecuciones se ha beneficiado del descenso experimentado en esos años por el tipo de interés de referencia (el Euribor subió de una media anual del 4,45 por 100 en 2007 al 4,814 por 100 en 2008, para bajar al 1,618 por 100 en 2009 y al 1,350 por 100 en 2010). Podría, pues, invertirse en caso de experimentar este un incremento sustancial. Pero también parece haberse visto favorecida por un cambio de actitud de algunas entidades financieras, que se han mostrado más dispuestas a renegociar nuevas condiciones al producirse la demora en el pago de las cuotas por parte del deudor (38). Además, buena parte de las ejecuciones se refieren a segundas residencias, como hace suponer su concentración geográfica en zonas de costa: un 38,38 por 100 de la población española vivía a 1 de enero de 2011 en las provincias de la costa mediterránea pero estas mismas provincias acumularon un 53,92 por 100 del total de ejecuciones entre 2007 y 2010. En las provincias costeras del Mediterráneo, se practicaron 28,65 ejecuciones por 10.000 habitantes; en el resto, 14,49. Más en concreto, en 2010, las ejecuciones por 10.000 habitantes fueron en Almería, Tarragona y Alicante 46,88, 41,67 y 42,92, respectivamente. El promedio para toda España fue de 19,93, cifra esta significativamente superior, por cierto, a las de Madrid (15,85), Barcelona (18,90) y, sobre todo, País Vasco (5,38), posiblemente las regiones con un mayor impacto político (39).

Por otro lado, los deudores en dificultades se encuentran en esta situación por muchos motivos y como consecuencia de causas muy diversas, desde el comprador responsable de vivienda que se queda en paro al comprador de un paquete de pisos sobre plano en una urbanización fantasma. A veces, será fácil distinguirlos; a menudo, no. Cuando la prensa nos presenta casos de deudores en dificultades se suele tratar de personas en gran necesidad, que se quedan en la calle como consecuencia del embargo de su vivienda y que han llegado a esa situación de forma involuntaria, cuando no favorecida por la mala actuación de acreedores e intermediarios. Pero incluso los casos de este tipo aparentemente más claros oscurecen cuando se les contempla de cerca. Aun dejando a un lado que, a posteriori, cuando las cosas salen mal, todos tendemos a culpar a los demás, no es obvio que el ciudadano humilde que compró una vivienda merezca ahora más ayuda que los demás ciudadanos que, en su misma situación, optaron por la decisión prudente de no comprarla. En otros términos: toda compra encierra un elemento de «especulación» y, como tal, merecería un tratamiento similar, incluso en términos puramente de justicia subjetiva.

(37) Según la estadística del Consejo General del Poder Judicial («Datos sobre el efecto de la crisis en los órganos judiciales: Primer trimestre de 2011» (<http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords>), visitada el 4 de agosto de 2011).

(38) Véase, por ejemplo, SEMPRÚN (2011).

(39) Datos de población extraídos del Instituto Nacional de Estadística, «Avance del Padrón a 1 de enero de 2011» (www.ine.es), visitada el 4 de agosto de 2011).

Adicionalmente, se plantea la duda de si, en esos mismos términos de justicia, la ayuda debe depender de la decisión de compra o definirse, por el contrario, en términos de necesidad. ¿Debe tratarse mejor al parado que compró vivienda que al que no lo hizo? ¿Debe tratarse mejor a quién vendió su vivienda de 60 metros para comprar una de 90 que a quien se quedó en la de 60? Desde este punto de vista, resultan falaces los planteamientos que intentan abordar el problema de identificación mediante fórmulas que limitan los beneficios o ayudas a los adquirentes de vivienda habitual o a los adquirentes de buena fe.

Se plantean dificultades en parte similares cuando el legislador intenta ponerse en la situación del juez para valorar posibles vicios de voluntad en la contratación. Sobre la contratación hipotecaria operan ya numerosas cautelas por mandato del legislador (los folletos informativos reglados; la oferta vinculante que formula el acreedor dos semanas antes de firmar la escritura; y la propia intervención notarial que, a juicio de Shiller, debería resolver los problemas de asimetría informativa en la contratación de hipotecas *subprime* [2008, pág. 134]). Pese a todas estas cautelas, muchos deudores afirman haber firmado la escritura de préstamo hipotecario sin saber lo que firmaban. Habrá opiniones diversas sobre si debemos creerles; pero, en todo caso, no parece materia para una evaluación general sino particular, no para una intervención legislativa de carácter retroactivo sino para una evaluación judicial de cada caso particular. Ciertamente, sí es tarea del legislador evaluar esa contratación para valorar si requieren cautelas adicionales o, más bien, revisar las existentes en la medida en que posiblemente encarecen la contratación sin mejorarla (40).

(40) El momento oportuno para ello sería en todo caso el de la adopción de la futura directiva europea sobre los contratos de crédito para vivienda (Comisión Europea, 2011), si es que llega a aprobarse. El Gobierno español anunciaba en agosto de 2011 su intención de anticipar medidas en esa línea: «la orden ministerial incluye una guía que la banca debe cumplir con el objetivo de conceder préstamo de manera “responsable”. La norma establece una serie de comprobaciones mínimas que el banco debe realizar antes de conceder un crédito... La entidad deberá además consultar el historial crediticio del cliente y podrá consultar los ficheros de solvencia patrimonial y crédito. Deberá tener en cuenta también otras deudas del cliente, así como sus ahorros y activos de su propiedad. La norma especifica que “en el caso de créditos o préstamos con garantía real, los criterios para determinar la concesión o no del crédito o préstamo [...] deben fundamentarse en la capacidad del cliente para hacer frente a sus obligaciones de pago, y no el valor esperado de la garantía”» («El Gobierno prepara una norma para blindar a los clientes contra abusos de la banca: Exigirá total transparencia en las comisiones y al conceder préstamos», *Cinco Días*, 2 de agosto de 2011). En línea con los argumentos expresados en el texto, conviene señalar que los riesgos que entrañan tanto la propuesta de directiva como la orden ministerial para el coste y el acceso al crédito son notables, pues: «introducirá[n] nuevos y más exigentes requerimientos a la concesión crediticia tanto en términos de información, como de análisis de solvencia y de adecuación del producto financiero al perfil del cliente. La nueva normativa generará mayores costes para las entidades de crédito, pero sobre todo supondrá procesos de concesión más complejos, y potencialmente ineficientes, e incluso la exclusión de ciertos segmentos de clientes (e.g., jóvenes)» (WYMAN, 2011, pág. 23).

La recomendación podría así centrarse en: 1) aliviar, si acaso, la situación de algunos deudores usando mecanismos selectivos de identificación; 2) rechazar medidas retroactivas generales, dejando que sean los jueces quienes identifiquen los vicios de voluntad y otros posibles fallos contractuales; y 3) evaluar con frialdad (esto es, sin preocuparse en este punto por la situación de los deudores actuales) la estructura y funcionamiento del mercado de cara a la contratación futura.

8.1. MEDIDAS RETROACTIVAS

Las medidas retroactivas deben rechazarse tanto por motivos de justicia como de eficiencia. En cuanto a la justicia, no distinguen entre deudores según cuál haya sido la causa de sus actuales dificultades o cuál sea su grado de necesidad. Además, en la medida en que cargan todo el coste de las medidas en los acreedores de forma genérica tampoco distinguen entre acreedores según cuál haya sido su actuación en la contratación de los préstamos (una vertiente de este asunto es que se habla de bancos e incluso de banqueros cuando, en realidad, solo el 38,07 por 100 del crédito hipotecario está en manos de la banca privada, y, por tanto, los responsables de las entidades acreedoras son mayoritariamente los representantes políticos y sindicales que han controlado y en gran parte aún controlan las cajas de ahorros).

En cuanto a la eficacia, las medidas retroactivas deterioran gravemente la seguridad jurídica y lo harían en el peor momento y en el sector más sensible. Nuestro país necesita y necesitará durante muchos años un gran volumen de financiación exterior. La retroactividad reduce el valor de los préstamos hipotecarios y, por tanto, de nuestras entidades financieras; y, en especial, el de los préstamos que estas han vendido a inversores extranjeros como bonos y cédulas hipotecarias. Expropiar a esos inversores extranjeros es insensato y especialmente temerario en un momento en el que estamos pidiéndoles que sigan confiándonos su dinero para financiar tanto a nuestros bancos, cajas y empresas como a nuestro sector público.

Démonos cuenta, además, que semejante expropiación sería injusta con todos nuestros deudores futuros. Permítaseme ilustrar este punto con el ejemplo de una de las medidas retroactivas ya adoptadas por las Cortes: la elevación del mínimo no embargable. En una primera visión del asunto, muchos observadores bien intencionados perciben en esa medida una mera redistribución de riqueza a favor de algunos deudores humildes y a costa de sus acreedores y de quienes les financian y apoyan (los mencionados compradores de cédulas hipotecarias, los accionistas de los bancos y, sobre todo, los contribuyentes que han venido a rescatar gran parte de nuestras cajas). Muchos de estos observadores perciben esa elevación del mínimo inembargable como justa. Sin embargo, las repercu-

siones futuras de la medida pueden bien ser profundamente injustas, pues viene a dificultar que todos los deudores humildes —más precisamente, aquellos con características similares a los que ahora se benefician de ella— puedan acceder al crédito en el futuro. Como consecuencia de la nueva norma, las entidades financieras pierden dinero por la menor posibilidad de cobro y la menor garantía con que cuentan sus hipotecas ya contratadas. Pero es razonable pensar que procuren evitar dicho daño en las hipotecas que contraten en el futuro. Como los deudores humildes tienen peor crédito personal, les exigirán garantías adicionales o, simplemente, les darán menos crédito. Una vez más, el legislador ha sacrificado a la mayoría de futuros contratantes humildes para beneficiar a unos pocos contratantes actuales, aquellos con mayor capacidad de presión política. Existe, además, el riesgo añadido de que, para deshacer el entuerto creado por la medida, acabemos forzando a los bancos a dar créditos a ciertas categorías de deudores, un tipo de coacción que explica parte de la crisis sufrida en los Estados Unidos por las hipotecas *subprime*.

8.2. MEDIDAS PROSPECTIVAS

Al pensar en posibles reformas legales de carácter prospectivo debemos analizar la situación tratando de mejorar el funcionamiento del mercado en su doble vertiente económica y política o regulatoria.

El primer y fundamental objetivo es mejorar la competencia. Lo esencial para un mercado eficiente es que exista correspondencia entre las actuaciones de los agentes económicos y los premios y castigos que reciben. En este sentido, el déficit fundamental en nuestro país reside en que las entidades financieras que han tenido una peor actuación —las cajas de ahorros—, en lugar de desaparecer, ven su continuidad total o parcial subvencionada con fondos públicos que en gran medida se destinan a financiar la jubilación anticipada de sus directivos y empleados, los mismos que han sido responsables y beneficiados de sus estrategias empresariales (esta actuación se ha traducido, incluso, en un curioso fenómeno en términos de opinión pública, consistente en que para lo malo se hable siempre de «bancos», cuando, de momento, los bancos privados españoles no han recibido financiación pública directa durante la crisis y, además, representan apenas el 38 por 100 del crédito hipotecario).

Una segunda función de la regulación pública es proporcionar fórmulas contractuales voluntarias (dispositivas) que eviten a las partes la necesidad de negociar cláusulas específicas pero que les permitan hacerlo cuando así lo deseen, por adaptarse tales cláusulas específicas mejor a su situación. La Ley Hipotecaria cumple esta función cuando establece como regla dispositiva la responsabilidad universal del deudor pero le permite negociar —a cambio de

un precio, obviamente— cláusulas que limitan su responsabilidad (41). En este terreno, es importante atender a las consecuencias que entrañan las reglas dispositivas debido a la regulación de las condiciones generales de la contratación, que motivan interpretaciones judiciales en las que se hace muy difícil y litigiosa que la parte supuestamente «débil» pueda apartarse de la fórmula dispositiva introduciendo (a cambio de precio) cláusulas que pueden entenderse perjudiciales. Por este sesgo judicial, resulta fácil derogar contractualmente cláusulas dispositivas que en una interpretación superficial favorecen al débil, pero no las que lo benefician. De adoptarse como regla dispositiva la responsabilidad limitada y, al anticipar que muchos jueces serían reacios a hacer cumplir su derogación contractual, las entidades financieras serían a su vez reacias a derogarla contractualmente o darían mucho menos valor a esa derogación, lo que tendería a encarecer y reducir el crédito hipotecario.

En tercer lugar, en cuanto a efectos externos, el caso más notable es también el ya comentado de la responsabilidad limitada: la existencia e importancia de esos efectos externos desaconseja una regla de responsabilidad limitada. Desaconseja igualmente, en la medida en que resulta en efectos similares, la introducción de reglas que limitan las garantías personales que pueden ofrecer los deudores.

En cuanto a las posibilidades de mejorar la racionalidad de los agentes económicos, proceden dos observaciones. La primera es que resulta fundamental mejorar la racionalidad *de los acreedores*: si en un eventual contexto de crecimiento económico estos vuelven a confrontar un tipo de interés negativo, volverán a conceder demasiados créditos y en condiciones demasiado laxas. La prioridad no reside tanto en modificar los incentivos de los banqueros privados como de los responsables políticos de los bancos centrales. Estos, pese a que sus, quizá, inevitables errores son causa primordial de la crisis, salen de ella con su reputación e incentivos intactos, y con sus poderes reforzados. Para ser eficaces, las reformas institucionales en el sector financiero deben entender que en nuestras economías está funcionando a caballo del mercado y la planificación. De un lado, el precio fundamental —el tipo de interés— lo determinan los bancos centrales, tarea en la que se confrontan no solo su propia e inevitable ignorancia sino unos incentivos deficientes. De otro, los bancos son apéndices privados estrechamente regulados, a los que dotamos de incentivos perversos en cuanto al riesgo, por la vía del aseguramiento de sus depósitos y, en realidad, de todas sus deudas (el socorrido *too big to fail*); y que en ocasiones, como ha venido sucediendo en España, han de operar con tipos de interés completamente distorsionados.

(41) Como sucede en la actualidad con la «Hipoteca sin más» comentada en la nota 9. Sucede algo similar con las hipotecas que han comercializado algunas de las principales entidades financieras al socaire del revuelo mediático que ha causado la litigación sobre limitaciones al tipo de interés (véase, por ejemplo, la «Hipoteca rompesuelo» en La Caixa, 2011).

Mejorar la racionalidad de los deudores es igualmente difícil aunque por otros motivos: su ignorancia y su dificultad para entender transacciones financieras. Pero la solución no pasa por suministrarles más información que, de todos modos, la mayoría de ellos se ha demostrado incapaz de procesar, sino en mejorar los mecanismos de responsabilidad de quienes les informan. Si, pese a todas las cautelas ya presentes, se demostrara que se producen vicios de voluntad de forma sistemática, deberíamos achacarlo, sobre todo, a que la función de quienes están encargados de evitarlos está mal diseñada o no la ejercen como deben. En nuestro país, este el caso, fundamentalmente, de la intervención notarial. En ese supuesto, procedería por tanto o bien clarificar y reforzar su responsabilidad dentro del actual régimen de intervención obligatoria; o bien disponer un régimen de intervención voluntaria de modo que, al menos, permitiéramos que el mercado se encargase de ejercer dicha responsabilidad y desarrollar fórmulas alternativas de salvaguardia.

Por último, el legislador debe asumir su propia responsabilidad, reduciendo barreras ineficientes que él mismo ha impuesto a la libre contratación en el mercado. Un caso paradigmático es el analizado anteriormente, relativo al tratamiento fiscal de la dación en pago. No es admisible que los mismos parlamentos regionales que han debatido imponer retroactivamente y a cuenta de los acreedores la dación obligatoria, poniendo en peligro el Estado de Derecho y la solvencia del país, discriminen fiscalmente la dación voluntaria, impidiendo así que deudores y acreedores puedan resolver por sí mismos y eficientemente las situaciones de insolvencia.

9. REFERENCIAS

- AGARWAL, Sumit, Gene AMROMIN, Itzhak BEN-DAVID, Souphala CHOMSISENGPHET, y Douglas D. EVANOFF, 2011: «The Role of Securitization in Mortgage Renegotiation», en *Federal Reserve Board of Chicago Working Paper*, 2011-02, 13 de enero (<http://ssrn.com/abstract=1739915>, visitada el 14 de abril de 2011).
- AHE, Asociación Hipotecaria Española, 2011: *Actividad crediticia hipotecaria de mayo de 2011*, Madrid, mayo (<http://www.ahe.es>, visitada el 17 de julio de 2011).
- BANKINTER, 2011a: *Bankinter lanza la primera hipoteca con garantía exclusiva de la vivienda*, 12 de julio de 2011 (<http://tinyurl.com/6l7gymw>, visitada el 12 de julio de 2011).
- 2011b: *Folleto informativo de la «Hipoteca Sin Más»*, Madrid, 12 de julio de 2011 (<http://tinyurl.com/6g2xjge>, visitada el 12 de julio de 2011).
- CAMPBELL, John Y., Stefano GIGLIO, y Parag PATHAK, 2011: «Forced Sales and House Prices», en *American Economic Review*, 101, págs. 2108-31.
- CELENTANI, Marco, y Fernando GÓMEZ POMAR, 2011: «Créditos hipotecarios y asignación del riesgo (I): La belleza del impago», en *Nada es gratis*, 2 de marzo (<http://www.fedeablogs.net/economia/?p=9817>, visitada el 2 de abril de 2011).
- COMISIÓN EUROPEA, 2011: *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial*, Bruselas, 31 de marzo, COM(2011) 142 final.

- CONSELL DE COL·LEGIS D'ADVOCATS DE CATALUNYA, 2011: *Propuestas de enmienda, que presenta el Consell de Col·legis d'Advocats de Catalunya, de modificación de los artículos 440, 579, 592, 647, 670 y 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con la inclusión de una nueva Disposición Adicional sexta, para mejorar la ejecución hipotecaria, a fin de que sean incorporados en el Proyecto de ley de medidas de agilización procesal remitido por el Gobierno a las Cortes Generales*, Barcelona, 7 de marzo.
- DUKEMINIER, Jesse, y James E. KRIER, 1998: *Property*, 4.^a ed., Aspen Law and Business, Nueva York.
- EUROPEAN MORTGAGE FEDERATION, 2010: *Study on the Cost of Housing in Europe*, Bruselas, mayo.
- FELDSTEIN, Martin, 2008: «How to Help People Whose Home Values Are Underwater», en *Wall Street Journal*, 18 de noviembre, A21 (<http://online.wsj.com/article/SB122697004441035727.html>, visitada el 14 de abril de 2011).
- FERNÁNDEZ VILLAVERDE, Jesús, 2011: «No cambiemos la legislación hipotecaria sin pensarlo bien», en *Nada es gratis*, 2 de enero (<http://www.fedeablogs.net/economia/?p=8643>, visitada el 14 de abril de 2011).
- FITCH RATINGS, 2011: *New Spanish Law Weakens Recourse To Low Income Borrowers*, 18 de julio (http://www.fitchratings.es/adjuntos/605_splaweakens18072011.pdf, visitada el 4 de agosto de 2011).
- GARCÍA MONTALVO, 2011: «Devolver el piso y saldar la hipoteca», en *El País*, 2 de enero.
- GHENT, Andra C., 2011: «Securitization and Mortgage Renegotiation: Evidence from the Great Depression», en *Review of Financial Studies*, 24, págs. 1814-47.
- GHENT, Andra C., y Marianna KUDLYAK, 2011: «Recourse and Residential Mortgage Default: Evidence from U.S. States», en *Review of Financial Studies*, 24, 3139-86.
- GUISSO, Luigi, Paola SAPIENZA, y Luigi ZINGALES, 2009: «Moral and Social Constraints to Strategic Default on Mortgages», en *European University Institute Economics Working Papers* ECO2009/27 (<http://www.nber.org/tmp/94972-w15145.pdf>, visitada el 14 de abril de 2011).
- HARDING, John P., Eric ROSENBLATT, y Vincent W. YAO, 2009: «The Contagion Effect of Foreclosed Properties», en *Journal of Urban Economics*, 66, págs. 164-78.
- HARRIS, Ron, 2010: *Recourse and Non-Recourse Mortgages: Foreclosure, Bankruptcy, Policy*, 10 de abril (<http://ssrn.com/abstract=1591524>, visitada el 14 de abril de 2011).
- KHANDANI, Amir E., Andrew W. LO, y Robert C. MERTON, 2009: «Systemic Risk and the Refinancing Ratchet Effect», en *MIT Sloan Research Paper* 4750-09, 15 de septiembre (<http://ssrn.com/abstract=1472892>, visitada el 14 de abril de 2011).
- KOROBKIN, Russell, 1998, «The Status Quo Bias and Contract Default Rules», en *Cornell Law Review*, 83, págs. 608-87.
- 2003: «Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability», en *The University of Chicago Law Review*, 70, págs. 1203-95.
- LA CAIXA, 2011: *Hipoteca rompesuelo* (http://portal.lacaixa.es/préstamoshipotecas/hipotecarompesuelo_es.html, visitada el 3 de mayo de 2011).
- LAFRAYA, Conchi, 2012: «El decreto de desahucios invalida la dación en pago si el crédito está avalado», en *La Vanguardia*, 12 de marzo.

- MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P., 2011: «La AP de Navarra se decanta por la moralidad antes que por la legalidad en la ejecución de hipotecas», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 815, 24 de febrero, pág. 5.
- MIAN, Atif R., y Amir SUFI, 2010: «House Prices, Home Equity-Based Borrowing, and the U.S. Household Leverage Crisis», en *National Bureau of Economic Research Working Papers* 15283, abril (<http://ssrn.com/abstract=1397607>, visitada el 14 de abril de 2011).
- OLIVER WYMAN, 2011: *El futuro del sector hipotecario en España: El camino hacia el crecimiento sostenible*, Oliver Wyman y Asociación Hipotecaria Española, Madrid.
- ONG, SEOW ENG, POH HAR NEO, y YONG TU, 2008: «Foreclosure Sales: The Effects of Price Expectations, Volatility and Equity Losses», en *Journal of Real Estate Finance and Economics*, 36, págs. 265-87.
- OXFORD ECONOMICS, 2009: «Why Are US Home Foreclosures So High?», en *Economic Outlook*, 33, págs. 28-35.
- PALMER, Andrew, 2011: «Bricks and Slaughter», en *The Economist*, 5 de marzo.
- PAVLOV, Andrey D., y Susan M. WACHTER, 2006: «The Inevitability of Market-Wide Underpricing of Mortgage Default Risk», en *Real Estate Economics*, 34, págs. 479-96.
- REAL DECRETO LEGISLATIVO 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 59, 9 de marzo de 2004, págs. 10284-342.
- REAL DECRETO 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 148, 22 de junio de 1995, págs. 18762-86.
- REAL DECRETO-LEY 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 60, 10 de marzo de 2012, págs. 22492-501.
- REAL DECRETO-LEY 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa, *Boletín Oficial del Estado*, num. 161, 7 de julio de 2011, págs. 71548-86.
- ROMANI, Michela, 2011: «El cliente prefiere hipotecas baratas a la dación en pago», en *Expansión*, 3 de octubre.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan, 2011: *Ejecución hipotecaria*, 22 de febrero (<http://tinyurl.com/5sapfkb>, visitada el 14 de abril de 2011).
- SCHUETZ, Jenny, Vicki BEEN, e Ingrid GOULD ELLEN, 2008: «Neighborhood Effects of Concentrated Mortgage Foreclosures», en *Journal of Housing Economics*, 17, págs. 306-19.
- SEMPRÚN, África, 2011: «Los bancos buscan alternativas al desahucio para contener la escalada de la morosidad», en *El Economista*, 12 de diciembre.
- SHILLER, Robert J., 2008: *The Subprime Solution*, Princeton University Press, Princeton, NJ.
- SKILTON, Robert H., 1943: «Developments in Mortgage Law and Practice», en *Temple University Law Quarterly*, 17, págs. 315-84.
- US TREASURY, 2011: *Reforming America's Housing Finance Market: A Report to Congress*, Washington DC, 11 de febrero (<http://tinyurl.com/5rueu2c>, visitada el 20 de febrero de 2011).

RESUMEN

DEUDORES HIPOTECARIOS
RESPONSABILIDAD

Con la crisis económica han abundado en España las propuestas para limitar por ley la responsabilidad de los deudores hipotecarios. Estas páginas examinan si tales propuestas son o no razonables desde un punto de vista económico. Concluyen que, para los préstamos hipotecarios ya firmados, sería injusto y temerario, por atacar contra el Estado de Derecho y hacerlo en un momento en el que aumentaría las dudas que suscitan la solvencia de nuestras finanzas públicas y la solidez de nuestras instituciones. Asimismo, para los préstamos futuros, sería un grave error; pues en España, como en casi todo el mundo desarrollado, acreedores y deudores prefieren contratar sin limitación de responsabilidad, por lo que debemos entender que les resulta beneficioso, sobre todo por existir considerable competencia entre acreedores. Además, de este ejercicio de su libertad contractual no se derivan daños a terceros que pudieran justificar una prohibición. Todo lo contrario, la limitación de responsabilidad sí generaría cuantiosos daños sistémicos, como pone de relieve la evidencia de los once Estados de los Estados Unidos, cuyo régimen puede caracterizarse propiamente como de responsabilidad limitada (recourse mortgages).

ABSTRACT

MORTGAGE BORROWERS
LIABILITY

With the current economic crisis, proposals for legally limiting mortgage borrowers' liability have abounded in Spain. These pages examine whether such proposals are reasonable or unreasonable from an economic standpoint. The conclusion is that it would be unfair and reckless with respect to the mortgage loans that have already been signed, rashly attacking the rule of law at a time when such an attack would fan doubts about the solvency of our public finances and the strength of our institutions. It would also be a serious mistake for future loans: In Spain, as in nearly the entire developed world, lenders and borrowers prefer to contract mortgage loans «with recourse», that is, without any limitation on liability, so one must conclude that this is beneficial to them, especially when there is considerable competition among lenders. In addition, this exercise of freedom of contract does not cause any damage to third-parties which might justify its prohibition. On the contrary, limiting liability would produce serious systemic damage, as shown by the evidence of the US's eleven recourse states.

(Trabajo recibido el 10-2-2012 y aceptado para su publicación el 27 de marzo de 2012)

La esencial revocabilidad de la dispensa de colación hereditaria

por

CARLOS LASARTE ÁLVAREZ

*Catedrático y Director del Departamento de Derecho Civil
Universidad Nacional de Educación a Distancia-Madrid (*)
Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación
Consejero de la RCDI*

*A la memoria, sentida y querida, del gran amigo y colega
José PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, precozmente fallecido
en plena madurez, y a su esposa e hija, con el mejor de los afectos*

SUMARIO

I. ANTECEDENTES:

1. INTRODUCCIÓN.
2. LAS DONACIONES A FAVOR DE LOS HIJOS Y HEREDEROS.
3. LA DISPENSA DE LA COLACIÓN.
4. EL OTORGAMIENTO DEL TESTAMENTO ABIERTO POR DON MIGUEL DE TRUJILLO LASSO Y LA REVOCACIÓN DE LA DISPENSA DE COLACIÓN.
5. LOS ASPECTOS POLÉMICOS DE LA HERENCIA CAUSADA.

(*) Cualesquiera observaciones, comentarios, propuestas, sugerencias o críticas pueden dirigirse directamente al autor mediante correo electrónico a las siguientes direcciones: clarsarte@estudiogranvia.es y clarsarte@der.uned.es, preferiblemente de manera simultánea.

Las citas de personas, bienes, lugares, notarios intervinientes y entidad firmante del informe de contrario son naturalmente ficticias, manteniéndose sin embargo los datos fácticos de interés para la cabal comprensión del litigio y del dictamen emitido por el autor, que para el aparato jurisprudencial y bibliográfico, así como para la redacción y formulación final de la opinión emitida, ha contado con la inestimable colaboración de doña África GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Profesora Asociada del Departamento de Derecho Civil de la UNED.

II. DICTAMEN:

1. NATURALEZA Y ALCANCE DE LA COLACIÓN:
 - 1.1. *Introducción: los sistemas de colación.*
 - 1.2. *La colación en el Código Civil.*
 - 1.3. *El fundamento y la dispensa de la colación:*
 - 1.3.1. El carácter dispositivo de la colación.
 - 1.3.2. Referencia a las tesis sobre el fundamento de la colación.
2. LA REVOCACIÓN DE LA DISPENSA DE COLACIÓN:
 - 2.1. *La STS 1149/2000, de 13 de diciembre.*
 - 2.2. *La presunta doctrina civilista mayoritaria defensora de la irrevocabilidad de la dispensa de colación.*
 - 2.3. *La pretendida invalidez de la revocación de la dispensa de colación por haberse respetado las legítimas.*
3. LA PRÁCTICA Y LOS EFECTOS DE LA COLACIÓN:
 - 3.1. *Imputación contable y valoración de las liberalidades colacionables.*
 - 3.2. *Efectos de la colación en general.*
 - 3.3. *Exceso de adjudicación e insuficiencia de caudal hereditario.*
 - 3.4. *La compensación según el entendimiento del Informe de YWEST.*
 - 3.5. *La imputación contable, el exceso de adjudicación y la correspondiente compensación en metálico.*

III. CONCLUSIONES.

I. ANTECEDENTES

1. INTRODUCCIÓN

Aproximadamente, a finales del pasado mes de enero de 2011, el señor don Antonio de Trujillo Cabeza de Vaca, abogado en ejercicio en la ciudad de Cáceres, en nombre propio y, como mandatario verbal, en el de sus cinco hermanos: doña Carmen, don Ciro, doña María de la Concepción, don Miguel y don Carlos, todos ellos de doble vínculo, ha tenido la gentileza de dirigirse al firmante solicitándole un informe o dictamen en relación con diversas cuestiones relativas a la sucesión hereditaria de su padre, el señor don Miguel de Trujillo Lasso, casado bajo el régimen legal de gananciales con su señora madre, doña María de la Concepción Cabeza de Vaca Casado.

Teniendo en cuenta algunos de los documentos que van a ser considerados como anejos o parte integrante de este dictamen, interesa destacar que los referidos hermanos doña Carmen, don Ciro, doña María de la Concepción, don Antonio, don Miguel y don Carlos de Trujillo Cabeza de Vaca son conocidos, familiar y amicalmente, como Mamen, Neno, Concha, Toño, Miky y Suso, respectivamente.

Atendiendo con sumo gusto la solicitud del prestigioso abogado don Antonio de Trujillo, así como a la circunstancia de que se nos ha reiterado que este informe debe ser preciso y conciso, sin superar en ningún caso las pautas consuetudinariamente aceptadas, ni incidir en cuestiones que son pacíficas para todos los señores consultantes, al igual que para su hermano don Edmundo de Trujillo Cabeza de Vaca, pasamos a considerar las distintas cuestiones de medular interés en esta primera parte expositiva.

2. LAS DONACIONES A FAVOR DE LOS HIJOS Y HEREDEROS

Los esposos anteriormente reseñados, el señor de Trujillo Lasso y la señora Cabeza de Vaca Casado, casados bajo el régimen legal de gananciales como se ha dicho, titulares de un importante patrimonio inmobiliario y llevados sin duda de la mejor intención en relación con su futura herencia, según la pretensión característica de cualesquiera progenitores que, salvo excepciones —normalmente fundadas en circunstancias relacionadas con desgracias, enfermedades o dependencia de sus deudos y familiares—, procuran igualar las situaciones patrimoniales de sus descendientes, decidieron en la segunda mitad de la década de los ochenta del pasado siglo proceder a la donación de determinados bienes inmuebles a todos sus hijos, haciendo lo que vulgarmente se conoce como «reparto en vida», entre otras razones para evitar, suponemos, los gravámenes y cargas de naturaleza fiscal inherente a las transmisiones sucesorias. Dicha finalidad, ciertamente, se ha conseguido en el caso que nos ocupa, aunque es obvio que los debates sucesorios y hereditarios entre los herederos no han podido ser o no han sido evitados o erradicados, de manera total, como pone de manifiesto la petición de este informe.

Así, a modo de ejemplo, nos ha sido entregada fotocopia de la escritura de donación de un inmueble otorgada el día 2 de junio de 1987 por ambos señores a favor su hijo don Edmundo de Trujillo Cabeza de Vaca, autorizada por el entonces notario de Navalmoral de la Mata, don Antonio Rafols Pena, bajo el número de protocolo 663 (ANEXO 1) (1), con expresa indicación por parte de nuestros consultantes de que, ante el mismo notario fueron otorgadas las correspondientes escrituras, de donación de otros bienes inmuebles, a favor de los restantes hermanos, bien en titularidad exclusiva o en situación de cotitularidad o comunidad por cuotas con otro de los hermanos de Trujillo Cabeza de Vaca.

El resultado global de tales desplazamientos patrimoniales, posiblemente recomendados por algún asesor fiscal en el entorno temporal correspondiente a los años ochenta del pasado siglo, es el ahora descrito y relacionado, con gran

(1) Por obvias razones de prudencia, ni este primer anexo, ni ningún otro de los que seguidamente se relacionan o refieren, será objeto de reproducción en esta publicación.

precisión y detalle, en el primero de los apartados de un breve documento de seis folios, sin numerar por cierto, intitulado «LIQUIDACIÓN DE DONACIONES, COLACIÓN Y HERENCIA», que nos ha sido suministrado como documento anejo a un correo electrónico y que, según las informaciones de que disponemos, cuenta con la anuencia de la mayor parte de los hermanos de Trujillo Cabeza de Vaca (ANEXO 2), quienes por unanimidad, una vez fallecido su padre don Miguel de Trujillo Lasso y siguiendo la admonición establecida por él (q.e.p.d.) en el penúltimo párrafo de la cláusula quinta de su testamento, han convenido designar como Peritos a don Pedro González y a INFISA para llevar a efecto la valoración actualizada de los bienes inmuebles a los que venimos haciendo referencia.

Sin lugar a dudas, la redacción de dicha «Liquidación de donaciones, colación y herencia» ha sido llevada a cabo, pese a no estar numeradas sus páginas, con extraordinario cuidado y atención y con un profundo conocimiento de la situación familiar y del elenco de los bienes inmuebles existentes, así como del estado de conservación, reparaciones necesarias y condiciones generales de uso de cada uno de tales bienes, con intervención de alguno de los nietos de los señores De Trujillo-Cabeza de Vaca, pues en las anotaciones de detalle la señora doña María de la Concepción Cabeza de Vaca Casado es, sencillamente, *la abuela* una y otra vez.

La estimación media de tales valoraciones, referidas tanto al patrimonio inmobiliario (por importe total de 6.968.479,15 €) cuanto los paquetes accionariales de los bancos SANTANDER y BBVA (que, en conjunto, ascienden a 462.268,24 €) constituye la masa hereditaria o el activo hereditario a considerar como imputación contable, incluyendo el denominado *relictum* (en nuestro caso, las acciones) y el *donatum* recibido en vida de sus padres, precisamente a través de donación (valga la redundancia), por los siete hermanos De Trujillo Cabeza de Vaca, a efectos de cuantificar o imputar lo atribuido a cada uno de los legitimarios/herederos, sea por uno o por otro concepto.

3. LA DISPENSA DE LA COLACIÓN

Una de las características principales de la serie de donaciones, a que hemos hecho referencia con anterioridad, radicaba en que los esposos De Trujillo-Cabeza de Vaca, en condición de donantes, dejaban dicho de manera clara y paladina en el punto tercero del otorgamiento que «La anterior donación no será colacionable en la herencia de los señores donantes».

Esto es, todos y cada uno de los donatarios eran y son hijos de los donantes y, por tanto, herederos forzosos (en terminología del Código Civil) o legitimarios (según la calificación técnica preferida hoy por la mayoría de la doctrina) por el mero hecho de la filiación. Pero, además, todos ellos han sido instituidos

por su padre como herederos voluntarios y universales por iguales partes, pues verdaderamente no existe problema alguno de fondo relacionado con las cuotas o imputaciones legitimarias.

Así pues, también en tal condición, como herederos voluntarios, por séptimas iguales partes, llegado el momento de heredar a sus progenitores, no tendrían que imputar, ni siquiera conceptualmente, el valor de los bienes recibidos en vida de los causantes «por donación u otro título lucrativo» considerado «al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios» (*ex arts. 1035 y 1045 CC; el último de ellos redactado por la Ley 11/1981*).

En definitiva, para cerrar este aspecto, los señores De Trujillo-Cabeza de Vaca, de manera indiscutible, formalizaron en las escrituras de donación reseñadas una dispensa de colación de las donaciones efectuadas, conforme a su propia valoración y el entender y querer de ese momento, actuando también (además de como donante, juntamente con su esposa) el propio «Don Miguel de Trujillo Lasso, como mandatario verbal de su nombrado hijo...» para aceptar la donación, tanto en el caso de la donación a don Edmundo como respecto de las realizadas, de manera simultánea y ante el mismo notario, según se nos ha informado, a favor de doña Carmen, don Ciro, doña M.^a de la Concepción, don Antonio, don Miguel y don Carlos de Trujillo Cabeza de Vaca.

Posteriormente, según se nos ha informado verbalmente (pues en la documentación utilizada solo existe una copia de la escritura de ratificación de don Edmundo), tal actuación fue ratificada por todos y cada uno de los siete hijos en relación con las donaciones correspondientes a cada uno de ellos, compareciendo por separado ante el notario de Cáceres, don Ignacio Pardo Pérez, a finales del mes de julio de 1987 y otorgando lo siguiente:

«Que ratifica en todas sus partes la escritura de donación, de fecha 2 de junio de 1987, autorizada..., en la que fue representado verbalmente por su padre don Miguel de Trujillo Lasso, aceptando la donación».

Obsérvese que se ratifica la correspondiente donación, cuyo objeto no se explicita, ni concreta, no se identifica registral o catastralmente, pese a tratarse de donaciones de bienes inmuebles. ¿Por qué?

A nuestro juicio, la pretensión de evitación de pago de impuestos, entonces o en el futuro (donaciones, transmisiones o sucesiones), era evidentemente uno de los presupuestos de la operación transmisiva diseñada. Interna o familiarmente, *inter partes*, dado que ninguno de los hermanos De Trujillo Cabeza de Vaca conoció qué le había donado su padre no hubo modificación alguna en el funcionamiento del patrimonio familiar. La titularidad posesoria, la consecución de las rentas, intereses y alquileres del conjunto de los bienes inmuebles donados siguió siendo atribuida, gestionada y administrada por don Miguel de Trujillo

Lasso, como gestor del patrimonio familiar y *bonus paterfamilias* que, lleno de títulos y de éxitos en la vida, supo además procurar el incremento continuo de bienes y derechos con un destino fácil de adivinar: sus descendientes.

Frente a terceros y, sobre todo, frente a la Hacienda Pública, la existencia de sendas escrituras notariales en las que estaban «expresados individualmente los bienes donados», como requiere el artículo 633.1 del Código Civil, y constaba además la aceptación, como mandatario verbal, hecha por el propio donante; asegurando también el escrupuloso cumplimiento de los requisitos del segundo apartado del mismo artículo, los instrumentos públicos convertían el desplazamiento dominical en absolutamente inexpugnable. La posterior ratificación por parte de los donatarios en otra Notaría cerraba finalmente el círculo de la operación. Por tanto, cumpliendo todas las donaciones de inmuebles los requisitos establecidos en el artículo 633.1.º del Código Civil, es evidente que el desplazamiento patrimonial a favor de los donatarios tuvo lugar de manera inmediata una vez otorgada la escritura pública (*traditio simbolica ex art. 1.462.2.º CC*), aunque no es que no hubiera un traspaso posesorio, sino que los donatarios no sabían ni siquiera cuáles eran los bienes inmuebles que le habían sido atribuidos por sus progenitores donantes, de los cuales, por fortuna, todavía vive doña María de la Concepción Cabeza de Vaca Casado.

Sea quien fuere el cerebro que instrumentalmente diseñó la operación, sin duda influiría también el carácter, la decisión y la formación personal y profesional de don Miguel de Trujillo Lasso (Doctor en Medicina y Cirugía, con menos de veintisiete años; impulsor y durante largo tiempo Director de uno de los mayores hospitales públicos de España; Cirujano cardiovascular de reconocida fama, incluso allende nuestras fronteras; Promotor inmobiliario, Profesor Asociado y Visitante en diversas Facultades de Medicina, nacionales y extranjeras; prolífico escritor...) en la operación de llevar a cabo un «reparto en vida», con la anuencia evidentemente de su esposa (quien, recordémoslo, fue también donante). Y probablemente lo hizo en un magnífico momento: a comienzos del verano de 1987, don Miguel tenía ya setenta años (dado que nació el 20 de julio de 1916) y, como probo progenitor y hombre experimentado, junto con su esposa, decidieron «distribuir los bienes entre nuestros hijos» en un momento en el que la *auctoritas* paterna estaba intacta, existía un importante patrimonio inmobiliario a repartir... cuyas frutos, rentas e intereses seguirían siendo atribuidos a los progenitores, al menos, mientras vivieran ambos y no se abriera la sucesión hereditaria de ninguno de ellos... Un buen diseño distributivo, magistralmente ejecutado.

Así pues, conviene dejar sentado que al producirse el óbito de don Miguel de Trujillo Lasso (el 9 de enero de 2010), dando lugar a la correspondiente apertura de la sucesión *mortis causa* (art. 657 CC), los bienes inmuebles que podemos calificar genéricamente como *familiares* no formaban parte del caudal hereditario de don Miguel, sino que se encontraban ya bajo la titularidad in-

dividual o compartida de sus hijos, conforme a lo siguiente según el Anexo 2, cuyas identificaciones familiares mantenemos:

- Presidente Guadalupe Victoria: Rafael.
- Corredor: Mamen y Pepa (por partes iguales).
- Casa y anejos de Navalmoral de la Mata: Miguel, 67 por 100, y Suso, 33 por 100.
- Plazas de garaje en Navalmoral de la Mata: Suso.
- Casa en Plasencia, calle Real: Toño y Neno a partes iguales.
- Solar en Malpartida de Cáceres: Toño y Neno a partes iguales.
- Piso en Plasencia, calle San Bruno: Suso.

4. EL OTORGAMIENTO DEL TESTAMENTO ABIERTO POR DON MIGUEL DE TRUJILLO LASSO Y LA REVOCACIÓN DE LA DISPENSA DE COLACIÓN

Cuatro años antes de fallecer, el día veintitrés de febrero de 2005, don Miguel de Trujillo Lasso otorgó testamento abierto ante el Notario don Federico Linares Castrillón.

Establece en dicho testamento un usufructo universal y vitalicio a favor de su esposa, como es frecuente en los territorios de Derecho Común (cláusula 1.^ª); ordena varios legados en la cláusula segunda; instituye respecto del usufructo una *cautela sociniana* para garantizar la anuencia de los legitimarios (cláusula 4.^ª); y en la quinta cláusula modifica y altera su anterior voluntad de dispensar de la colación del valor de los bienes donados, dieciocho años antes, a sus siete hijos.

Insistamos: no pretende el testador con ello modificación alguna ni replanteamiento de fondo en relación con las donaciones realizadas conjuntamente con su esposa, sino que, sencillamente, donde antes había dicho que los donatarios estaban dispensados de colacionar, ahora don Miguel de Trujillo Lasso afirma y otorga ante Notario lo contrario: que todos sus hijos deben colacionar el valor de los bienes donados.

Por distintas razones, interesa destacar el tenor literal de dicha cláusula y va a ser transcrito, íntegramente, su contenido, respetando incluso las pautas tipográficas del documento notarial (aunque en nuestro informe no llegará a ocupar los dos folios, como ocurre en el testamento, y se nos permitirá resaltar en cursiva los términos, epítetos o adjetivos, y giros lingüísticos en los que el testamento, a nuestro entender, pretende resaltar el objetivo radicalmente igualitario del señor don Miguel de Trujillo Lasso, por ser de gran interés y trascendencia para las cuestiones centrales que plantea este dictamen:

«QUINTA.—Revocación de la Dispensa de COLACIÓN.

Manifiesta el Testador que en escrituras otorgadas en Navalmoral de la Mata, con fecha 2 de junio de 1987, ante su entonces Notario,

Don Antonio Rafols Pena (*sic*, en vez de Peña, que es el apellido materno de dicho Notario), y bajo los números 292 a 296 de Protocolo, el Testador y su esposa doña María de la Concepción Cabeza de Vaca Casado, donaron a sus siete hijos diversas fincas sitas en Cáceres, Navalmoral y otras poblaciones cacereñas, dispensando a los donatarios de la obligación de colacionar lo donado en sus respectivas herencias. Dado que *la dispensa de colación acarrearía desigualdades entre sus hijos*, el Testador, *para mantener el principio de la absoluta IGUALDAD entre sus siete hijos y herederos, a quienes quiere por igual y sin preferencia alguna*, REVOCA, ANULA y deja sin efecto la dispensa de Colación ordenada en las Escrituras de Donación antes expresadas, siendo voluntad del mismo que sus hijos COLACIONEN, no los mismos bienes donados en sus respectivas herencias, sino que conforme al artículo 1.045 del Código Civil, el valor que tengan dichos bienes al tiempo del avalúo hereditario.

Esta colación la establece el donante *a los solos efectos de las valoraciones* y para *corregir posibles desigualdades entre sus hijos*, y conseguir de esta manera *la más absoluta igualdad entre ellos*.

Para ello, ocurridos los fallecimientos del testador y de su esposa, y para ser justos, sus hijos deberán confiar la valoración de los bienes donados e inventariados a dos Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, uno de Cáceres y otro de Navalmoral, debiendo tener en cuenta su situación, la antigüedad, estado de conservación, las rentas que produzcan, antigüedad (*sic*) y posible mejora de los contratos de inquilinato, etc. En el caso de que hayan (*sic*) *desigualdades entre las valoraciones de los bienes*, sus hijos compensarán las diferencias entre ellos en la forma que tengan por conveniente, pudiendo utilizar para estas compensaciones los Valores y Fondos disponibles.

Si existiere algún sobrante, una vez *igualados sus hijos*, se distribuirá *por partes iguales*».

Si se presta atención a la cláusula transcrita y se analiza con objetividad, actuando *pro veritate*, *es incontestable el designio igualitario de don Miguel*: en los cuatro apartados de la cláusula (incluso en el segundo y en el último, que son los más breves; el cuarto solo tiene dos líneas) existen diversas manifestaciones palmarias de la pretensión igualitaria del testador y de su perfecta consciencia de la necesidad de revocar la dispensa de colación efectuada veinte años antes (mal contados, ciertamente) para evitar enojosas e irritantes desigualdades entre sus siete hijos, «a quienes quiere por igual».

En concreto, a nuestro juicio, existen al menos ocho pasajes en los que se pone de manifiesto, por activa o por pasiva, que don Miguel de Trujillo pretende

conseguir la «absoluta igualdad» entre el *donatum* y el *relictum* atribuido a cada uno de sus siete hijos y legitimarios.

5. LOS ASPECTOS POLÉMICOS DE LA HERENCIA CAUSADA

Fallecido don Miguel de Trujillo Lasso y llevadas a término las valoraciones actualizadas de los bienes inmuebles donados en los años ochenta, tal y como permite identificar fácilmente el primero de los cuadros del Anexo 2, la desigualdad más acusada viene provocada fundamentalmente por el hecho de que el único bien inmueble donado individualmente a uno de los hijos legitimarios, don Edmundo, es de añadidura el edificio que, atendiendo a los criterios racionales de valoración y recogidos por el testador en su propio testamento, ha obtenido una mayor revalorización en el cuarto de siglo transcurrido desde la fecha de las donaciones hasta la liquidación de la herencia de don Miguel. Así lo reconoce, de forma terminante, el propio informe de la firma multinacional YWEST que, a instancias de don Edmundo de Trujillo Cabeza de Vaca, se entrega el 22 de diciembre de 2010, en el último párrafo de la página 2: «...en la actualidad el inmueble que recibió don Rafael ha sufrido un aumento de valor muy superior al del resto de inmuebles recibidos por sus hermanos» (entendemos que dicho Informe debe constituir el ANEXO 3 del presente Dictamen).

Por ello, no es de extrañar que en la página tres del Anexo 2, en la primera columna, el valor del bien donado en su día a don Edmundo de Trujillo Cabeza de Vaca (2.158.642,86 €) supere ampliamente el doble de lo recibido por sus hermanos Mamen, Neno, Mari Pepa, Toño y Miky (quienes habrían recibido entre 887.897,63 € y 765.247,41 €) y el triple del valor de lo donado a Suso (590.220,72 €). Es más realizadas las valoraciones de los bienes recibidos por donación, la suma total de los seis hermanos de don Edmundo no llega a ser ni siquiera el doble de lo recibido por este (2.158.642,86 €, frente a 3.613.354,13 €).

La consecuencia final, sin duda sorpresiva para el propio don Edmundo de Trujillo Cabeza de Vaca, cuya actuación consultante es perfectamente comprensible, es que su exceso de adjudicación se determina en 1.058.448,46 €.

Tal hecho, indiciariamente conocido, es precisamente lo que, suponemos, le lleva a solicitar el referido informe a la multinacional YWEST Abogados, S. L., oficina central de Madrid (suscrito por don Máximo Salazón González y ratificado por doña Gemma de Manuel Corzo, como «Directora Departamento Legal YWEST»), que hemos recibido también mediante correo electrónico y respecto del cual haremos más adelante algunos comentarios críticos.

Ahora nos interesa fundamentalmente centrar los puntos fundamentales del debate o controversia existente entre don Edmundo y los restantes hermanos De Trujillo Cabeza de Vaca y fijar la racional intelección de la disputa o porfía existente entre ellos sobre algunos aspectos, aunque la verdad es que todos los

herederos se muestran absolutamente prestos y dispuestos a respetar la voluntad de su padre, reconociéndole una innegable y merecida *auctoritas*, así como agradecimiento imperecedero por su ecuánime conducta.

II. DICTAMEN

1. NATURALEZA Y ALCANCE DE LA COLACIÓN

En relación con el debate subyacente, y dado que el firmante es Catedrático de Derecho Civil desde hace más de treinta años y que es autor de un reconocido manual, completo, en siete tomos sobre la materia, parece lógico tomar como punto de partida sus propias afirmaciones en el tomo del *Derecho de Sucesiones* sobre la colación hereditaria, tema sin duda complejo, pero que desde luego no debe permitir conclusiones erróneas por ello.

Así pues, vamos a reproducir seguidamente las tres primeras páginas dedicadas a la colación en nuestro manual, permitiéndonos únicamente disminuir el tipo de letra y resaltar en negrita aquellos aspectos de particular trascendencia en relación con el caso que nos ocupa (C. LASARTE, *Derecho de Sucesiones*, Marcial Pons, 6.^a ed., 2010, págs. 360-362; hay posterior 7.^a ed., 2011):

«LA COLACIÓN

1.1. *Introducción: Los sistemas de colación*

Presupuesta la atribución de cuotas hereditarias en caso de pluralidad de herederos o sucesores por parte del Derecho positivo (bien sea a través del mecanismo de las legítimas, bien sea en el caso de que proceda la sucesión abintestato), ha constituido siempre una preocupación sobresaliente del legislador, de cualquier época, procurar el establecimiento de criterios de corrección de posibles desviaciones del sistema que encuentren su causa en las atribuciones patrimoniales que el *de cuius* (2) hubiera realizado, *inter vivos* y a título lucrativo, en favor de cualquiera de los herederos.

Habiendo recibido alguno de los herederos, con anterioridad a la apertura de la sucesión, transferencias patrimoniales que supusieron una notoria disminución del patrimonio (pasado) del causante, la mayor parte de las legislaciones consideran injusto o inicuo dejar de tomar en consideración dicho dato, que,

(2) Término técnico, procedente —como es obvio— del Derecho romano que literalmente equivale a *de quien...* de quién se abre la herencia y que tradicionalmente se ha seguido utilizando para no hablar del finado, muerto o fallecido.

evidentemente, supone (o puede suponer) un perjuicio patrimonial para los restantes herederos que no fueron beneficiados en vida del causante.

En evitación de semejante resultado, desde el Derecho romano, los distintos sistemas normativos sucesorios han recurrido a la regla de que los herederos beneficiados en vida del causante debían colacionar (agregar o adicionar) a la masa hereditaria ora los bienes propiamente dichos, ora el valor de los bienes que hubieren recibido del causante *inter vivos* y a título lucrativo.

Colacionar, pues, en términos sucesorios equivale a integrar o incluir en la masa hereditaria las atribuciones patrimoniales que el causante hubiera realizado en favor de cualquiera de los herederos (por ejemplo, al primero de los hijos, al casarse, le regaló un piso o un cortijo; a los tres restantes, en cambio, solo pudo regalarle los muebles, por haber empeorado económicamente) y, naturalmente, puede llevarse a cabo mediante dos sistemas claramente distintos:

1. La colación mediante la aportación *in natura* (3).
2. La colación mediante deducción o imputación contable.

1.2. *La colación en el Código Civil*

En nuestro Código, sin duda, subyace exclusivamente el sistema de imputación contable (4), pese a que los términos textuales del primero de los preceptos dedicados a la colación establezca que “el heredero forzoso que concurra, con otros [...] deberá traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido...” (art. 1.035). Sin embargo, verdaderamente, los bienes no hay que aportarlos a la masa hereditaria, pues el artículo 1045.1 es terminante al expresar que “no han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas, sino su valor al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios”.

Así pues, la imprecisa expresión reseñada del artículo 1035 solo puede explicarse atendiendo al carácter definitorio de semejante precepto, que pretende

(3) Expresión que significa que la colación debe llevarse a cabo aportando al caudal hereditario los mismos bienes que fueron objeto de donación o transmisión lucrativa.

(4) Como expresa la STS 1.ª 129/2006, de 23 de febrero: «...lo colacionable, según el párrafo primero del artículo 1045 del Código Civil, no son las mismas cosas donadas, sino su valor (SSTS de 17-3-89 y 4-12-2003)...». O *ad valorem*, como el día antes señalaba la STS 1.ª 124/2006, de 22 de febrero (Ponente: señor GARCÍA VARELA) en el antepenúltimo apartado de su Fundamento tercero: «...el artículo 1045 establece como (dato de) importancia constatable de la colación el sistema *ad valorem*, es decir, que no han de traerse a colación las mismas cosas donadas, sino su valoración al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios, lo cual es absolutamente lógico, ya que al tratarse de una prestación de valor, en principio, había que tener en cuenta el importe de la donación cuando se hizo, pero debidamente actualizado, por mor, esencialmente, al fenómeno económico de la inflación y el de la devaluación monetaria, y en este sentido se ha inclinado la doctrina científica moderna y la doctrina jurisprudencial (SSTS de 9 de julio de 1982, 17 de marzo de 1987 y 22 de noviembre de 1991)...».

recoger en pocas líneas el sentido y el alcance de la colación, por lo que no es extraño que incurra en imprecisiones (sin que en este supuesto pueda afirmarse, de forma inconcusa, al menos, que existe una verdadera antinomia entre ambos preceptos) (5).

El artículo 1045, en su redacción originaria y en su redacción actual, es claro y no permite divagación alguna al respecto, por lo que el propio Tribunal Supremo ha tenido ocasión de establecer que “mantienen unánimemente la doctrina y la jurisprudencia que la colación consiste en una aportación contable o por imputación” y que, aunque hayan de producirse compensaciones entre los diversos herederos, estas se realizarán contablemente o mediante compensaciones en metálico, “pero de ninguna manera mediante la aportación de bienes *in natura*” (cfr. STS de 17 de marzo de 1989).

1.3. *El fundamento y la dispensa de la colación*

Pese a la amplia raigambre histórica de la colación, con independencia del sesgo concreto que cada ordenamiento adopte como punto de partida, la doctrina ha debatido profundamente acerca del fundamento de la institución, sobre todo por el fundamental dato de que, con carácter general, la colación no constituye una operación que se imponga de manera imperativa al causante o al testador.

1.3.1. El carácter dispositivo de la colación

En efecto, en la generalidad de los Códigos, el deber de colacionar depende ante todo de la propia voluntad del donante/causante. Así lo expresa el

(5) Y, sin duda, también por el peso de la Historia relativa a las diversas formas de colación que, por recurrir a prosa ajena, explicaba insuperablemente hace ochenta años el maestro CLEMENTE DE DIEGO: «En Derecho romano, luego de concedida la posesión de bienes al interesado en la *bonorum possessio*, tenía este que prestar caución, por prenda o fianza; después bastó que prestara la caución dentro del año de haberle deferido la posesión. Más tarde se entendió cumplida la obligación cuando el interesado entregaba desde luego los bienes colacionables para dividirlos con sus herederos y, finalmente, se admitió que bastaba con someterse a recibir de menos en la herencia el importe de los bienes sujetos a colación. Resulta, en definitiva, que había tres formas de colación: la material de aportación, llevando a la herencia los mismos bienes colacionables; la de imputación o deducción. Sometiéndose a recibir de menos lo que tales bienes importasen, y la promisoria caucional afianzando que se colacionarían cuando el obligado no tiene en su poder los bienes o exista duda acerca de la colación. El heredero podía elegir entre los dos primeros; el tercero, único en principio, vino a ser supletorio cuando la colación nueva sustituyó a la del antiguo derecho». Así, en *Instituciones de Derecho Civil Español, III, Derecho de Sucesiones*, edición revisada por A. DE COSSÍO Y GULLÓN, Madrid, 1959, pág. 422. La edición original de la obra es de finales de los años treinta, pero raramente está a disposición de una biblioteca particular, como ocurre en el caso del firmante.

artículo 1036 de nuestro Código, conforme al cual “la colación no tendrá lugar entre los herederos forzosos si el donante así lo hubiese dispuesto expresamente o si el donatario repudiare la herencia, salvo el caso de que la donación deba reducirse por inoficiosa”.

Centrándonos ahora en el primer inciso del artículo transcrito, es evidente que el juego de la colación solo se dará en el supuesto de que el donante/causante haya dejado operar las normas establecidas por el Código, que innegablemente tienen carácter dispositivo (6).

Por tanto, quien haya realizado la liberalidad en cuestión podrá también excluir la colación del correspondiente valor tanto en el momento de celebrar la donación o acto lucrativo como en cualquier otro momento posterior (7), sea en testamento o sea mediante cualquier otro acto que se instrumente en un documento cualquiera que reúna las solemnidades testamentarias. Bastará, pues, con indicar, por ejemplo, que, “además de cuanto haya recibido en vida” (o expresiones similares), se instituye heredero a Antonio en la cuarta parte, pues evidentemente la exigencia de disponerlo expresamente del artículo 1036 no implica la necesidad de utilizar el término colación o la expresión de que debe tener lugar la dispensa de la colación.

Sin embargo, esta última expresión técnica es la utilizada sistemáticamente por doctrina y jurisprudencia: salvo disposición en contra del donante/causante, existe deber de colacionar lo recibido *inter vivos* y a título gratuito. En caso contrario, se afirma comúnmente que el deber de colacionar ha sido objeto de dispensa.

(6) La STS 1.ª 779/2009, de 10 de diciembre (Ponente: señora ROCA TRÍAS) afirma textualmente, al final del Fundamento 4.º: «...a diferencia de lo que ocurre con las normas sobre imputación legitimaria, que son imperativas con la finalidad de proteger al legitimario, las normas sobre colación son voluntarias, participando de la naturaleza de la institución de heredero, de modo que si el testador puede hacer la institución de la forma que considere más conveniente, también resulta voluntaria la fijación de normas sobre colación o no de los bienes donados...».

(7) La STS 1.ª 1062/2007, de 18 de octubre (Ponente: señor GARCÍA VARELA), hace suya la doctrina de la STS de 17 de marzo de 1989: «...la cuestión litigiosa que aquí se debate no viene referida al ejercicio de acciones en protección de las legítimas, sino a otro problema e institución distinta, cual es la obligación que en ciertos casos tienen los herederos de colacionar los bienes que hubieren recibido anticipadamente de su causante. La reducción de las obligaciones realizadas a título gratuito responde a la finalidad de salvaguardar el principio de intangibilidad de las legítimas, que garantiza el artículo 813 del Código Civil, y la colación tiene como finalidad procurar entre los herederos legitimarios la igualdad o proporcionalidad en sus percepciones, por presumirse que el causante no quiso la desigualdad de trato, de manera que la donación otorgada a uno de ellos se considera como anticipo de su futura cuota hereditaria (...). Así pues, moviéndonos específicamente dentro de la colación, ya hemos visto que el artículo 1035 del Código Civil se refiere a que el heredero, para que tenga la obligación de colacionar, ha de haber recibido bienes o valores en vida del causante por dote, donación, u otro título gratuito» (STS de 17 de marzo de 1989).

La dispensa de la colación, en cuanto acto *mortis causa*, tiene en todo caso carácter esencialmente revocable, pudiendo el causante invalidar sus efectos en cualquier momento, renaciendo así el deber de colacionar.

1.3.2. Referencia a las tesis sobre el fundamento de la colación

Tradicionalmente y de forma prácticamente unánime, la doctrina civilista había venido encontrando el fundamento de la colación en la voluntad presunta del causante o, quizá mejor dicho, en la generalización legislativa de la voluntad presunta de la mayor parte de los posibles causantes, dado que en la generalidad de los casos quienes pueden disponer de sus bienes lo hacen sobre premisas de igualdad entre sus herederos o descendientes.

Sin embargo, algunos autores italianos de la primera mitad del siglo XX han considerado preferible insistir en este último aspecto de igualdad entre los descendientes, deduciendo de él que, en definitiva, la mayor parte de las donaciones han de considerarse como anticipos de la herencia. En consecuencia, de aceptarse tal planteamiento, cabría afirmar que lo entregado en vida del causante puede considerarse como una entrega a cuenta de lo que probablemente habría de recibir por herencia.

Aunque a veces semejantes tesis se plantean como posiciones antagónicas, en realidad, exposiciones monográficas y en detalle aparte, resulta sumamente difícil deslindar con nitidez la prevalencia general de uno cualquiera de tales aspectos, sumamente interrelacionados.

Generalmente, el causante desea mantener un criterio de igualdad cuantitativa entre sus herederos, por lo que cabe entender que, salvo expresión en contra, cuanto recibieran *inter vivos* representa un anticipo de la atribución hereditaria. Sin embargo, técnicamente hablando, no existe presunción *iuris tantum* en favor de la colación, ni desde luego presupone necesariamente la colación la exacta igualdad de cuotas hereditarias entre los herederos, pues cabe su aplicación incluso en supuestos en los que los herederos hayan sido instituidos en cuotas desiguales.

Además, si puede dudarse que el fundamento de la decisión legislativa de instaurar un sistema de reequilibrio patrimonial entre los coherederos llegado el momento de la distribución del caudal relicto se encuentre en la voluntad presunta del causante-tipo (valga la forma de describirlo), probablemente podría objetarse lo mismo en cuanto a la consideración causal del anticipo de la herencia, pues la mayor parte de los ciudadanos (afortunada o desafortunadamente), sean considerados causantes o como herederos, desconocen la colación y solo les puede venir a la mente cuando, llegado el momento de heredar, consideran genéricamente injusto recibir menos de lo que esperaban o que otros coherederos, ya beneficiados en vida del causante, reciban lo mismo que ellos.

Pero, como razonar en tal sentido especulativo puede arrojar mayores inconvenientes que ventajas en esta exposición y, de otra parte, el sistema de colación es por sí mismo lo suficientemente complejo como para distraer la atención del lector, consideramos preferible abandonar semejante hilo argumental (sobre la conveniencia, justicia, ecuanimidad o fundamento de la colación en términos generales) y centrarnos en la exposición del sistema normativo».

Expuesta nuestra propia opinión técnica o, si se prefiere, autoral o doctrinal sobre el tema, publicada y mantenida en las diferentes ediciones del «Derecho de Sucesiones» desde su aparición en la década de los noventa del pasado siglo, vamos a abordar ya los aspectos concretos de la controversia existente entre los hermanos De Trujillo Cabeza de Vaca adelantando que, al igual que es comprensible la actuación de requerimiento de asesoramiento de don Edmundo al apercibirse de que el exceso de adjudicación a su favor podía significar la necesidad de compensación en metálico (del que, casi siempre, todos estamos algo desabastecidos, aunque gocemos de patrimonio suficiente o de buenas expectativas de futuro), es sumamente criticable que un informe pretendidamente técnico se pliegue cerradamente a la propia opinión (o sugerición) del consultante y acabe por cometer errores de bulto, de tal naturaleza y calado que induzcan al mandante a encastillarse en posiciones que, de seguro, acabarán o acabarían por ser vencidas en juicio, por apartarse de las *reglas canónicas* en la materia, las asumidas por la generalidad de la doctrina y jurisprudencia.

En efecto, es cierto que en Derecho casi todo es discutible, pero no hasta el extremo de suscribir *ocurrencias* carentes de fundamento alguno y de apoyo razonable, capaces de incurrir en hipotética responsabilidad por daños.

2. LA REVOCACIÓN DE LA DISPENSA DE COLACIÓN

El informe YWEST, tras una brevísima exposición de los hechos, se abre de capa en la página 3 y en el primer párrafo de la página 4, concluyendo que «siempre y cuando se hayan respetado las legítimas de los hermanos De Trujillo, desde un punto de vista legal, no es válida la revocación de la dispensa de colación realizada por el difunto don Miguel».

La aseveración, además de sorprendente, carece radicalmente de fundamento, además de contradecir la opinión sustancialmente unánime de que la dispensa de colación, siendo cuestión inherente a actos *mortis causa*, tiene carácter esencialmente revocable y que, en todo momento, el causante puede invalidar o dejar sin efecto, sin necesidad de causalización alguna, sino *ad nutum*.

Pero, claro, para los firmantes del Informe YWEST, apoyándose en la STS 1149/2000, resulta que «la doctrina civilista mayoritaria califica como irrevocable la dispensa de colación cuando tal dispensa ha sido plasmada, no de

forma accesoria o en un momento posterior, sino en el propio instrumento de donación», para rematar que «la dispensa de colación no puede ser revocada por la sola voluntad del donante desde el momento en que forma parte del mismo contrato de donación».

El problema es que lo que aseveran los informantes de YWEST y la doctrina sentada por la STS 1149/2000 (que aportamos íntegra como ANEXO 4), de un lado, y, de otro, la conclusión imputada a la doctrina civilista mayoritaria, nada tienen que ver con la conclusión a la que llegan los letrados de YWEST.

Así esperamos demostrarlo seguidamente.

2.1. *La STS 1149/2000, de 13 de diciembre*

Comencemos por la sentencia referida, de fecha 13 de diciembre de 2000, de la que fue Ponente el señor Sierra Gil de la Cuesta. En el caso, se debate, lisa y llanamente, si una finca es colacionable o no, concluyendo el TS que primaba la negativa, pero deduciéndose claramente de los autos y de la STS que el carácter de irrevocable, así como la naturaleza de acto *inter vivos*, inherente a toda donación, se aplica a la donación realizada, pero nada más que eso. De otro lado, el donante establece una dispensa de colación que, naturalmente, conforme a las circunstancias del caso, resulta válida y determina que el valor de la finca en liza no haya de ser integrado en el caudal hereditario del donante.

Reproduzcamos el fundamento de derecho primero de la STS indicada para que el lector pueda percibirse de lo dicho:

«PRIMERO.—El primer motivo del actual recurso de casación lo formula la parte recurrente con base al artículo 1692-4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; puesto que en la sentencia recurrida, sigue afirmando dicha parte, se ha infringido por no aplicación el artículo 1218 del Código Civil.

Este motivo debe ser estimado con todas sus consecuencias.

Efectivamente, la segunda copia de la escritura notarial, de 16 de octubre de 1970, que a su vez tiene fecha de 13 de octubre de 1994, y que obra en autos de primera instancia a los folios 175 a 178, es un documento público en el que se reconoce que D. A. de M. R. otorga donación pura y simple, *inter vivos* e irrevocable y no colacionable, de la finca descrita en la parte expositiva de esta escritura; apareciendo como tal la finca objeto de la presente “litis” y como donatario la parte recurrente, D. J. de M. L.

Por ello nos encontramos ante un documento público cuya proyección hermenéutica tiene como característica la de ser eficaz y vinculante para los contratantes que intervienen en los mismos y sus

causahabientes, en cuanto a las declaraciones que hubieren hecho aquellos en dicho instrumento.

Es cierto que la prueba documental no es superior a otras y su veracidad intrínseca puede ser desvirtuada por otra prueba en contrario (por todas la sentencia de 2 de abril de 1990, que recoge otras similares); pero es que en el presente caso en la sentencia recurrida no se ha contradicho la escritura pública notarial en cuestión; sobre todo cuando dicho documento no ha sido impugnado y ni combatido por otras pruebas, con lo que queda incólume la presunción de eficacia de naturaleza *iuris tantum* que se establece en el artículo 1218 del Código Civil.

En conclusión, que hay que proclamar que la finca objeto de la presente contienda ha de estimarse como no colacionable al caudal relicto especificado».

¿Tiene que ver algo el caso enjuiciado con el supuesto que nos ocupa?
¿Tiene algún sentido traer a colación una sentencia dictada para una cuestión litigiosa distinta a la planteada en relación con la herencia de don Miguel de Trujillo Lasso?

Evidentemente, nada.

En relación con la dispensa de colación, acto *mortis causa* por naturaleza, con validez solo para después de la muerte por ende, don Miguel de Trujillo Lasso no decidió revocar su donación (que él también consideró irrevocable, como las restantes, relativas a los demás hijos), sino que la decisión del testador fue revocar la dispensa de colación, decisión y acto plenamente legítimo para don Miguel (y si se permite, buscando el mayor énfasis, para cualquier tirio o troyano) respecto de cualquiera de sus actos dispositivos y lucrativos hasta el mismo momento de su óbito: *ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*, conforme al conocido adagio de ULPIANO (8).

En efecto, como es sobradamente conocido, mientras viva, el testador podrá otorgar cuantos testamentos desee o disponer cualesquiera disposiciones testamentarias que tenga por conveniente, pues la regla, obvia, de la posposición de la eficacia del testamento al fallecimiento del causante, hace que el testador pueda revocar *ad nutum* cualesquiera disposiciones *mortis causa* anteriores y, además, cuantas veces quiera, pues como afirma el artículo 737 del Código Civil, «todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas» y por ello «se tendrán por no puestas las cláusulas derogatorias de las disposi-

(8) Cuya mejor traducción, a nuestro juicio, podría ser la siguiente: «la voluntad del difunto es mudable o revocable hasta su último suspiro».

ciones futuras, y aquellas en que ordene el testador que no valga la revocación del testamento si no la hiciera con ciertas palabras o señales».

Esto es, la voluntad del testador o del causante, en relación con los actos y mandatos *mortis causa* no es libre, sino libérrima y *ad nutum*, de manera tal que, existiendo, constituye la *ley suprema de cualquier sucesión hereditaria*. Así ha sido desde Ulpiano hasta nuestros días y en todos los códigos y en la interpretación constante de la jurisprudencia. Así, por ejemplo, con cita de sentencias recientes, declara el fundamento de derecho primero de la STS 1.^a 325/2010, de 31 de mayo (Ponente: señor O'CALLAGHAN), en relación con la interpretación del testamento, lo siguiente:

«La finalidad de la interpretación del testamento es la averiguación de la voluntad real del testador (así, sentencias de 24 de mayo de 2002, 21 de enero de 2003, 19 de diciembre de 2006). Lo importante y esencial, en el presente caso, es conocer el momento en que se debe saber cuál es esta voluntad real. Y este momento es aquel en que declaró su voluntad, otorgando el testamento. Este es revocable hasta el momento mismo de la muerte: *ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*, pero la revocación es precisa para conocer la voluntad real al tiempo de otorgarlo. El testamento se perfecciona en el momento de su otorgamiento, mediante la emisión de la declaración de voluntad no recepticia. Es un negocio jurídico unilateral y no recepticio, por lo que su interpretación debe referirse al tiempo de su otorgamiento y no al tiempo de su muerte: así lo ha mantenido reiterada jurisprudencia, como las sentencias de 29 de diciembre de 1997, 23 de enero de 2001 y 19 de diciembre de 2006».

Obsérvese que siendo el testamento un acto jurídico unilateral y no recepticio, es imposible admitir que una regla sobre colación, dada su naturaleza *mortis causa* de manera esencial, sea compatible con las dos ideas (¿u ocurrencias?) plasmadas en la página tercera del Informe YWEST:

- 1.^a) La apología del *ius variandi* que, según YWEST, exigiría aplicar al testamento, como categoría, «la regla prohibitiva del *ius variandi* contenida en el artículo 1256 del Código Civil...», es decir, las normas generales sobre contratos (así el párrafo cuarto). Sencillamente es una conclusión estrambótica que a varios de los profesores, con quien se formó el firmante, le hubieran provocado una rabia feroz (don Francisco Elías DE TEJADA o don Francisco PELSMAEKER) o un ataque de risa delirante (don Alfonso DE COSSÍO) y posiblemente la expulsión inmediata del aula de quien hubiera hecho una afirmación semejante.

- 2.^a) La expresada en el tercer párrafo de la página 3 del Informe YWEST: que «en la perfección del contrato de donación interviene no solo el donante sino también el donatario con su aceptación de manera tal, que el pacto sobre la colación habría pasado así a tener una naturaleza bilateral».

Dicho aserto no solo es radicalmente erróneo y contrario a nuestro sistema normativo confundiendo, una vez más, el régimen jurídico de la donación con el propio de la colación, que nada tienen que ver, sino que yerra incluso en la ubicación de la única coma que contiene, demostrando así el descuido de los firmantes o informantes, quienes no han procurado siquiera revisar los signos de puntuación en un apartado de tres o cuatro líneas.

2.2. La presunta doctrina civilista mayoritaria defensora de la irrevocabilidad de la dispensa de colación

Recordemos que, páginas atrás, para erradicar cualquier validez y/o fundamento a la afirmación de los firmantes del Informe YWEST de que «la doctrina civilista mayoritaria califica como irrevocable la dispensa de colación cuando tal dispensa ha sido plasmada, no de forma accesoria o en un momento posterior, sino en el propio instrumento de donación», concluyendo además que «la dispensa de colación no puede ser revocada por la sola voluntad del donante desde el momento en que forma parte del mismo contrato de donación» habíamos prometido realizar un repaso doctrinal sobre tales cuestiones.

Aunque a las alturas de vida académica en que se encuentra el firmante, no es demasiado proclive a la erudición, se comprenderá que hayamos hecho un repaso de las aportaciones doctrinales más señeras de carácter institucional (pues un dictamen no debe descender al detalle y óptica puntillosa de las publicaciones monográficas, salvo que así lo reclamen los consultantes) que pudieran haber inspirado afirmaciones tan tajantes, y tan desafortunadas, como las contenidas en el Informe de YWEST, agravadas además por el hecho de que no aportan cita alguna que avale sus afirmaciones, ni de doctrina, ni de jurisprudencia.

Realizada la calicata al respecto, si no erramos, solo existe la posibilidad de que los firmantes del citado Informe se hayan inspirado, si es que han consultado algún tratado, en alguna cautelosa y poco decidida afirmación de los profesores L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN, quienes en relación con el tema suscriben el siguiente pasaje, textualmente transcrito: «La doctrina ha discutido la revocabilidad de la dispensa de la colación. Ninguna duda suscita la revocación de la dispensa hecha en testamento. Es revocable como el testamento mismo. El problema lo plantea la dispensa hecha en el acto de donación».

Y seguidamente, desgranando afirmaciones diversas, una de cal y otra de arena: «Como la dispensa es un mecanismo de regulación del fenómeno sucesorio, se puede entender que el donante conserva plena libertad para regular su sucesión de la manera que estime conveniente y que, por tanto, puede revocar libremente a *posteriori* aquella dispensa. Pero se puede argüir que la dispensa formó parte del negocio lucrativo y que este fue aceptado por el donatario como un conjunto global, por lo cual la revocación de la dispensa significa una sustancial alteración de la base de aquel negocio. Se acepta la donación porque subsistía la expectativa del beneficio hereditario (se recibirá más). De esta suerte, si se admite la revocación de la dispensa parece que habrá que admitir la renuncia por el donatario a la donación.

Es indudable, en cambio (concluyen los autores citados), que la dispensa de colación puede revocarse revocando la donación enteramente, cuando sean aplicables las causas de revocación de donaciones» (9).

Previsiblemente, por razones cronológicas, el debate doctrinal al que se refieren DÍEZ-PICAZO y GULLÓN es el identificado, hacia mediados del siglo XX, por la profundidad de los análisis teóricos e histórico-jurídicos de don Juan VALLET DE GOYTISOLO, partiendo de una observación previa de MANRESA sobre el vehículo formal en el que debía instrumentarse la dispensa.

Así, decía MANRESA, al realizar una recapitulación sobre el tema: «la dispensa de la colación puede hacerse en el mismo acto de la donación o en el testamento. En ambos casos, es opinión de los autores que el causante puede cambiar su voluntad hasta su muerte, exigiendo después la colación de que dispensó... Si la dispensa expresa se hizo constar en la donación, y un testamento posterior contiene institución de herederos por iguales partes, ¿se entenderá aquella dispensa revocada y, podrá, por tanto, exigirse la colación? LOSANA entiende que sí: la institución por igual envuelve cambio de voluntad. Opinamos en contra: ¿por qué no ha de referirse el testador a los bienes de su herencia, excluyendo los anteriormente donados con expresa dispensa? Pase que pueda revocarse esta dispensa; pero al menos preciso es que conste con toda claridad que tal fue la intención del testador» (10).

Esto es, MANRESA no está en contra de que pueda revocarse la dispensa, sino de que pretenda deducirse semejante revocación de la mera institución de herederos por partes iguales. No es desde luego nuestro caso, en el que la voluntad revocatoria de la dispensa es decidida, expresada y formulada con rigor y precisión, de manera indudable en el testamento de don Miguel de Trujillo Lasso, antes considerado.

(9) L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, 7.^a ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1997, págs. 587-588.

(10) J. M.^a MANRESA y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil Español*, tomo VII, 7.^a ed. revisada por F. BONET y RAMÓN, Reus, Madrid, 1987, pág. 633.

Siguiendo la idea de la posible dispensa de colación establecida en capítulos o capitulaciones matrimoniales, afirmaba por su parte el profesor (y Presidente del TS) (11), don Felipe CLEMENTE DE DIEGO: «La dispensa [de colación] puede ser total o parcial y concederse en el acto mismo de la donación o en acto posterior, menos si lo hubiese sido en capitulaciones matrimoniales; una vez celebrado el matrimonio ya no pueden modificarse; en cambio, en testamento posterior, sí puede hacerlo...» el causante (12).

El día 12 de septiembre de 1945 sucede a CLEMENTE DE DIEGO en la Presidencia del Tribunal Supremo el Catedrático de la Universidad de Valencia, don José CASTÁN TOBEÑAS (quien, entre otros muchos méritos, ostenta el récord de duración en dicho cargo durante el siglo XX, pues se mantiene en él hasta el 11 de enero de 1968, poco antes de fallecer), autor del conocido *Derecho Civil Español, Común y Foral*, obra de extraordinario mérito compilador, así como de información de Derecho Comparado y de medida en los planteamientos, que durante décadas ha constituido el pilar básico de conocimientos para muchos, muchísimos estudiantes y opositores durante el siglo XX. Pues bien, en nuestra cuestión, siguiendo también la línea de MANRESA, afirma CASTÁN que «la llamada dispensa de colación, concedida por el donante, ha de ser expresa, pero puede ser total, parcial y otorgada en el acto mismo de la donación o en acto posterior (salvo si lo hubiese sido en capitulaciones matrimoniales, que, una vez celebrado el matrimonio ya no pueden [*rectius*, podían] modificarse). Fuera de este último caso, la doctrina dominante entiende que el causante puede, hasta su muerte, revocar la dispensa concedida» (13).

En 1955 ven la luz los *Apuntes de Derecho Sucesorio*, debidos a la pluma de don Juan VALLET DE GOYTISOLO, obra desde luego humilde en su intitulación y más que pulcra, ambiciosa y profunda en su contenido (14), uno de los máximos referentes españoles en Derecho de Sucesiones (y no solo por esta obra). Tras reproducir el párrafo que antes hemos transcrito de MANRESA, afirma VALLET:

«El criterio de la doctrina anterior al Código Civil fue que la donación que al ser perfeccionada se otorgaba como exenta de colación no podía ser

(11) Del 27 de julio de 1938 al 15 de julio de 1945.

(12) Así, en F. CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil Español*, III, *Derecho de Sucesiones*, edición revisada por A. DE COSSÍO y GULLÓN, Madrid, 1959, pág. 422. La edición original de la obra es de los años treinta, como ya hemos dicho.

(13) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo sexto, vol. 1.º, 10.ª ed. revisada por GONZÁLEZ PORRAS, Reus, Madrid, 2010, págs. 383-384, que citamos por razones de comodidad personal, aunque la obra ya se encontraba absolutamente consolidada en la década de los cuarenta: vid., por ejemplo, la 5.ª edición del tomo 4 (que comprendía entonces materias de familia y de sucesiones, 1942, donde la colación era considerada en las págs. 218 y sigs.).

(14) Juan VALLET DE GOYTISOLO, *Apuntes de Derecho Sucesorio*, INJ, Madrid, 1955, 624 págs.

ulteriormente privada de ese carácter», citando en particular los *Comentarios a las Leyes de Toro* de Antonio GÓMEZ.

Nosotros, en este caso, nos inclinamos por la opinión de MANRESA. Salvo en el supuesto, subrayado por CLEMENTE DE DIEGO, de que el carácter no colacionable de la donación se hubiera dispuesto en capitulaciones matrimoniales, por la fuerza vinculante que esta tiene como sucesión contractual. Fuera de este supuesto excepcional, podrá discutirse —como hemos visto antes, al tratar de la revocación de la mejora— la irrevocabilidad de la dispensa de imputación a la legítima, pero a juicio nuestro no es lógico considerar irrevocable la dispensa de colación dispuesta en el acto de donar, puesto que el causante puede disminuir la cuota de institución del donatario —mientras no le prive de su legítima—, logrando el mismo resultado» (15).

A partir de aquí, como veremos, el argumento de VALLET alcanza un gran éxito doctrinal y su argumentación, más o menos disimuladamente, con cita o sin ella, es aducida, merecidamente, por la mayor parte de la doctrina española.

En la tercera edición de su *Derecho de Sucesiones*, el Maestro ESPÍN CÁNOVAS, con su habitual precisión y detalle, cierra el estudio sobre la dispensa de colación con el siguiente párrafo: «La dispensa puede ser revocada, como liberalidad que ha de mostrar su eficacia *mortis causa*, pero la revocación podrá plantear algunos problemas. Así, la revocación total de un testamento conteniendo la dispensa, por otro testamento posterior, puede plantear la duda sobre la subsistencia de la dispensa de colacionar contenida en el primer testamento, duda que estimamos infundada, pues la revocación total no puede dejar subsistentes más actos que los que encuentren algún apoyo legal expreso, como el reconocimiento de hijo natural» (16), en el que sigue la opinión expresada sobre el particular, anteriormente, en una obra monográfica debida a la pluma del profesor DE LOS MOZOS (17).

En 1971 se produce un hecho importante: se publica la primera edición del primer tomo del tratado intitulado *Derecho de Sucesiones*, de J. L. LACRUZ y F. SANCHO, obra, a no dudarlo, sumamente estimable y, a juicio de muchos, nunca superada (y actualmente compendiada, con dispar fortuna, por algunos de sus discípulos en sus conocidos *Elementos de Derecho Civil*). Creemos que es la primera de las obras contemporáneas que recoge el giro de que, en relación con la dispensa de colación no testamentaria («un ejemplo de negocio *mortis causa* con estructura y eficacia *inter vivos*»), «la doctrina discute si es revocable. VALLET DE GOYTISOLO se inclina por la afirmativa, salvo en el supuesto

(15) *Apuntes*, cit., pág. 575.

(16) D. ESPÍN, *Manual de Derecho Civil Español*, vol. V, 3.ª ed., *Sucesiones*, Madrid, 1970, pág. 164.

(17) J. L. DE LOS MOZOS, *La colación*, Madrid, 1965, pág. 273.

de la donación en capítulos matrimoniales: «no es lógico —dice— considerar irrevocable la dispensa de colación dispuesta en el acto de donar, puesto que el causante puede disminuir la cuota de institución del donatario logrando el mismo resultado». Pero la revocación solo será válida, entonces, en testamento», concluyen LACRUZ y SANCHO (18).

En la misma década, publica PUIG BRUTAU una magna obra (19) en la que se detiene particularmente sobre la cuestión:

«Hay que subrayar que estamos considerando la dispensa de colación esto es, la manifestación del causante de que lo donado no debe aportarse en colación. Pero, además, hay que examinar si esta dispensa, una vez otorgada, puede revocarse y, en su caso, de qué manera.

El criterio general de los autores es que la dispensa, una vez otorgada, puede efectivamente, revocarse. Esto es, que la posibilidad de revocar debe admitirse, pues, en realidad, la prohibición de hacerlo sería ineficaz en la práctica. Como señala VALLET: “no es lógico considerar irrevocable la dispensa de colación dispuesta en el acto de donar, puesto que el causante puede disminuir”.

Por lo demás, la forma de esta revocación sin duda depende de si la dispensa se hizo en la misma donación o en testamento. La hecha en testamento no ofrece dificultad cuando queda revocada en testamento posterior. Pero si se hizo en acto entre vivos ha de tenerse en cuenta que no parece adecuado admitir su revocación implícita en virtud de un testamento posterior, solo por el hecho de que los herederos han sido instituidos por iguales partes. VALLET hace notar que es ciertamente admisible que la dispensa de revocación sea revocable; pero añade que “al menos preciso es que conste con toda claridad que tal fue la intención del testador”.

En 1990, en su plenitud intelectual, publica M. DE LA CÁMARA un libro señero y francamente admirable, pese a que él lo intituló *Compendio*. En él abre la cuestión tratada afirmando de que «se discute si la dispensa de colación es o no revocable», pero en punto y seguido y en el mismo párrafo se pronuncia bien claramente por la negativa: «La duda no se plantea en el caso de dispensa hecha en testamento (posterior a la donación) pues en ese supuesto la revocabilidad es clara. Pero ¿y si la dispensa se hizo al donar? Pienso que debe estimarse también revocable por la misma razón que se estima revocable el carácter de mejora que tiene la donación hecha en ese concepto (cfr. art. 827 del CC) y, por consiguiente, creo que carece de fuerza el argumento en contrario fundado en que la dispensa forma parte de un único acto, de tal modo que es posible que

(18) J. L. LACRUZ BERDEJO y F. SANCHO REBULLIDA, *Derecho de Sucesiones*, I, Librería Bosch, Barcelona, 1971, págs. 288-289.

(19) J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, vol. III, 2.^a ed., Barcelona, Bosch, 1977, pág. 633.

el donatario no hubiera aceptado la donación de saber que tenía que colacionar lo donado...» (20).

En 1992, bajo la coordinación de F. CAPILLA (*et al.*) se publica un nuevo tratado de «Derecho de Sucesiones», en que la lección correspondiente es redactada por el doctor L. PRATS ALBENTOSA, entonces Profesor Titular, quien se pronuncia sobre la cuestión comenzando por recordar las enseñanzas de carácter general de MANRESA (quien en el tomo 7 de sus conocidos *Comentarios* no llega a pronunciarse sobre la cuestión aquí tratada más que de pasada, dada su habitual profundidad y detenimiento, aunque sin duda influyera suficientemente en la materia), para concluir así: «Problema más complejo es que la dispensa, en cuanto formó parte del negocio lucrativo y fue así aceptada por el donatario, pueda ser revocado por testamento, salvo en el caso de revocación de la íntegra donación por las causas generales» (planteamiento muy parecido al realizado por los profesores Díez-Picazo y Gullón) para pronunciarse finalmente a favor de la revocabilidad de la dispensa, con un argumento de gran finura intelectual: «Creemos, no obstante, que la dispensa es revocable puesto que el causante puede disminuir la cuota de institución del donatario, mientras no le prive de su legítima, logrando el mismo resultado» (21), lo cual es absolutamente cierto e indiscutible, pero perteneciente a la propiedad intelectual de don Juan Vallet de Goitisolo, quien, como hemos visto, ya lo había afirmado con anterioridad.

El siguiente año ve la luz el volumen cuarto del Derecho de Sucesiones del profesor Lledó Yagüe, quien inicialmente parece pronunciarse en contra de la revocación, pero seguidamente sugiere que debe ser defendida como un acto legítimo y libre del testador, conforme a los siguientes términos textuales:

«El donante puede revocar libremente la dispensa efectuada, es decir, disponer la colación, siempre que la dispensa se hubiere hecho en testamento dado el carácter esencialmente revocable de este negocio; si la dispensa hubiese sido en el acto de la donación *inter vivos* la cuestión es más dudosa pues parece que la donación forma un todo que como tal fue aceptado por el donatario, por lo que, de permitirse la dispensa, habría que reconocerle, al menos, la posibilidad de renunciar a la donación. En el fondo, si se admite la revocación de la dispensa se está privando a una donación de su carácter de tal, por el que el acto implicaría una revocación de la donación y, de autorizarse libremente, se estaría dando lugar a una revocación de donación por causa no prevista legalmente (22). Sin

(20) M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *Compendio de Derecho Sucesorio*, La Ley, Madrid, 1990, pág. 386.

(21) F. CAPILLA *et al.* (Coord.), *Derecho de Sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, págs. 622-623.

(22) A nuestro juicio, como se deduce del conjunto del Dictamen y, en concreto, del caso sometido a consulta, este razonamiento no es correcto, pues colacionar o imputar de forma contable el valor de lo donado o del bien inmueble donado no supone privar de efecto a la transferencia dominical acaecida en base a la donación efectuada, desde el preciso momento

embargo, desde el momento en el que el causante, si quiere que el donatario no sea favorecido por la donación en la participación de la herencia, puede conseguirlo fácilmente regulando su cuota como heredero (si sobre un haber de 300) podría pensarse que la revocación puede llevarla a cabo libremente el testador. Tal es la opinión, por ejemplo, de VALLET DE GOYTISOLO. Manuel DE LA CÁMARA aduce también el argumento de la analogía con el artículo 827, que permite la revocación de la donación con carácter de mejora» (23).

El profesor COCA PAYERAS, por su parte, bajo la voz colación, afirma en 1995 que los requisitos objetivos de ella son dos, siendo el segundo que «el causante no debe haber dispensado la colación (art. 1036 al principio), pues esta es una materia calificada jurisprudencialmente como de derecho dispositivo del testador (STS 17-3-89). Esa dispensa debe ser expresa, no necesariamente formal, y puede ser revocada posteriormente» (24).

Conforme a las páginas anteriores, realmente el firmante no acierta a comprender como los firmantes del Informe YWEST pueden afirmar que «la doctrina civilista mayoritaria califica como irrevocable la dispensa de colación cuando tal dispensa ha sido plasmada, no de forma accesorio o en un momento posterior, sino en el propio instrumento de donación», pues verdaderamente nuestro elenco o rosario de opiniones ajenas, tanto de predecesores cuanto de profesores más jóvenes que el firmante, aunque desde luego no pretende ni puede ser calificado como exhaustivo, es suficientemente significativo de que, como mucho, queda una sombra de duda en algunos supuestos muy concretos sobre la revocabilidad de la dispensa, aunque en general, mayoritariamente, estimamos los civilistas de los siglos XIX, XX y XXI que, como regla, la dispensa es revocable, sobre todo cuando la revocación de tal dispensa se expresa con la determinación y claridad con que la encontramos en la cláusula quinta del testamento de don Miguel de Trujillo Lasso.

¿Será que una vez más la conclusión de los firmantes del Informe YWEST sobre la irrevocabilidad de la dispensa es, sencillamente, una huera afirmación, motivada por favorecer la posición de su consultante y privada de fundamento normativo, doctrinal o jurisprudencial alguno? Por raro que parezca, todo apunta a que la respuesta debe ser la afirmativa.

en que fue realizada. Desde ese mismo momento puede haber recibido toda suerte de frutos e intereses a su favor y, por tanto, enriquecido o incrementado su patrimonio personal a consecuencia de la titularidad dominical de lo donado lo que, si se admite, contradice radicalmente el razonamiento del profesor LLEDÓ y de quienes defienden la confusión entre la revocación de la dispensa de colación y la revocación de la donación en sí misma considerada.

(23) F. LLEDÓ YAGÜE, *Derecho de Sucesiones*, vol. IV, Universidad de Deusto, 1993, Bilbao, pág. 170.

(24) M. COCA PAYERAS, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, tomo I, Ed. Civitas, Madrid, 1995, pág. 1100.

2.3. *La pretendida invalidez de la revocación de la dispensa de colación por haberse respetado las legítimas*

El apartado 2.2 del Informe YWEST se cierra o concluye con la afirmación de que, a juicio de los firmantes, «siempre y cuando se hayan respetado las legítimas de los hermanos De Trujillo, desde un punto de vista legal, no es válida la revocación de la dispensa de colación realizada por el difunto don Miguel».

El aserto contiene, de nuevo un error de bulto, confundiendo de manera absoluta el sistema de cuotas legitimarias con el caso o supuesto de hecho que habían de analizar, en el que las disposiciones testamentarias establecen, por encima del sistema de legítimas, la designación de todos los hermanos De Trujillo Cabeza de Vaca como herederos universales en la herencia de su padre, por iguales séptimas partes, por lo que evidentemente en absoluto conviene plantear el tema en clave de legítimas (lo que, inútilmente, desarrolla el Informe YWEST en su punto 2.3).

Pero, claro, la cuestión de fondo es que los firmantes del Informe YWEST, al parecer algo legos en Derecho Privado, es que no aportan ni acreditan el mínimo conocimiento de la materia sucesoria, salvo las dos confusísimas referencias al insigne Notario Manuel DE LA CÁMARA y al Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Civil (querido colega y compañero de oposición del firmante) Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ.

Recordaremos de nuevo la enseñanza y admoniciones planteadas en su *De-recho de Sucesiones* por el firmante, en relación con la institución de heredero, para aclarar la cuestión:

«La libertad del testador en relación con la institución de heredero está fuera de duda, aunque inicialmente el artículo 763 parezca plantear la cuestión de otra manera, al referirse a los herederos forzosos o legitimarios.

En efecto, el artículo 763, al disponer en su segundo párrafo que “el que tuviere herederos forzosos solo podrá disponer de sus bienes en la forma y con las limitaciones que se establecen en la sección quinta de este capítulo”, parece sugerir que cuando existan legitimarios debe procederse a la institución de heredero “en una determinada forma”. Sin embargo, la existencia del régimen de legítimas solo supone que el testador ha de respetar la cuota reservada a los legitimarios, no que la forma de la institución debe seguir pautas determinadas por la ley. Que ello es así, de forma indudable, lo ratifica el propio párrafo 1.º del precepto considerado (“El que no tuviere herederos forzosos puede disponer por testamento de todos sus bienes o de parte de ellos en favor de cualquiera persona que tenga capacidad para adquirirlos”).

Así pues, la existencia o inexistencia de legitimarios afecta a la cuantía o cuota de los bienes de que puede disponer el testador, sin determinar en manera alguna cuál ha de ser la institución de heredero que haya de llevar a cabo el causante a través del testamento.

Además, en términos reales, con independencia de tal planteamiento, lo cierto es que en la mayor parte de los casos resultan instituidos herederos en la totalidad de la herencia (y no solo en la cuota parte que corresponde a la legítima) los familiares a quienes la ley otorga la condición de legitimarios. Por tanto, incluso existiendo legitimarios, siempre y cuando respete el testador la correspondiente legítima, puede ejercitar su libérrima voluntad testamentaria en relación con la institución de heredero» (*op. cit.*, pág. 84).

Así ha ocurrido en nuestro caso, en el que el causante, don Miguel de Trujillo Lasso ha instituido testamentariamente a sus siete hijos herederos por iguales partes, con la mera detracción previa de los legados, de relativo valor patrimonial, contemplados en la cláusula segunda.

Pero, siendo conocedor el propio testador del desequilibrio producido por el desigual incremento de valor o revalorización de los bienes inmuebles donados en 1987, les impuso a todos los herederos, la obligación de colacionar el valor de los bienes recibidos, revocando por tanto testamentariamente, en 2005, la dispensa de colación, que unos lustros antes había establecido.

3. LA PRÁCTICA Y LOS EFECTOS DE LA COLACIÓN

Naturalmente, los efectos de la colación dependen, ante todo, del sistema instaurado legalmente y que haya de ser considerado.

En el caso de nuestro Código, como ya sabemos, se sigue exclusivamente el sistema consistente en la imputación de carácter contable, por lo que el donatario/legitimario no habrá de aportar *in natura* al as hereditario los bienes o beneficios que recibiera en vida del causante a título gratuito.

3.1. *Imputación contable y valoración de las liberalidades colacionables*

Por eso, desde la publicación del Código, el tenor literal del primer párrafo del artículo 1045 fue terminante al afirmar que «no han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas o dadas en dote, sino su valor al tiempo de la donación o dote, aunque no se hubiese hecho entonces su justiprecio»; mientras que el segundo párrafo establecía que «el aumento o deterioro posterior a la donación, y aun su pérdida total, casual o culpable, serán a cargo y riesgo o beneficio del donatario».

Imponía, pues, el Código una mera imputación contable, aunque la valoración o el evalúo del valor de los bienes donados exigía retrotraerse al tiempo de la donación, regla sumamente discutible en cuanto las liberalidades colacionables habían de ser valoradas en momentos pretéritos y, muchas veces, muy

alejados de la apertura de la sucesión y, por tanto, del evalúo de los restantes bienes hereditarios.

Dicha regla, contraria al Derecho histórico patrio y a los precedentes de Derecho comparado, fue introducida en el Proyecto de 1851 por GARCÍA GOYENA y se mantuvo en la redacción del Código. Algunos autores (en particular, A. DE COSSÍO Y CORRAL, «Para la exégesis del artículo 1045 del Código Civil», en *RDP*, 1966, pág. 1017 y sigs.) advirtieron del grave desajuste que ello producía y la minusvaloración que implicaba para el sistema de colación que, siendo sumamente complejo, acaso no mereciera ser mantenido si a los bienes colacionables se le aplicaban criterios de valoración inspirados en el principio nominalista.

Sin embargo, pese a la oportunidad de la visión crítica del profesor A. DE COSSÍO, la mayor parte de la doctrina y el Tribunal Supremo mantuvieron la interpretación literal de la norma codificada (cfr. SSTS de 29 de septiembre de 1966 y, antes, de 30 de marzo de 1949), durante algunos lustros hasta que por fortuna, la norma comentada fue objeto de modificación por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, a partir de la cual el primer párrafo del artículo 1045 sigue manteniendo el sistema de imputación contable, pero modifica el momento temporal de evalúo: «No han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas, sino su valor al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios» (cfr. C. LASARTE, *ob. cit.*, págs. 366-367).

Tras la promulgación de dicha Ley, claro está, la crítica al *principio nominalista* se ha generalizado y convertido en «cláusula de estilo», pues ya se sabe que lo políticamente correcto es compartir el triunfo. Así, por ejemplo, la STS 1.^a 954/2005, de 14 de diciembre (Ponente: señor XIOL RÍOS), afirma con rotundidad que: «...reiterada jurisprudencia de esta Sala ha proclamado que la valoración de los bienes sujetos a una operación particional debe referirse al momento de la liquidación, como se infiere de diversos preceptos del Código Civil, entre los que se cuenta el artículo 1074 del Código Civil, que cita la parte demandante como infringido. Entre las más recientes, la STS de 21 de octubre de 2005 declara que “hay que aceptar, como hace ahora el Código Civil en preceptos como los que ha invocado el recurrente (847, 1045.1.º y 1074 CC), una cierta corrección del nominalismo, procediendo, de una parte, a aproximar el momento de valoración al de la liquidación y pago, para expresarlo en unidades monetarias de tal momento; y, por otra parte, estableciendo la regla de pago en la moneda corriente en el momento de la liquidación, esto es, actualizando al valor actual de la moneda en el momento del pago”».

3.2. *Efectos de la colación en general*

Naturalmente, teniendo el sistema de colación una pretensión igualitaria, su efecto fundamental radica en que, si es posible, habrá de deducirse de la adjudicación o hijuela definitiva del legitimario de que se trate la cantidad de numerario en que se valora cuanto hubiere recibido en vida del causante (si, una vez imputada o agregada la colación, fuera el caudal hereditario partible entre cuatro legitimarios que heredan a partes iguales y ascendiera a 80 y uno de ellos hubiera recibido en vida por valor de 9, le corresponderían a este únicamente bienes por valor de 11; mientras que los otros tres recibirían un importe total cada uno de ellos de 23,66).

A tal efecto se refiere el artículo 1.047 afirmando que «el donatario tomará de menos en la masa hereditaria tanto como ya hubiese recibido, percibiendo sus coherederos el equivalente, en cuanto sea posible, en bienes de la misma naturaleza, especie y calidad». Si se observa con atención, el donatario «toma de menos» exactamente lo mismo que se ha integrado en el caudal hereditario, como mera imputación contable correspondiente a lo recibido en vida.

La regla de igualación se impone, por su parte, incluso al establecerse tendencialmente por el legislador que los restantes herederos reciban bienes de la misma naturaleza, especie y calidad.

No obstante, prudentemente, el artículo 1048 afronta la circunstancia de que semejante eventualidad no resulte posible, preceptuando que en tales casos:

- Si los bienes donados fueren inmuebles, los coherederos tendrán derecho a ser igualados en metálico o valores mobiliarios al tipo de cotización; y, no habiendo dinero ni valores cotizables en la herencia, se venderán otros bienes en pública subasta en la cantidad necesaria.
- Cuando los bienes donados fueren muebles, los coherederos solo tendrán derecho a ser igualados en otros muebles de la herencia por el justo precio, a su libre elección.

3.3. *Exceso de adjudicación e insuficiencia de caudal hereditario*

Sin embargo, no contempla expresamente nuestro Código el supuesto de hecho al que, a todas luces, nos enfrentamos: que los bienes hereditarios restantes no sean suficientes para afrontar las desigualdades originadas por actos a título gratuito realizados por el causante o el testador, sobre todo cuando el exceso de valoración o evalúo impida absolutamente la posibilidad de acudir a bienes hereditarios complementarios para igualar a los restantes herederos.

A nuestro entender, en tal caso la aplicación analógica del apartado primero del artículo 1048 supondría que el heredero beneficiado debería compensar al

perjudicado o perjudicados en sus cuotas ideales o en los importes resultantes una vez realizada la colación, en metálico, vendiendo bienes propios o, si así lo deseara, el propio bien recibido en donación, sea en todo o en parte, o a través de cualquier otro procedimiento, pero de forma tal que entregara a sus coherederos metálico suficiente para compensar el desequilibrio existente, conforme a la valoración o evaluación de los bienes al tiempo en que deban ser evaluados, conforme al artículo 1045 del Código Civil.

En esta línea argumental, consideramos de importancia reclamar el apoyo de la STS 1.^a 485/2005, de 20 de junio (Ponente: señor VILLAGÓMEZ RODIL), cuyo fundamento primero expresa bien claramente el rechazo del denominado principio nominalista en materia de prestaciones pecuniarias:

«PRIMERO.—La sentencia recurrida declara colacionables como bienes integrados en la herencia de doña Andrea A. —madre de los litigantes— las cantidades siguientes: *a*) A cargo de su hijo don Juan Francisco O., la donación recibida en metálico por importe de 500.000 ptas.; *b*) A cuenta del hijo don David D., la misma cantidad entregada, es decir, 500.000 ptas., y *c*) A su vez el referido don Juan Francisco O. debería colacionar a la masa hereditaria la cantidad de tres millones de pesetas, correspondientes al precio obtenido por su madre de la venta de la finca-solar de su propiedad y cuya suma donó al referido heredero.

El motivo denuncia infracción del artículo 1045 del Código Civil para sostener que las sumas dinerarias donadas sujetas a colación no han de ser entendidas por las mismas recibidas, y sí conforme al precepto que se aporta como infringido, por el valor representado al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios, criterio que el Tribunal de Apelación solo aplicó a los inmuebles cuya colación decretó.

[...]

El artículo 1045 no contempla el caso concreto de donaciones consistentes en sumas de dinero, por lo que no precisa si la colación ha de efectuarse por el valor nominal, o, por el contrario, atendiendo al valor real, es decir la cantidad recibida pero actualizada.

Resulta determinante el hecho que se presenta notorio que el donatario ha incorporado a su patrimonio una cantidad de dinero cuyo valor al tiempo de la donación no es el mismo que el que pudiera tener al fallecer el causante y sobre todo en el momento de la evaluación de sus bienes, ya que los coherederos resultarían perjudicados si se tuviera en cuenta el valor nominal y no el valor real, lo que no se acomoda a la equidad ni a la voluntad de la testadora que instituyó a sus cinco hijos (litigantes en este pleito), como herederos por partes iguales, como tampoco a la legalidad sucesoria desde el momento que

los artículos 1047 y 1048 del Código Civil contemplan los medios e instrumentos para que los herederos reciban cuotas equivalentes.

Si bien algunos preceptos del Código Civil están presididos por el criterio nominalista —arts. 1170 y 1753—, la respuesta casacional que procede en el supuesto presente es la de atender al valor real, ya que así resulta del cambio legislativo que se operó en el artículo 1045 por la reforma de 1981, que deja la determinación del valor de las donaciones recibidas para el momento en que se evalúen los bienes que integran la herencia del causante-donante, por lo que procede la actualización monetaria del valor efectivo de las sumas donadas, o, en otras palabras, ha de atenderse en el momento de la colación al valor real, que no es otro que las cantidades que igualen el poder adquisitivo que tenían las sumas entregadas cuando se hizo la donación, pues este es el criterio general del artículo 1045, cuya infracción se ha producido y con ello la estimación del motivo».

3.4. *La compensación según el entendimiento del informe de YWEST*

A estas alturas, posiblemente no se asombre el lector de que el entendimiento de la cuestión por parte de los asesores de YWEST sea peculiar.

A juicio de ellos, dado que la revocación de la dispensa de colación carece de validez legal (apdo. 3, pár. 2, en pág. 6), don Edmundo de Trujillo Cabeza de Vaca no tiene obligación alguna de compensar, pero si lo deseara, «podría hacerlo mediante la cantidad que él considere oportuna, y mediante el medio a su elección, no estando obligado en ninguno de sus elementos, ya que se trataría de una donación» !!! (*ibidem*, apdo. 4), para posteriormente desarrollar, en las páginas 7 y 8, que lo más correcto sería que don Edmundo asignara parte del inmueble de Presidente Guadalupe Victoria, en concreto las plantas destinadas a oficinas, atribuyéndose en *pro indiviso* a sus seis hermanos, reservándose don Edmundo la decisión sobre la forma de dividir dicho inmueble, si bien los gastos de la división deberían ser sufragados a partes iguales por todos los coherederos» (pág. 12, en conclusiones).

¡Qué tratado de despropósitos, vive Dios, resume el anterior párrafo y las últimas páginas del Informe YWEST! ¿Cómo puede pretenderse que don Edmundo de Trujillo sea el «señor de horca y cuchillo» de la sucesión hereditaria de su padre? ¿En qué normas se asienta el fundamento de lo pontificado por el informe, cuando resulta que en las cuatro últimas páginas del mismo (de las once y media que contiene) no hay ni siquiera una cita doctrinal o jurisprudencial que avale lo pretendido por los informantes? ¿Creen estos que el Derecho es un ejercicio de adivinación o de creación o recreación literaria?

En las cuatro décadas de experiencia profesional del firmante, una vez culminado el Doctorado en Derecho, nunca ha tenido ocasión de enfrentarse con sarta o retahíla alguna de ocurrencias y despropósitos como los aludidos, sea en trabajos forenses, sea en publicaciones especializadas, sea en sentencias de los diversos tribunales, sea en exámenes universitarios o incluso en puras conversaciones de barra de bar.

3.5. *La imputación contable, el exceso de adjudicación y la correspondiente compensación en metálico*

Aunque no pretendemos convertir nuestro Dictamen en una obra de extensión relevante, hemos de reiterar que el sistema de colación en nuestro Código Civil es un mecanismo de imputación computable, que excluye la eventual aportación *in natura* de los bienes (salvo, como es natural, que los coherederos estén de acuerdo en ello de manera unánime). Por tanto, la desembocadura del Informe YWEST es absolutamente incorrecta y, además, sería (creemos, aunque no seamos especialistas en Derecho Financiero y Tributario) contraproducente incluso desde el punto de vista fiscal.

No; ciertamente no procede la entrega *in natura* de bien alguno, ni mucho menos donación de don Edmundo de Trujillo a sus hermanos, aunque sí está obligado a compensar el exceso de adjudicación que comporta la valoración del bien recibido en donación, pero debe hacerlo en metálico, pues tiene una deuda de cantidad o, mejor de valor, pero al fin una obligación pecuniaria que cumplir, como consecuencia de la operación de avalúo, liquidación y comprobación de la herencia de su padre don Miguel de Trujillo Lasso. El propio Informe YWEST da por buenas las tasaciones efectuadas por don Pedro González e INFISA y las operaciones posteriores de ajuste llevadas a efecto en el Anexo 2.

Vamos a comenzar a fundar nuestra propia opinión en la STS 1.ª, de 17 de marzo de 1989 (Ponente: señor BURGOS Y PÉREZ DE ANDRADE) que enjuicia un caso en el que una viuda de segundas nupcias, celebradas en 1960, pleitea contra las hijas del primer matrimonio de su marido (fallecido en 1975), consiguiendo que el TS casara las sentencias de primera instancia y de apelación (que establecieron la reducción de las donaciones de las que fueron beneficiarias las hijas en 1959) y cuyo carácter colacionable fue impuesto por su padre don Alfonso en testamento otorgado en 1974, condenándolas a pagar a favor de doña Concepción (la viuda) una suma de dinero más los correspondientes intereses, pero sin anular las donaciones realizadas. La íntegra sentencia la aportamos a nuestros consultantes, como Anexo 5, aunque verdaderamente nos interesan, sobre todo, los fundamentos primero y cuarto, que reproducimos seguidamente:

«PRIMERO.—Resulta obligado partir, en el presente caso, de una relación fáctica, no combatida en las instancias, y compuesta de las siguientes premisas: A) don Alfonso, durante la viudedad de su primer matrimonio, dona a sus tres únicas hijas, doña Policarpa, doña Catalina y doña Aurora, con fecha 5 de agosto de 1959, la nuda propiedad, por terceras partes indivisas, de un total de trece fincas, reservándose el usufructo vitalicio de las mismas. B) en el año 1960 contrae segundo matrimonio con doña Concepción, y en 29 de julio de 1968 fallece su hija doña Catalina, procediendo sus descendientes a la participación y adjudicación *in stirpes* de la parte indivisa que su madre tenía en las fincas donadas. C) con fecha 18 de abril de 1974, don Alfonso otorga testamento abierto en el que dispone: la ratificación de la donación efectuada hacía muchos años, de una imagen de la Santísima Virgen de la Esperanza a una Cofradía; el legado a favor de su esposa de la nuda propiedad del tercio de libre disposición; la institución de herederos en favor de sus dos hijas supervivientes y de los descendientes de su otra hija difunta; y haciendo referencia a la donación que efectuó en el año 1959, declara su voluntad de que sea colacionable, y D) el testador fallece con fecha 18 de febrero de 1975.

[...]

CUARTO.—Los motivos tercero y cuarto los dedica la parte recurrente a denunciar, a través de la idónea vía procesal: la infracción del artículo 1045 del Código Civil, en cuanto entiende que el valor dado a los bienes hereditarios no se corresponde con el que tenían al momento de la donación, pues no se ha deducido el importe del usufructo; y a impugnar los apartados 3 y 4 de la sentencia de primera instancia, íntegramente confirmada en apelación, por decretarse en ellos la traída a la partición de las mismas cosas donadas y no de su valor, con las correspondientes incidencias en las inscripciones registrales. La primera causa de impugnación obligadamente debe desestimarse, pues en la sentencia de primer grado se acepta como hecho probado que “el albacea tuvo suficientemente en cuenta la incidencia del derecho de goce que se reservaba el donante, al restar, al valor total de los bienes, un tanto por ciento atribuible al derecho de usufructo”, afirmación que es ratificada en la sentencia recurrida, y al no combatirse ahora por la vía que señala la Ley de Procedimiento, resulta inamovible. Distinto tratamiento merece la segunda impugnación, pues tanto en la redacción que el artículo 1045 tenía antes de la publicación de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, como en la literalidad actual, figura: “que no han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas, sino su valor”, consistiendo

la modificación actual solamente en referir el tiempo del avalúo al momento en que se tasan los bienes hereditarios, en vez de situarlo en la fecha de la donación; manteniendo unánimemente la doctrina y la jurisprudencia, que la colación consiste en una aportación contable o por imputación, mediante la cual se trae a la partición el valor que tenían las cosas, mejorándose, deteriorándose o pereciendo estas cosas para su dueño (art. 1045.2), regla completada en los artículos 1047, 1048 y 1049 del Código Civil, debiendo entenderse que la toma de menos del donatario, o la atribución complementaria, incluso cuando exista parte en lo donado que exceda de la cuota del colacionante, como sucede en el caso que estudiamos, las compensaciones tienen que efectuarse adicionando contablemente valores al activo repartible, y compensando, en su caso, las diferencias en metálico, pero de ninguna forma mediante la aportación de bienes *in natura*, no contemplada en ningún precepto legal. Y puesto que la declaración básica de la confirmada sentencia de primer grado sancionaba: “el carácter colacionable de los bienes donados (...) y la computación de un exceso de 3.338.053,59 ptas., en favor de los demandados, sobre sus respectivas cuotas legitimarias en su conjunto, y en menoscabo de la actora, para completar el haber hereditario que le corresponde percibir”, resulta obligado ser consecuente con tales declaraciones, atribuyendo a la cantidad que corresponde percibir a doña Concepción el carácter de deuda de cantidad, o si se prefiere de deuda de valor; razones que abonan la estimación del cuarto motivo del recurso».

Desde el punto de vista doctrinal, vamos a concluir nuestro análisis, por todos, con una expresiva cita de VALLET DE GOYTISOLO:

«Aceptado que el exceso de lo colacionado tiene que restituirse a los herederos forzosos, debe resolverse en qué forma ha de verificarse dicha compensación. MANRESA estimó que dicho reintegro o devolución a la herencia no debe hacerse en las mismas cosas donadas, sino en su valor o equivalencia. OYUELOS opinó que la restitución debía verificarse *in natura* con los mismos bienes donados, y MORELL, vacilante, dice que la colación del exceso se hará materialmente o entregando en metálico la diferencia a los coherederos. A su juicio, “por lo menos a favor de estos nacerá un crédito contra el donatario hasta el complemento de su porción”.

La solución a este problema ha de hallarse necesariamente en función al sistema de colación de valor, no de bienes, adoptado en el artículo 1045 del Código Civil. Por ello parece que la colación del exceso debe hacerse en metálico.

De igual modo, es decir, en metálico, entendemos que deben ser compensados los coherederos cuando los bienes a colacionar sean muebles y no haya suficientes bienes inmuebles en la herencia para tal compensación...» (25).

Digamos ahora lo mismo, con mayor razón, cuando un cuarto de siglo después, con ocasión de la reforma del artículo 1045 por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, *modificando el Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio*, ha significado un notorio fortalecimiento del sistema de imputación contable atendiendo a la mutación del momento temporal en que deben ser valorados bienes, derechos y demás aspectos hereditarios de naturaleza patrimonial.

A modo de conclusiones, y dejando claro que estas quedan supeditadas a lo desarrollado en el dictamen y no al revés, y teniendo en cuenta el caso sometido a consulta, sus datos de hecho, particularmente el testamento de don Miguel de Trujillo Lasso, y los restantes materiales que hemos ido citando en el cuerpo del trabajo, pueden dejarse establecidas las siguientes

III. CONCLUSIONES (26)

Primera:

Sin lugar a dudas, la regulación propia del Código Civil español se caracteriza por establecer un sistema de imputación contable en materia de colación, tal y como afirma unánimemente la doctrina y ha reiterado la jurisprudencia del Tribunal Supremo [2.2. y 4].

Segunda:

Siendo las normas reguladoras de la colación de carácter dispositivo, disponibles por tanto para los interesados en ella, quien desea beneficiar *inter vivos* a cualquier heredero, normalmente a través de donación, puede dispensarlo libremente de colacionar el valor de los bienes donados en la futura herencia, tal y como dispone el artículo 1036 del Código Civil [2.3.1].

Tercera:

Aunque algunos autores hayan planteado algunas dudas al respecto, la dispensa de colación, en cuanto acto *mortis causa*, tiene en todo caso carácter esencialmente revocable, pudiendo el causante invalidar sus efectos en cualquier momento, renaciendo así el deber de colacionar [2.3.1 y 3.2].

(25) VALLET DE GOYTISOLO, *Apuntes*, cit., págs. 601-602.

(26) Los números entre corchetes remiten, obviamente, a sectores, rúbricas o epígrafes del propio trabajo.

Cuarta:

Es insostenible y carece de fundamento alguno pretender la invalidez de la revocación de la dispensa de colación o, mejor, del impuesto renacimiento de la obligación de colacionar, establecida por don Miguel de Trujillo Lasso, en virtud de testamento válido, en 2005, pues conforme a las reglas legales de interpretación testamentaria (fundamentalmente el art. 675.1 CC) no puede quedar duda alguna de la pretensión radicalmente igualitaria respecto de sus siete hijos por parte de don Miguel de Trujillo Lasso [1.4 y 3.3].

Quinta:

Como hemos acreditado, más que suficientemente en el cuerpo del Dictamen [3.2], desde la promulgación del Código Civil español hasta nuestros días, la doctrina civilista mayoritaria se pronuncia a favor de la posibilidad de revocación de la dispensa de colación cuando el propio donante, aún manteniendo la validez de la donación, establece en testamento la obligación de colacionar, en sentido propio, el valor de los bienes donados.

Sexta:

En el caso estudiado, a todas luces, carece de interés dilucidar si, manteniendo la donación a favor de don Edmundo de Trujillo Cabeza de Vaca, han sido respetadas o se respetarían las cuotas legitimarias de los restantes hermanos De Trujillo Cabeza de Vaca, como pretende YWEST en defensa de don Edmundo, pues dado que todos los hermanos son instituidos en testamento herederos universales por séptimas iguales partes, es obvio que la atribución hereditaria de todos y cada uno de ellos es necesariamente superior a cuanto resultaría de considerar o imputar idealmente los dos tercios de legítima [3.3].

Séptima:

Estando excluidas las aportaciones *in natura* en el sistema de colación del Código Civil español y siendo don Edmundo de Trujillo Cabeza de Vaca propietario del inmueble de mayor valor (sito en Presidente Guadalupe Victoria), la atribución compensatoria que don Edmundo adeuda a sus hermanos debe ser abonada necesariamente mediante dinero metálico [4.4], como propugna unánimemente la doctrina y ratifica la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.^a) de 17 de marzo de 1989 [4.5].

Quedando a disposición de los señores De Trujillo Cabeza de Vaca, que han tenido la gentileza de solicitar dictamen al firmante para realizar cualesquiera aclaraciones o revisiones complementarias de este informe que consideren de interés, así como actuaciones de cualquier tipo requeridas para la ratificación del dictamen emitido, esta es mi opinión que, gustosamente, someto a cualquier otra mejor fundada en Derecho y que, expuesta, si no brevemente, sí con cierta

concisión por razones de la sempiterna urgencia, expreso en Madrid, a veintiuno de marzo de dos mil once, día de entrada de la primavera, firmándola y rubricándola al final y en los folios múltiples de siete, por ser este el número de conclusiones plasmadas en ella.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA 1.^a)

STS 325/2010, de 31 de mayo.
STS 1149/2000, de 13 de diciembre.
STS 954/2005, de 14 de diciembre.
STS de 21 de octubre de 2005.
STS 485/2005, de 20 de junio.
STS de 17 de marzo de 1989.
STS de 29 de septiembre de 1966.
STS de 30 de marzo de 1949.

RESUMEN

*REVOCABILIDAD DE LA DISPENSA
DE COLACIÓN
EXCESO DE ADJUDICACIÓN
Y COMPENSACIÓN*

La regulación propia del Código Civil español, en materia de colación, se caracteriza por establecer un sistema de imputación contable, tal y como afirma unánimemente la doctrina y ha reiterado la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Las normas reguladoras de la colación tienen carácter dispositivo, siendo disponibles, por tanto, para los interesados en ella, y facultando a quien desea beneficiar inter vivos a cualquier heredero, normalmente a través de donación, para dispensarlo libremente de colacionar el valor de los bienes donados en la futura herencia, tal y como dispone el artículo 1036 del Código Civil.

Ello no obsta a que la dispensa de colación, en cuanto acto mortis causa, tenga en todo caso carácter esencialmente revocable, pudiendo el causante invalidar sus

ABSTRACT

*REVOCABILITY OF EXEMPTION
FROM COLLATION
OVER-ALLOCATION OF ASSETS
AND COMPENSATION*

What characterises the way the Spanish Civil Code regulates collation is that the Civil Code establishes a system of accounting records, as unanimously upheld by legal thought and repeated Supreme Court case law.

The laws regulating collation are dispositive by nature. They may therefore be drawn upon by the parties concerned, and they empower any person who wishes to benefit an heir inter vivos (normally through a gift) freely to exempt that heir from bringing the value of the gift to collation in the future settlement of the giver's estate, as provided by article 1036 of the Civil Code.

This is not an obstacle to the fact that exemption from collation, as a mortis-causa, act, is essentially revocable by nature anyway. The decedent may render its ef-

efectos en cualquier momento, renaciendo así el deber de colacionar. En tal sentido, como hemos acreditado en el cuerpo del trabajo, desde la promulgación del Código Civil español hasta nuestros días, la doctrina civilista mayoritaria se pronuncia a favor de la posibilidad de revocación de la dispensa de colación cuando el propio donante, aun manteniendo la validez de la donación, establece en testamento posterior la obligación de colacionar, en sentido propio, el valor de los bienes donados.

Estando excluidas las aportaciones in natura en el sistema de colación del Código Civil español y siendo don Edmundo de Trujillo propietario del inmueble de mayor valor, la atribución compensatoria que don Edmundo adeuda a sus hermanos debe ser abonada necesariamente mediante dinero metálico, como propugna unánimemente la doctrina y ratifica la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 17 de marzo de 1989.

ffects null and void at any time, whereupon the duty of collation springs back into existence. As we have shown in the body of the paper, from the time of the enactment of the Spanish Civil Code to the present day, civil law scholars have been largely in favour of the possibility of revoking exemptions from collation when the giver himself, while maintaining the validity of the gift, establishes in a later will the obligation to bring the value of the gifts to collation in the characteristic sense.

Whereas in-natura contributions are excluded in the collation system under the Spanish Civil Code and Edmundo de Trujillo is the owner of the most-valuable property, the compensatory assignment Mr de Trujillo owes to his siblings must necessarily be paid in cash, as advocated unanimously by legal thought and ratified by the Supreme Court ruling of 17 March 1989 (Division 1).

(Trabajo recibido el 30-1-2012 y aceptado para su publicación el 27-3-2012)

La nueva redacción del artículo 30 del Código Civil y la creación de un archivo especial para hacer constar los fallecimientos con posterioridad a los seis meses de gestación en la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil

por

MARÍA LINACERO DE LA FUENTE

*Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid,
acreditada al Cuerpo de Catedráticos de Universidad*

*En agradecimiento a las personas con las que he compartido trabajo
y afecto en la Dirección General de los Registros y del Notariado
durante los años 2009-2011*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN: LA LEY 20/2011, DE 21 DE JULIO, DEL REGISTRO CIVIL.

I. LA NUEVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 30 DEL CÓDIGO CIVIL:

1. LA TESIS DE ALBALADEJO.
2. MI ARTÍCULO «NOTAS SOBRE EL REGISTRO CIVIL», PUBLICADO EN 1998.
3. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DEL NUEVO ARTÍCULO 30 DEL CÓDIGO CIVIL.
4. LA NUEVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 30 DEL CÓDIGO CIVIL: LA ADQUISICIÓN DE LA PERSONALIDAD DESDE EL MOMENTO DEL NACIMIENTO CON VIDA.

II. LA CREACIÓN DE UN ARCHIVO ESPECIAL DEL REGISTRO CIVIL PARA HACER CONSTAR LOS FALLECIMIENTOS CON POSTERIORIDAD A LOS SEIS MESES DE GESTACIÓN.

INTRODUCCIÓN: LA LEY 20/2011, DE 21 DE JULIO, DEL REGISTRO CIVIL

El artículo 2.1 de la Ley del Registro Civil, de 21 de julio de 2011, dispone:

«El Registro Civil tiene por objeto hacer constar oficialmente los hechos y actos que se refieren al estado civil de las personas y aquellos otros que determine la presente Ley».

Los precedentes históricos reflejan cómo en nombre del estado civil se han consagrado a lo largo de la historia discriminaciones en función de la religión, el estado social, la filiación, el sexo o el matrimonio.

En Roma, la clasificación trimembre de los estatus *libertatis*, *civitatis*, *familiae* determinaba incluso la capacidad jurídica. La plenitud de la personalidad (*caput*) o capacidad jurídica del hombre, implicaba el concurso de tres condiciones: libertad, ciudadanía y no sometimiento a la autoridad familiar.

En definitiva, el devenir histórico del concepto de *status*, generó un cierto prejuicio político nacido de la confusión entre los estados civiles y los privilegios de clase.

Con la proclamación del principio de igualdad de todas las personas ante la Ley, conquista de la Revolución Francesa, proclamada el 14 de julio de 1789, comenzó a desarrollarse un modelo ético o socio-político de paulatino y progresivo reconocimiento de la consideración de persona a todo ser humano y de la capacidad jurídica como cualidad inherente a la misma. Se rechaza la división de la sociedad en estados civiles, generadores de desigualdad jurídica entre las personas (art. 1. *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, 26 de agosto de 1789).

La reforma profunda del Derecho del Registro Civil es fruto de un laborioso e intenso proceso de redacción que ha culminado con éxito con la aprobación por las Cortes Generales, el 14 de julio de 2011, de la nueva Ley del Registro Civil, en la que se alcanzan las más altas cotas dirigidas al pleno reconocimiento de la personalidad y del principio de igualdad en todas sus manifestaciones.

La nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (pendiente de desarrollo reglamentario) es una de las reformas de mayor profundidad y trascendencia social y jurídica operadas en el Derecho Privado español y, en concreto, en el Derecho de la Persona y de la Familia, desde la entrada en vigor de la Constitución. Se trata de una Ley fiel a la Constitución y a los principios y valores proclamados en la Carta Magna.

El legislador ha consagrado a lo largo de cien preceptos una nueva ordenación del Registro Civil en España (1) que dota de un nuevo marco legal a

(1) Ley del Registro Civil 20/2011, consta de 100 artículos. Está dividida en diez títulos, subdivididos, a su vez, en capítulos, secciones y subsecciones. Su estructura es la siguiente:

la citada institución, después de una larga vigencia de 55 años de la Ley del Registro Civil, de 8 de junio de 1957, y su Reglamento, de 14 de noviembre de 1958 (en vigor el 1 de enero de 1959).

La Ley del Registro Civil 20/2011, de 21 de julio (que fue aprobada con un amplio consenso de todos los Grupos parlamentarios en su tramitación en el Congreso y en el Senado) (2), entrará en vigor el 22 de julio de 2014 (3).

La Ley y el Reglamento del Registro Civil de 1957 y 1958, respectivamente, se habían visto profundamente afectados por la Constitución y por las últimas reformas del Código Civil y de otros cuerpos legales, en materias relacionadas con el estado civil de las personas y demás hechos y actos inscribibles.

A pesar de sus sucesivas reformas, normalmente por vía reglamentaria, la legislación registral había quedado derogada o modificada, tácitamente, en aspectos esenciales, lo que obligaba a una intensa y profusa labor interpretativa por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

En homenaje a la todavía vigente Ley del Registro Civil —uno de cuyos principales redactores y quizá el principal fue PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS—, la Exposición de Motivos de la nueva Ley 20/2011, recuerda los méritos de la anterior diciendo lo siguiente: «*Aunque la vigente Ley del Registro Civil, de 8*

Título I. El Registro Civil. Disposiciones generales.

Título II. Principios de funcionamiento del Registro Civil.

Título III. Estructura y dependencia del Registro Civil.

Título IV. Títulos que acceden al Registro Civil. Control de legalidad.

Título V. Asientos registrales.

Título VI. Hechos y actos inscribibles.

Título VII. Publicidad del Registro Civil.

Título VIII. Régimen de recursos.

Título IX. Procedimientos registrales.

Título X. Normas de Derecho Internacional Privado.

(2) Aprobado por unanimidad el Proyecto de Ley del Registro Civil por la Comisión de Justicia con competencia legislativa plena, Cortes Generales (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, año 2011, núm. 769, Sesión núm. 35, celebrada el 4 de mayo de 2011, pág. 23).

(3) En España, la implantación del Registro Civil secular se produce mediante la Ley de 17 de julio de 1870, dictada como consecuencia de la ideología imperante a partir de la revolución de 1868, consagrada en la Constitución de 1869, que proclama el principio de libertad de cultos.

Pese a su vocación de provisionalidad, la Ley de 17 de julio de 1870 (y su Reglamento, de 13 de diciembre de 1870) prolongó su vigencia hasta 1959.

El Código Civil en su redacción originaria (1889) dedicó al «Registro del estado civil» los artículos 325-332, que se limitaron, con alguna modificación a recoger los preceptos de la Ley de 17 de julio de 1870. Dichos preceptos se derogan expresamente en la Disposición Derogatoria 3.ª de la Ley 20/2011, del Registro Civil.

La insuficiencia normativa de la Ley y el Reglamento de 1870 y la necesidad de adaptación de sus preceptos a los cambios políticos y sociales, obligaron a dictar cerca de 1.000 disposiciones de todo rango en los casi noventa años que siguieron hasta la aprobación de la Ley y el Reglamento del Registro Civil de 1957 y 1958, respectivamente.

de junio de 1957, ha dado muestras de su calidad técnica y de su capacidad de adaptación a lo largo de estos años, es innegable que la relevancia de las transformaciones habidas en nuestro país exige un cambio normativo en profundidad que, recogiendo los aspectos más valiosos de la institución registral, la acomode plenamente a la España de hoy, cuya realidad política, social y tecnológica es completamente distinta a la de entonces».

En consecuencia, la necesidad de reformar en profundidad el sistema del Registro Civil, tras las numerosas modificaciones experimentadas por la Ley de 1957 y su Reglamento de 1958 durante su larga vigencia, ha aconsejado que el legislador elabore una nueva Ley de Registro Civil, abandonando la técnica de reformas sucesivas y parciales. Se diseña una nueva arquitectura del Registro Civil que determina un cambio esencial respecto al sistema anterior.

Según la Exposición de Motivos de la Ley del Registro Civil 20/2011, de 21 de julio: *«La importancia del Registro Civil demanda la adopción de un nuevo modelo que se ajuste tanto a los valores consagrados en la Constitución de 1978 como a la realidad actual de la sociedad española.*

Aunque la vigente Ley del Registro Civil, de 8 de junio de 1957, ha dado muestras de su calidad técnica y de su capacidad de adaptación a lo largo de estos años, es innegable que la relevancia de las transformaciones habidas en nuestro país exige un cambio normativo en profundidad que, recogiendo los aspectos más valiosos de la institución registral, la acomode plenamente a la España de hoy, cuya realidad política, social y tecnológica es completamente distinta a la de entonces».

Se trata de un Registro Civil único para toda España (art. 3.1 de la Ley 20/2011), al que tienen acceso los hechos y actos que se refieren a la identidad, estado civil y demás circunstancias de las personas que se enumeran en el artículo 4 de la citada Ley 20/2011 (4).

(4) Artículo 4. Hechos y actos inscribibles.

Tienen acceso al Registro Civil los hechos y actos que se refieren a la identidad, estado civil y demás circunstancias de la persona. Son, por tanto, inscribibles:

- 1.º El nacimiento.
- 2.º La filiación.
- 3.º El nombre y los apellidos y sus cambios.
- 4.º El sexo y el cambio de sexo.
- 5.º La nacionalidad y la vecindad civil.
- 6.º La emancipación y el beneficio de la mayor edad.
- 7.º El matrimonio. La separación, nulidad y divorcio.
- 8.º El régimen económico-matrimonial legal o pactado.
- 9.º Las relaciones paterno-filiales y sus modificaciones.
- 10.º La modificación judicial de la capacidad de las personas, así como la que derive de la declaración de concurso de las personas físicas.
- 11.º La tutela, la curatela y demás representaciones legales y sus modificaciones.
- 12.º Los actos relativos a la constitución y régimen del patrimonio protegido de las personas con discapacidad.

Uno de los principios en los que se fundamenta el nuevo modelo es su configuración como un Registro Civil orientado a personas.

En palabras de DE CASTRO: «*la persona, por su carácter de individualidad, por su unidad, continuidad e identidad a través de cambios locales y estructurales y por su permanencia en el tiempo, es imprescindible como punto de convergencia y centro de imputación de derechos y deberes*».

La persona —su trayectoria vital, es decir, los hechos y circunstancias que, sucesivamente y desde su nacimiento, van configurando los distintos estados civiles— constituye el eje central de todas las actuaciones del moderno Registro Civil.

En dicho sentido, uno de los aspectos más significativos de la reforma reside en la creación para cada persona de un registro individual en el que se refleja su historia civil registral.

La Exposición de Motivos de la Ley destaca dicha concepción en los siguientes términos: «*Un Registro Civil coherente con la Constitución ha de asumir que las personas —iguales en dignidad y derechos— son su única razón de ser, no solo desde una perspectiva individual y subjetiva sino también en su dimensión objetiva, como miembros de una comunidad políticamente organizada*».

Por este motivo, la Ley abandona la vieja preocupación por la constatación territorial de los hechos concernientes a las personas, sustituyéndola por un modelo radicalmente distinto que prioriza el historial de cada individuo, liberándolo de cargas administrativas y equilibrando la necesaria protección de su derecho fundamental a la intimidad con el carácter público del Registro Civil».

En definitiva, la Ley del Registro Civil 20/2011, diseña un modelo orientado a personas que se adapta plenamente a los principios y valores proclamados en la Constitución, a los convenios internacionales suscritos por España y al sistema consagrado en la mayor parte de los países de nuestro entorno como Alemania, Suiza, Portugal, Italia o Francia.

Un Registro Civil que se configura en torno al concepto de persona, desde su nacimiento y en toda su continuidad jurídica y que, en consecuencia, debía diseñar un tratamiento jurídico del comienzo de la personalidad armónico con el resto del ordenamiento jurídico, circunstancia que el sistema decimonónico plasmado en el viejo artículo 30 del Código Civil no cumplía.

La precitada Ley del Registro Civil, siguiendo un camino de ruptura con la estructura secular del Registro Civil, exigía de modo inexcusable la modificación de determinados preceptos del Código Civil. Nos referimos, en concreto, al artículo 30 y a los artículos 325 a 332 de dicho cuerpo legal.

Por las razones que seguidamente expondremos, resultaba obligada la reforma del artículo 30 del Código Civil, que regula materia tan transcendental para

13.º La autotutela y los apoderamientos preventivos.

14.º Las declaraciones de ausencia y fallecimiento.

15.º La defunción.

el Derecho de la persona como el reconocimiento de la personalidad, cuestión vinculada a la inscripción del nacimiento (art. 44 de la Ley de Registro Civil 20/2011).

Según un destacado autor, cuya tesis señalamos a continuación, había que buscar una interpretación posible de dichos preceptos a la luz de la Convención de los Derechos del Niño para permitir la inscripción del nacido antes del transcurso de las 24 horas siguientes al nacimiento. En todo caso, con la reforma del artículo 30 del Código Civil, ya podemos movernos no en el ámbito de lo posible sino en el terreno seguro o cierto (5) de lo legislado.

A partir de los argumentos que seguidamente serán expuestos y de los debates suscitados por las enmiendas presentadas por diversos Grupos parlamentarios —a las que enseguida nos referiremos—, ha prosperado una nueva redacción del artículo 30 del Código Civil, coherente con los parámetros antes enunciados.

En su nueva redacción el artículo 30 del Código Civil dispone:

«La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno».

Dicho precepto —criticado por algunos cuando aún no había nacido— nació, sin embargo, afortunado, y no ha tenido que esperar la larga *vacatio legis* de tres años de la Ley del Registro Civil. El nuevo artículo 30 entró en vigor 24 horas después de la publicación de la Ley en el *BOE*, las mismas que no tendrán que esperar a los padres y las madres para inscribir a sus hijos (6).

En realidad, la reforma va mucho más lejos de lo que puedan significar los aspectos registrales, al entroncar el nacimiento con el reconocimiento de la personalidad y con las categorías de la personalidad y la capacidad jurídica, conceptos estos últimos que aparecen desdibujados y erosionados en otros textos legales alejándose de construcciones jurídicas rigurosas.

Asimismo, la nueva redacción del artículo 30 del Código Civil ha provocado la supresión desacomplejada del llamado «legajo de abortos», previsto en la anterior legislación registral, que ha sido sustituido por un archivo del Registro Civil, sin efectos jurídicos, en el que constan los fallecimientos que se produzcan con posterioridad a los seis meses de gestación y no cumplieren las

(5) DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos de Derecho Civil*, II, Civitas, 2008, pág. 61: «En el Derecho en general y, en el Derecho de Obligaciones, en particular, no hay verdades absolutas, sino opciones del legislador y de los intérpretes en punto a la resolución de problemas concretos...».

(6) Artículo 40 de la Ley del Registro Civil de 1957: «*Son inscribibles los nacimientos en que concurran las condiciones establecidas en el artículo 30 del Código Civil*».

La remisión del citado artículo 40 de la Ley del Registro Civil al artículo 30 del Código Civil debe entenderse a su actual redacción, por tanto, la inscripción del nacimiento se rige por lo previsto en el vigente artículo 30 del Código Civil. El plazo de 24 horas para la inscripción del nacimiento es ya historia.

condiciones previstas en el artículo 30 del Código Civil (Disposición Adicional cuarta y Disposición Transitoria novena de la Ley 20/2011).

La creación del citado archivo del Registro Civil fue impulsada merced a las Enmiendas número 58 del Grupo Parlamentario Convergencia y Unión, y número 140 del Grupo Parlamentario Popular al artículo 44 del Proyecto de Ley del Registro Civil. Dichas Enmiendas no fueron aceptadas en sus términos, pero dieron lugar a una transaccional del Grupo Socialista de modificación del artículo 30 (en relación con la Enmienda núm. 77 del Grupo Parlamentario Convergencia y Unión) y de adición de una Disposición Adicional nueva (7).

Finalmente, y por lo que respecta a los preceptos del Código Civil afectados por la elaboración de la nueva Ley 20/2011 del Registro Civil, su Disposición Derogatoria deroga expresamente los artículos 325 a 332 de dicho cuerpo legal (8). Dicha derogación se explica teniendo en cuenta que dichos preceptos están redactados según la primigenia Ley del Registro Civil de 1870. El Código Civil, en su redacción originaria, dedicó al *Registro del estado civil* dichos artículos 325 a 332, que se limitaron, con alguna modificación, a recoger los preceptos de la Ley instauradora del Registro Civil de 17 de julio de 1870 (9).

I. LA NUEVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 30 DEL CÓDIGO CIVIL POR LA LEY 20/2011, DE 21 DE JULIO, DEL REGISTRO CIVIL

1. LA TESIS DE ALBALADEJO

Por lo que respecta al antiguo artículo 30 del Código Civil y a la inscripción del nacimiento (arts. 41 y 42 LRC de 1957), ALBALADEJO, en una monografía publicada en 1996, mantuvo la tesis de la derogación del plazo de 24 horas a

(7) Vid. *infra* II. La creación de un archivo del Registro Civil para hacer constar los fallecimientos con posterioridad a los seis meses de gestación.

(8) Disposición Derogatoria. Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil, Ley 38/1998, de 28 de diciembre, de Planta y Demarcación Judicial y Código Civil.

Quedan derogadas cuantas normas se opongan a lo previsto en la presente Ley y, en particular, las siguientes:

1.^a Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil, salvo en lo dispuesto en las Disposiciones Transitorias tercera, cuarta y quinta de esta Ley.

2.^a Los números 1 y 2 del artículo 27 de la Ley 38/1998, de 28 de diciembre, de Planta y Demarcación Judicial.

3.^a Los artículos 325 a 332 del Código Civil.

(9) PERÉ RALUY, *Derecho del Registro Civil*, tomo I, 1962, pág. 55: «En el año 1870, bajo la regencia del general Serrano y el gobierno de Prim, se procedió con la precipitación propia de aquella administración a promulgar la Ley instauradora del Registro Civil —17 de julio—, a la que siguió a poco —13 de diciembre de 1870—, la publicación del Reglamento, integrando una y otro el esqueleto de la ordenación que ha venido rigiendo dicho servicio hasta el 31 de diciembre de 1958».

los efectos de inscripción del nacimiento en el Registro Civil, admitiendo, en consecuencia, que el niño, desde que nace, es inscribible en el Registro (10).

En la obra antes citada, ALBALADEJO realizó su estudio sobre la materia impulsado —como él mismo reconoce— por la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado contenida en la Resolución de 3 de septiembre de 1996 (11).

(10) ALBALADEJO, M., *Desde el instante en que nace, todo niño es inscribible en el Registro*, Edersa, 1996, 105 págs. Véase, también, *Compendio de Derecho Civil*, 10.^a ed., 1997, págs. 35 y 36.

(11) *Resolución de 3 de septiembre de 1996, sobre incorporación al legajo de abortos*, en la que se dice lo siguiente:

«En el expediente sobre inscripción fuera de plazo de nacimiento, remitido a este Centro en trámite de recurso por virtud del entablado por el esposo de la promotora contra Auto de la Juez Encargada del Registro Civil de B.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Visto los artículos 14 de la Constitución Española; 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 (*BOE* de 31 de diciembre de 1990); 8 y 14 del Convenio de Roma de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (*BOE* de 10 de octubre de 1979); 29 y 30 del Código Civil; 40 y 45 de la Ley del Registro Civil, y 36 y 171 a 173 del Reglamento del Registro Civil.

II. Recogiendo un criterio de onda raigambre histórica el Código Civil español, lo mismo que otras legislaciones actuales, establece ciertas condiciones para que el nacimiento determine la personalidad civil del nacido. Con ella se intenta evitar dudas y litigios acerca de si el feto ha nacido vivo o muerto y también se limitan los casos en que se produciría un cambio injustificado de la sucesión de los bienes familiares cuando a ella fuera llamado el nacido que muere al poco de nacer. Así, el artículo 29 señala que el nacimiento determina la personalidad, pero siempre es preciso que el nacimiento reúna las condiciones que detalla el artículo siguiente, el cual establece textualmente que: “Para los efectos civiles, solo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”.

III. Este artículo, cuyo campo de aplicación está limitado a “los efectos civiles” y no, por tanto, a efectos penales, ha tenido su reflejo, como no podía ser de otro modo, en una legislación civil, como es la del Registro Civil. Así, el artículo 40 de la Ley del Registro Civil dispone que: “son inscribibles los nacimientos en que concurren las condiciones establecidas en el artículo 30 del Código Civil” y el artículo 45 de la misma Ley, completado por los artículos 171 a 173 del Reglamento, regula el legajo de abortos, al que se incorporan las declaraciones sobre el alumbramiento de las criaturas abortivas de más de ciento ochenta días de vida fetal, aproximadamente.

IV. Esta incorporación al legajo de abortos ha sido efectuada ya en el caso presente en el que el niño nació el 10 de octubre de 1994, y murió antes de transcurridas seis horas desde el parto. Por tanto, no es posible inscribir fuera de plazo ese nacimiento, ni incluirlo en el Libro de Familia de los padres, ya que este es un compendio de certificaciones en extracto de asientos extendidos en los libros del Registro (cfr. art. 36 del RRC).

V. Frente a esta clara aplicación de las normas legales citadas, no pueden prosperar los distintos argumentos esgrimidos por los recurrentes. De un lado, los ejemplos de Derecho Comparado aportados no tienen ningún valor por sí mismos. De otro lado, no puede aducirse que se produzca una verdadera discriminación por razón de nacimiento prohibida por

Dicha Resolución rechazó la inscripción de un recién nacido que falleció a las 5,30 horas de vida y, por tanto, antes de que hubieran transcurrido veinticuatro horas desde el nacimiento, ordenando su incorporación al legajo de abortos (arts. 40, 45 de la LRC y 29, 30 del CC).

Pues bien, ALBALADEJO contrariamente a la doctrina registral y frente «*al silencio sepulcral de la doctrina científica*» (12), sostenía la «*derogación del plazo de veinticuatro horas a efectos de inscripción del nacimiento*», amparándose en preceptos de dos Tratados Internacionales, básicamente el artículo 7.1 de la Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 («*El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento...*»), y el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, vigente en España desde 1977.

Dicho autor defendía la coexistencia de dos efectos jurídicos distintos y, hasta cierto punto, enfrentados: por una parte, la inscripción inmediata del nacimiento (sin esperar al plazo de veinticuatro horas) y por otra, el reconocimiento de la personalidad del nacido a efectos patrimoniales (o que incida en situaciones patrimoniales de terceros) aunque este únicamente después de que hubieran transcurrido veinticuatro horas desde el nacimiento (plazo de vida

el artículo 14 de la Constitución, ante el trato desigual que se da a los nacidos que viven extrauterinamente más de veinticuatro horas y los que mueren antes, porque esta desigualdad y este distinto tratamiento jurídico, exclusivamente a efectos civiles, no son arbitrarios, sino que responden a criterios razonables objetivos, ya expuestos en el primer fundamento jurídico. Finalmente, que el artículo 7 de la Convención de los Derechos del Niño disponga que: “el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre (y) a adquirir una nacionalidad...”, no es ningún argumento decisivo. El propósito de esta Convención es salvaguardar los derechos fundamentales de los niños que vayan a vivir, pero no pueden interferir sus normas en las modalidades que establezca cada derecho interno en orden a esa inscripción inmediata al nacimiento (la incorporación al legajo de abortos español es una modalidad de inscripción, entendida esta en sentido amplio), ni tampoco en las condiciones, que corresponde precisar a cada legislación nacional, que ha de reunir un nacimiento para que sea reconocida la personalidad civil del nacido. Si estas condiciones han de consistir en la llamada viabilidad propia (grado de madurez fetal) en la viabilidad impropia (aptitud del feto para seguir viviendo por ausencia de vicios internos) o en la viabilidad legal o plazo de vida (sistema de nuestro Código Civil), es una decisión que puede y debe adoptar cada país conforme a su tradición y a razones de política legislativa.

Esta Dirección General ha acordado, de conformidad con la propuesta reglamentaria, desestimar el recurso y confirmar el Auto apelado».

(12) Señala ALBALADEJO que «nuestra literatura jurídica posterior a la Convención... da por seguro que el Código Civil y la legislación del Registro siguen rigiendo al respecto...».

CABANILLAS SÁNCHEZ: «Comentario al artículo 30 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, I, 3, 2.ª ed., 1993, pág. 80.

ROCA TRÍAS: «Comentario al artículo 30 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, del Ministerio de Justicia, I, 1991, págs. 228-229.

GARCÍA URBANO: «Comentario al artículo 40 de la Ley del Registro Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo IV, vol. 3.º, 1996, págs. 8-11.

extrauterina que, con una u otra duración, tiene orígenes remotos en nuestro Derecho) (13).

Según el referido autor, dicha coexistencia, puede considerarse existente desde que se creó el Registro Civil hasta la entrada en vigor de la Ley del Registro Civil de 1957 y su Reglamento de 1958 (14), resultando, además, perfectamente compatible con la Convención sobre los Derechos del Niño, «*cuyo fin es la protección de los derechos fundamentales de la persona, y no inmiscuirse para nada en materia puramente patrimonial o sucesoria, ni en la repercusión que para las situaciones de terceros tenga*» (15).

De acuerdo con la referida interpretación (16), ALBALADEJO realizaba la siguiente propuesta legislativa para el articulado del Código Civil: «*La personalidad se adquiere por el nacimiento del ser humano vivo, pero a efectos patrimoniales no se le tendrá por nacido si no vive al menos veinticuatro horas*». Según el mismo autor: «*De acuerdo con eso, modificaría también la legislación registral civil, permitiendo declarar el nacimiento y practicar la inscripción antes de las veinticuatro horas en cualquier caso, y sin necesidad ni siquiera de retocar el artículo 165 del Reglamento del Registro Civil, este vendría a ser aplicable a todo nacimiento inscrito antes*».

(13) Así, el Fuero Juzgo 4.2.18 (antes el *Liber iudiciorum*, 4.2.18) exigió haber vivido diez días y ser bautizado para poder heredar.

También las Partidas 4.23.5.

La Novísima Recopilación 10.5.2 estableció haber vivido veinticuatro horas y ser bautizado, de lo contrario se tendría por abortivo y no podría heredar a sus padres ni a sus ascendientes.

Por su parte, el Proyecto de 1851, artículo 107, decía: «*Para los efectos civiles, solo se reputa nacido al feto que desprendido enteramente del seno materno, nace con figura humana y vive cuarenta y ocho horas naturales*».

Finalmente, el artículo 60 de la Ley del Matrimonio Civil de 1870, precedente del actual artículo 30 del Código Civil, prescinde del requisito del bautismo, y para reputar nacido un nuevo ser reclama dos condiciones: «*tener figura humana y vivir veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno*» (vid. ALBALADEJO, *ob. cit.*, págs. 58-59 y 60).

(14) ALBALADEJO, «Desde el instante en que nace, todo niño es persona...», *ob. cit.*, pág. 67. «Todo lo cual está clarísimo como la luz del día y muestra, sin lugar a dudas, que en nuestro Derecho, desde que se creó el Registro Civil, hasta primero de enero de 1959, en que entraron en vigor tanto la Ley de 1957 como el Reglamento de 1958, es decir, casi un siglo, los nacidos eran inscribibles a partir de que nacían, sin necesidad de esperar veinticuatro horas...».

(15) ALBALADEJO, «Desde el instante en que nace, todo niño es persona...», *ob. cit.*, pág. 84.

(16) ALBALADEJO, «Desde el instante en que nace...», *ob. cit.*, pág. 105, manifiesta: «Como creo que todo es según lo que he dicho y que la personalidad se adquiere por el nacimiento del ser humano vivo, razón por la que desde entonces puede inscribirse en el Registro, yo recogería en el Código Civil eso que ya es así, aunque la letra de la ley parezca no acogerlo, ajustando, pues, a la realidad actual el texto legal...».

2. MI ARTÍCULO «NOTAS SOBRE EL REGISTRO CIVIL», PUBLICADO EN 1998

En un artículo titulado «Notas sobre el Registro Civil», que publiqué en 1998 (y en la monografía *Derecho del Registro Civil*, 2002) (17), consideré —por los mismos argumentos que han sido recogidos en la reforma del art. 30 del Código Civil—, que la tesis propuesta por ALBALADEJO era insuficiente, aunque, ciertamente, entonces parecía la solución más adecuada dada la redacción que tenía el citado precepto.

A mi juicio, se hacía necesaria una reforma del artículo 30 del Código Civil, con el fin de derogar el citado plazo de 24 horas, no solo a efectos de inscripción del nacimiento en el Registro Civil, sino a todos los efectos, de modo que el nacimiento determinara la plena e inmediata adquisición de la personalidad, con todos los efectos jurídicos a ello inherentes, tanto personales como patrimoniales.

Finalmente, el legislador ha consagrado dicha solución en el nuevo texto del artículo 30 del Código Civil que antes hemos transcrito, y que es Derecho vigente desde el 23 de julio de 2011.

En el artículo antes citado, cuestioné la subsistencia del artículo 30 del Código Civil, cuya redacción obedecía a causas que podían tener justificación en un momento histórico anterior, pero carecían de virtualidad ya en la fecha de publicación de dicho comentario.

La tesis de ALBALADEJO desembocaba en una construcción jurídica un tanto indecisa y artificiosa, al disociar la adquisición de la personalidad a efectos personales y patrimoniales. El propio autor reconocía que: «*la personalidad es única e indivisible, como la República francesa*», y que cabe considerar incorrectas expresiones como «*atribuir personalidad solo a efectos personales*» o «*no atribuirla a efectos patrimoniales*» (18).

Sostuve entonces, como consideración de *lege ferenda*, la tesis alternativa de la adquisición de la personalidad a efectos personales y patrimoniales inmediatamente después del nacimiento. Naturalmente, ello pasaba por una modificación del citado artículo 30 del Código Civil y no por interpretaciones posibles, que dividían lo indivisible y, en todo caso, se quedaban a medio camino del objetivo normativo deseable y jurídicamente pertinente.

(17) LINACERO DE LA FUENTE, «Notas sobre el Registro Civil», en *RDP*, febrero, 1998, págs. 98-101; *Derecho del Registro Civil*, Ed. Cálamo, 2002, pág. 98.

(18) ALBALADEJO, M., «Desde el instante en que nace...», *ob. cit.*, págs. 77 y 78, argumenta: «De sobra sé que la personalidad es una e indivisible, como la República francesa, y que cabe considerar incorrectas expresiones como “atribuir personalidad solo a efectos personales” o “no atribuirla a efectos patrimoniales”... Ahora bien, aun admitiendo toda crítica, que pueda hacerse, lo que está claro es que quiero expresar que el ser humano, a pesar de que adquiere personalidad al nacer, a efectos patrimoniales está privado de toda aptitud o su personalidad no repercute en lo patrimonial o no sea capaz jurídicamente en tema de patrimonio hasta pasadas veinticuatro horas...».

La tesis que defendí en el referido artículo, publicado como antes he indicado, en 1998, se apoyaba, en síntesis, en las consideraciones siguientes:

- 1.º La fijación de un plazo de veinticuatro horas siguientes al nacimiento podía tener justificación en un momento histórico pretérito (debido al elevado índice de mortalidad infantil y de la propia madre como consecuencia del parto) pero, a finales del siglo XX, no dejaba de ser un criterio trasnochado y arbitrario.
Además, el texto anterior del artículo 30 del Código Civil —incluso en la interpretación propuesta por ALBALADEJO— conduce a la disociación de forma artificiosa de la categoría de la personalidad, escindiendo, por una parte, los derechos fundamentales o de la personalidad del nacido (v.gr., derecho a la vida o derecho a la integridad física) y, por otra, los aspectos patrimoniales.
- 2.º El artículo 7.1 de la Convención de los Derechos del Niño, al disponer la inscripción *inmediata* después del nacimiento, deroga, de una parte, la necesidad del plazo de veinticuatro horas para la inscripción del nacido en el Registro civil (arts. 42 de la LRC y 165 del RRC) y, de otra parte, obliga a reputar derogada la norma del artículo 171 del RRC, que consideraba como criatura abortiva al nacido que no sobreviviera veinticuatro horas.
- 3.º Se evitaría asimismo el diferente trato dado al nacido por distintas ramas del ordenamiento, en función del término de veinticuatro horas, así para determinar la adquisición de la personalidad a efectos civiles y a efectos penales (19).
- 4.º Por lo demás, dicho criterio era también el seguido por ordenamientos jurídicos próximos al nuestro, que atribuyen la personalidad y la capacidad jurídica desde el momento del nacimiento (así, el Código Civil alemán, italiano, portugués, suizo, argentino, mejicano...).

Con posterioridad al citado artículo de 1998, la orientación expuesta ha ido abriéndose paso en el ámbito doctrinal (20).

(19) En dicho sentido, con posterioridad al citado artículo y en relación con la protección penal del recién nacido, puede verse la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 29 de noviembre de 2001, que condena a un médico como autor de un delito de imprudencia por su actuación en una operación quirúrgica realizada a un nacido que llevaba cinco horas vivo y falleció en la operación.

(20) Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, I, Tecnos 2003, pág. 216: «La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989, ratificada por España (BOE de 31 de diciembre de 1990), obliga a que el niño sea inscrito inmediatamente después de su nacimiento, y tendrá derecho desde que nace, a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos (art. 7.º, p. 1.º). Al obligarse los Estados Partes

Finalmente, dicha tesis ha tomado cuerpo normativamente, al ser acogida por la nueva Ley del Registro Civil.

La idea que se defendió durante la tramitación parlamentaria de la citada Ley del Registro Civil, más allá de la regulación de la inscripción del nacimiento, fue la adquisición de la personalidad a efectos civiles (personales y patrimoniales) desde el instante del nacimiento.

En lógica consecuencia, la asunción de dicha tesis conducía de forma inexorable a la reforma del precitado artículo 30 del Código Civil e implicaba la derogación de los requisitos legales de tener figura humana (propio de creencias mitológicas carentes de base científica) y del transcurso de veinticuatro horas de vida extrauterina (posición que se apoyaba muy especialmente —entre otros argumentos— en la Convención sobre los Derechos del Niño y en el criterio seguido por ordenamientos jurídicos próximos al nuestro, como los antes indicados).

3. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DEL NUEVO ARTÍCULO 30 DEL CÓDIGO CIVIL

La nueva redacción del artículo 30 del Código Civil tiene su origen en la Enmienda número 77 del Grupo Parlamentario Convergencia y Unión al Proyecto de Ley del Registro Civil aprobado en Consejo de Ministros de 23 de julio de 2010 (21).

La citada Enmienda de adición de una Disposición Final (nueva) de modificación del Código Civil, proponía la reforma de los artículos 29, 30 y 745 del Código Civil (22).

de la Convención a la aplicación de los derechos “en conformidad con la legislación nacional” ...puede obligar a modificar la nuestra, que gira en torno a la inscripción del nacimiento a partir de las veinticuatro horas como mínimo y al reconocimiento de efectos civiles de la personalidad sin distinción alguna desde ese momento».

ROGEL VIDE y ESPÍN ALBA, *Derecho de la persona*, Reus, 2008, pág. 31, afirman: «teniendo a la vista el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, y la Convención de Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 —uno y otra ratificados por España—, un sector importante de la doctrina ha entendido que, a pesar del artículo 30 del Código Civil y de los 40 y 42 de la Ley del Registro Civil... el ser vivo es persona desde el momento mismo en que nace, pudiendo y aun debiendo ser inscrito inmediatamente después de tal acontecimiento».

(21) Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados de 8 de septiembre de 2010, núm. 90-1.

(22) Enmienda 77. Grupo Parlamentario Convergencia y Unión de adición de una Disposición Final. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. 6 de abril de 2011, núm. 90-26, págs. 30-31.

Redacción que se propone:

«Disposición Final (nueva). Modificación del Código Civil.

Uno. El artículo 29 queda redactado en los términos siguientes:

A impulso del Grupo Parlamentario Socialista se presentó una transaccional a la citada Enmienda 77 (además de a las Enmiendas 58 del Grupo Parlama-

Artículo 29.

“*La personalidad civil es inherente a la persona física desde su nacimiento*”.

Dos. El artículo 30 queda redactado en los términos siguientes:

Artículo 30.

“*El concebido tiene la consideración de persona a los efectos que le sean favorables, siempre que llegue a nacer*”.

Tres. El artículo 745 queda redactado en los términos siguientes:

Artículo 745.

“*Son incapaces de suceder:*

1. *Las criaturas abortivas.*
2. *Las asociaciones o corporaciones no permitidas por la ley*».

Justificación de la Enmienda 77

«No es una cuestión baladí determinar a partir de qué momento el Derecho Civil y, por extensión, el Derecho, reconoce al ser humano como persona, como sujeto de derechos y de tutela jurídica atribuyéndole, por tanto, personalidad jurídica.

La regulación actual de la adquisición de la personalidad en el Código Civil español (arts. 29 y 30 CC) puede calificarse, sin temor a equivocación, de *anacrónica*; no de otra manera puede reputarse si se tiene en cuenta, no solo la valoración que la sociedad otorga al hecho natural del nacimiento, sino de sus consecuencias jurídicas: tanto los requisitos legales exigidos por el artículo 30 como el mecanismo o técnica legal de la retroacción de efectos al momento del nacimiento hay que considerarlos innecesarios e inapropiados al *statu quo* actual de la ciencia y de la técnica, tanto de la médica como de la jurídica.

La “figura humana” y vivir “veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno” son requisitos que quizá tuvieran sentido en la época de promulgación del Código (1889), pero que ahora, en consideración al desarrollo de la tecnología médica y de la baja tasa de mortalidad de recién nacidos, tienen escaso predicamento, a lo que hay que añadir, por supuesto, que la legislación internacional limita intensamente esta aparente restricción vigente.

De hecho, las codificaciones civiles más recientes (Catalunya, Quebec, Holanda) han prescindido de cualquier aditamento al hecho del nacimiento; las clásicas (Alemania, Italia) tampoco añaden nada actualmente. En definitiva, los códigos de nuestro entorno, mayoritariamente, vienen a decir lo mismo: la personalidad jurídica (o civil) se adquiere desde el nacimiento, sin más.

Parece una *bueno oportunidad* la tramitación de la nueva Ley del Registro Civil para acometer una modificación que, en buena medida, conseguiría ajustar la dicción de la ley a la propia realidad jurídica y a la de nuestro entorno. Máxime cuando la inscripción del nacimiento en el Registro Civil ha ido tradicionalmente unida, en clave de exigencia previa, al cumplimiento previo de los requisitos exigidos por el artículo 30 del Código Civil (vid. arts. 40 y 45 LRC y 171 RRC). El previsto cambio de paradigma del Registro Civil favorece, sin duda, esta propuesta de modificación de los artículos 29 y 30 del Código Civil: fue el propio Gobierno quien, con motivo de la aprobación del Proyecto de Ley, afirmó que “se sustituye el registro de hechos por un registro civil de personas” (nota de prensa de 23 de julio de 2010). Poniendo el énfasis, no en el hecho jurídico del nacimiento (art. 30 CC: “solo se reputará nacido”), sino en la persona como centro de interés jurídico desde el hecho natural del nacimiento, la tramitación de la nueva Ley del Registro Civil emerge como coadyuvante en la reparación inaplazable de este anacronismo histórico legislativo.

De la propuesta normativa destacamos tres notas:

rio Convergencia y Unión y 140 del Grupo Popular), que culminó en la nueva redacción del artículo 30 del Código Civil con algún retoque de mejora técnica en el Senado.

Dicha transaccional propuso la reforma del artículo 30 del Código Civil, no así la de los artículos 29 y 745 del mismo Cuerpo legal postulada en la referida Enmienda 77.

En el Informe de la Ponencia —acogiendo sustancialmente la citada transaccional del Grupo Socialista— se incorpora una Disposición Final segunda *bis* (nueva) de reforma del Código Civil, que modifica el artículo 30 en los siguientes términos: «*La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida y enteramente desprendido del seno materno*».

En la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley del Registro Civil en el Senado fueron aprobadas sendas Enmiendas en relación con el artículo 30 del Código Civil: la Enmienda 60 del Grupo Parlamentario Catalán de Convergencia y Unión (23) y la Enmienda 66 del Grupo Parlamentario Socialista (24).

La Enmienda 60 modifica el tenor del artículo 30 del Código Civil, proponiendo la redacción definitiva del precepto en los siguientes términos: «*La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno*».

La Enmienda 66 afecta a la Disposición final novena de entrada en vigor de la Ley del Registro Civil, que en su redacción definitiva pasa a ser la Disposición final décima, proclamando la entrada en vigor del artículo 30 del Código Civil al día siguiente de la publicación de la misma en el Boletín Oficial del Estado de 22 de julio de 2011.

1. *Se propone la utilización del término “personalidad civil” en lugar de “capacidad jurídica”.*

2. *La personalidad civil, tributaria de la nota de la inherencia a la persona, se atribuye por el Derecho desde el nacimiento, sin ningún otro requisito añadido.*

3. *Se propone suprimir la referencia que hace el artículo 745 al artículo 30, ya que con la modificación de este artículo desaparecen las circunstancias que contenía (figura humana y 24 horas). En coherencia con la modificación de los artículos 29 y 30, el nacido tiene capacidad sucesoria en tanto es persona y tiene atribuida personalidad civil desde el nacimiento».*

(23) Enmienda 60 del Grupo Parlamentario Catalán, Convergencia y Unión. Boletín Oficial de las Cortes Generales Senado, de 7 de junio de 2011, núm. 74, pág. 100. Dictamen de la Comisión. Boletín Oficial de las Cortes Generales Senado, de 1 de junio de 2011, núm. 81, pág. 60.

(24) Enmienda 66 del Grupo Parlamentario Socialista. Boletín Oficial de las Cortes Generales Senado, de 7 de junio de 2011, núm. 74, pág. 103. Dictamen de la Comisión. Boletín Oficial de las Cortes Generales Senado, de 1 de junio de 2011, núm. 81, pág. 61.

4. EL ARTÍCULO 30 DEL CÓDIGO CIVIL: LA ADQUISICIÓN DE LA PERSONALIDAD DESDE EL MOMENTO DEL NACIMIENTO CON VIDA

En la elaboración de la Ley del Registro Civil 20/2011, con ocasión, entre otras razones, de la remisión del artículo 44 de la misma, relativo a la *inscripción del nacimiento y filiación* al artículo 30 del Código Civil, se entendió que este último precepto debía modificarse para adaptarse a la Convención sobre los derechos del niño (referida expresamente en la Exposición de Motivos de la citada Ley 20/2011) y a los ordenamientos jurídicos próximos al nuestro.

Se pretendía articular una construcción jurídica del comienzo de la personalidad rigurosa y adecuada al momento actual, que implicaba un cambio de criterio sustancial y superaba el sistema decimonónico contenido en el artículo 30 del Código Civil.

En dicho sentido, se optó por la *tesis alternativa de la adquisición de la personalidad a todos los efectos civiles (patrimoniales y personales), desde el instante del nacimiento con vida*, quedando derogados los requisitos legales de tener «figura humana» y «veinticuatro horas de vida extrauterina» (25).

Dicha posición se apoyaba, esencialmente, en las consideraciones (en buena medida concordantes con las antes expuestas), que seguidamente se relacionan y que fueron el armazón teórico para la elaboración del nuevo artículo 30 del Código Civil:

1.º Ambos requisitos legales —con origen remoto en textos del Derecho romano y en el Derecho germánico (26)— obedecen a creencias y causas que

(25) El cumplimiento del plazo de 24 horas opera como una *conditio iuris*. La personalidad se adquiere desde el desprendimiento del feto del seno materno con la ruptura del cordón umbilical, siempre y cuando el nacido viva 24 horas contadas desde aquel momento. El legislador en el reformado artículo 30 del Código Civil no pretendía privar de la cualidad de persona a un ser humano vivo, sino de condicionar la adquisición de la personalidad a efectos civiles al cumplimiento del plazo de 24 horas de vida extrauterina.

(26) DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, Tomo II, *Derecho de la Persona*, Instituto de Estudios Políticos, 1952, pág. 104, explica: «En Roma, los proculeyanos exigían el llanto como signo de vida *si vocem non emissit*; pero Justiniano aceptó el criterio de la escuela sabiniana, para la que bastaba el nacimiento perfecto; además se negaba capacidad jurídica a los monstruos y prodigios. Los germanos dan la mayor importancia a los actos externos de admisión del hijo y de dación del nombre, exigiendo también actos exteriores de vivir y el transcurso de nueve días de vida. Las formalidades rígidas de la prueba estaban unidas, probablemente, a la idea de la vitalidad del nacido, pero quedando esta oscurecida ante la importancia que se da, como hechos decisivos, al plazo y a la puesta del nombre».

Nota 4, pág. 104: «Se dice que las leyes bárbaras fueron las primeras que exigieron el requisito de la vitalidad (FERRARA, pág. 464). y que ello se prueba por los plazos en ellas establecidos (PÉREZ GONZÁLEZ, «El requisito de la viabilidad», en *RDP*, 1914, pág. 282). Debe aquí advertirse que, probablemente, en el Derecho germánico fue decisivo el criterio de seguridad y formalismo de la prueba; comp. HÜBNER, pág. 53; HAFF, *Institutionen des deutschen Privatrechts*, 1927, págs. 38, 78».

tenían su justificación en un momento histórico pretérito (v.gr., el elevado índice de mortalidad infantil y de la madre en el parto), pero carentes de vigencia en la actualidad.

En efecto, rastreando su génesis, observamos que nuestras leyes históricas (27) establecieron sucesivos plazos (diez días, cuarenta y ocho horas...) para evitar dudas en los pleitos sobre si el niño había nacido vivo o muerto

(27) DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, Tomo II, *Derecho de la Persona*, Instituto de Estudios Políticos, 1952, págs. 104-105: «En el Derecho español vence —a diferencia de lo que ocurre en la mayoría de las legislaciones extranjeras— la concepción formalista germánica. El Fuero Juzgo establece que el nacido no adquirirá los bienes de su padre, si después de nacido no recibe el bautismo y vive diez días: tendencia que, frente a la fórmula romana de las Partidas, mantendrán los fueros municipales y el Fuero Real. La Ley 13 de Toro establece un criterio de transición, acortando el plazo a veinticuatro horas. La doctrina, en general, basándose en este texto y conforme a la tradición romanista, entiende que el nacido, para poder suceder, había de reunir estas condiciones: vivir veinticuatro horas desde que se separó o fue separado del seno materno, que el parto no sea antes del tiempo en que el feto pueda vivir, que tenga figura humana (no ser monstruo) y ser bautizado. Esta tradición es recogida por el Código Civil (art. 30), a través del Proyecto de Código de 1851 y de la Ley de Matrimonio Civil; textos en los que ya se suprime el requisito del bautismo por razones políticas».

LETE DEL RÍO, *Derecho de la persona*, Tecnos, 1991, ilustra sobre los antecedentes: «La historia demuestra como ha sido práctica usual de las distintas legislaciones exigir, además del mero hecho físico o biológico del nacimiento, otros requisitos cuya realización permita el reconocimiento de la personalidad.

En el Derecho romano se exigían, para que pudiera hablarse de la existencia de un hombre, los requisitos siguientes: *a)* nacimiento efectivo, es decir, que el nuevo ser quedase completamente separado del claustro materno; *b)* que naciese vivo; y *c)* que tuviese forma humana. Dice ARIAS RAMOS que es “muy discutible que el Derecho romano señalase el requisito de la viabilidad”, y añade que “quienes entienden que tal requisito fue exigido por el Derecho romano, estiman que este atendió, para fijar la viabilidad, a la duración normal de la gestación, considerando viables a los infantes que la madre *pleni temporis parit*”.

Parece que el origen de la exigencia de la viabilidad o aptitud para continuar viviendo fuera del claustro materno se encuentra en el Derecho germánico, que reclamaba que el nacido viviera nueve días. Exigencia que va a seguir el Derecho español. Nuestra legislación histórica contiene variadas disposiciones relativas a las condiciones que había de reunir el nacimiento. El *Fuero Juzgo* (4, 2, 18) exigía que el nacido recibiera el bautismo y viviere diez días. Los *Fueros Municipales* supeditaban la condición de nacido al tiempo, pero con una variedad de plazos. El *Fuero Real* (3, 6, 3) también exige el bautismo. Las *Leyes de Partidas* (4, 23, 5) reproducen la exigencia del Derecho romano en lo relativo a la forma humana, y si bien sientan (4, 23, 4) una presunción acerca del término legal del embarazo, estableciendo el mínimo en seis meses y un día y el máximo en diez meses, la misma viene referida a la legitimidad de los nacidos. La *Ley 13 de Toro*, para evitar muchas dudas, estableció una triple condición: *que nació vivo todo, é que a lo menos, después de nascido, vivió veinticuatro horas naturales, é fue baptizado antes que muriese; y más adelante añade que si por la ausencia del marido ó por el tiempo del casamiento claramente se probase que nació en tiempo en que podía vivir naturalmente, mandamos que aunque concurran en el dicho fijo las cualidades susodichas, que no sea habido por parto natural ni legítimo*. Disposición que, según Benito GUTIÉRREZ, dio lugar a que a su vez se planteasen diversas interpretaciones acerca de si el feto había de nacer *todo vivo* o *todo* y nacer *vivo*, así como el sentido que había de atribuirse a la frase *nacer en tiempo*. Todas estas cuestiones se acaban con la Ley de Matrimonio Civil de 1870 (art. 60) que, por razones políticas y de acuerdo con su concepción laica de la vida, prescin-

y, sobre todo, para impedir que una vida tan corta interfiriese en una sucesión hereditaria (28).

El requisito de la figura humana procede del Derecho romano (*mulier si monstrosusum aut prodigiosum enixa sit, nihil proficit, non sunt enim liberi, qui contra formam humani generis procreantur*. Paulo 4, 9,3. Digesto 1,5,14).

Dicho requisito fue reproducido en las Partidas («no tener cabeça u otros miembros de bestia») y recibido por nuestra tradición jurídica (29).

Sin embargo, la mayoría de la doctrina ha criticado dicha exigencia por considerar que está fundada en antiguas creencias según las cuales las mujeres podrían tener criaturas monstruosas o que no pertenecieran a la especie humana (30).

de del requisito del bautismo, y para reputar nacido un nuevo ser reclama dos condiciones: “tener figura humana y vivir veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”.

Nuestro Código Civil, con distinta redacción gramatical, reproduce sustancialmente el artículo 60 de la Ley de Matrimonio Civil de 1870, y en su artículo 30 dice que: “Para los efectos civiles solo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”.

(28) Díez-PICAZO Y GULLÓN, «Sistema», *ob. cit.*, pág. 103: «Así pues, aunque en el origen de la norma fue la cuestión de los derechos sucesorios que pudiese adquirir un nacido aunque muriese al poco tiempo, el criterio adoptado se ha generalizado». Y en la misma página, en la nota 1, añade: «El artículo 107 del proyecto de 1851, exigía, para los efectos legales, que el feto tuviera figura humana y que viviese enteramente desprendido cuarenta y ocho horas».

GARCÍA GOYENA explicaba: «Para los efectos legales: sobre herencias: en este sentido han hablado todos los Códigos antiguos y modernos».

DE CASTRO, «Derecho Civil de España», *ob. cit.*, pág. 109: «El Proyecto de Código Civil de 1851 (art. 107) se decidió por el viejo sistema español y en contra del sistema francés de la viabilidad; en frase de GARCÍA GOYENA, “contra los Códigos modernos” y en favor de “reglas ciertas”», nota 1, pág. 109, del mismo autor: «¿Cómo dejar las herencias en la incertidumbre, dar ocasión a un pleito en cada caso y a fallos encontrados en diferentes o aun en los mismos Tribunales, con mengua del legislador y de los jueces?». «Prefirió, pues, conservar en su fondo a la verdadera legislación española que es en todo la de los Fueros». *Concordancias*, págs. 122-123. Para huir hasta del término «viable», se dirá: «caso de nacer y ser de vida» (art. 790). En las Cortes de Pamplona de 1765-1766, se pidió, por las dudas, pleitos y perjuicios que producía la sucesión de los niños que morían luego que nacen, «siendo la causa de todo la grande dificultad de saber si son abortivos o vitales», que se tengan por vitales si viven doce horas; lo que se le concedió cambiando el plazo a veinticuatro horas (Ley 52).

(29) ROGEL VIDE y ESPÍN ALBA, «Derecho de la persona», *ob. cit.*, págs. 30-31, ilustran sobre la razón «un tanto pecuniaria» del artículo 30: «Tener figura humana quiere, decir, en primer lugar y desde antiguo, no tener figura de monstruo; no tener —como dicen las Partidas— («no tener cabeça u otros miembros de bestia»), cual los cíclopes. Quiere decir, ya en nuestros días, que quedan excluidos de la personalidad, los fetos acéfalos, bicéfalos, los inmaduros y cualesquiera otros que evidencien su ineptitud para vivir. Cosa distinta es que el nacido carezca de algún miembro o lo tenga deforme. Como ya decían las Partidas: «si la criatura que nasce á figura de ome, mauer aya miembros sobajados o menguados, nol empece, quanto para poder heredar los bienes de su padre, o de su madre e los otros parientes».

He aquí la razón de ser, un tanto pecuniaria, del artículo 30: evitar que los derechos a la herencia se modifiquen por el azar del nacimiento de un infante que no puede seguir viviendo».

(30) CASTÁN, *Derecho Civil*, t. I, 2, pág. 123; GARCÍA URBANO, «Comentario al artículo 40», en *LRC*, *ob. cit.*, págs. 8-10; ENNECERUS, I & 77, núm. 8; PÉREZ GONZÁLEZ, *RDP*, 1944, pág. 241.

Como es sabido, un sector de la doctrina entendió el requisito de la figura humana como una cierta concesión a criterios de viabilidad propia o impropia (31).

Dicha interpretación ya es de por sí algo forzada incluso con relación a la anterior redacción del precepto, pues el legislador español optó por el criterio objetivo de la viabilidad legal (concretado en el plazo de 24 horas), de modo que a través del requisito de la «figura humana» realmente no cabía introducir un plazo de «viabilidad» o expectativa de vida de duración superior al legalmente tasado (24 horas) como determinante de la adquisición de la personalidad.

El propio DE CASTRO reconoce que el artículo 30 del Código Civil (en su redacción anterior), no cambia ni innova sino que, conforme a los antecedentes legislativos, excluye el requisito de la viabilidad propia (la impropia no la conoció nunca nuestro Derecho) (32) y la reemplaza por el sistema puro del plazo (viabilidad legal) (33).

(31) LETE DEL RÍO, *ob. cit.*, pág. 42, al comentar el requisito de la figura humana, afirma: «Sin embargo, como dice DE CASTRO, se trata de “una fórmula popular y expresiva para excluir de la condición de nacido a seres que, aunque nazcan vivos, el sentir popular no permite se les considere como personas: a) los fetos acéfalos, bicéfalos, hemicéfalos, cíclopes, etc., con deformaciones groseras y visibles, que pueden subsistir algunos días, cuya falta de figura humana evidencia la imposibilidad de vivir; b) la inmadurez fetal, en los casos que, sin producir la muerte biológica inmediata, la misma falta de forma humana manifiesta su ineptitud para vivir; c) los nacidos de mujer que no sean de raza humana, en el caso de que esto sea posible”. Por consiguiente, con arreglo a esta argumentación, este requisito legal deberá ser ponderado de acuerdo con la realidad social del momento u opinión o concepción común (cfr. art. 3.1.º CC) para determinar que el nuevo ser, aun pudiendo vivir natural o artificialmente durante un tiempo, tiene tal tipo de anomalía que no puede ser considerado como persona; e indirectamente se está admitiendo el requisito de la viabilidad, pues no cabe duda que en la actualidad, con los progresos de la medicina, biología y genética humanas, será posible hacer vivir mucho más de veinticuatro horas a fetos que hace muy pocos años no hubieran traspasado el límite legal; es decir, se trataría de inviábiles con más de veinticuatro horas de vida».

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, «Sistema de Derecho Civil», I, 2003, *ob. cit.*, pág. 216: «El tener figura humana... es un requisito que supone una concesión todo lo débil que se quiera, al criterio de que el nacido ha de ser viable, ha de tener aptitud para sobrevivir» ...dicho requisito es aceptado por la Convención sobre los Derechos del Niño, al entender por niño «todo ser humano menor de dieciocho años» (art 1.º).

(32) DE CASTRO, *ob. cit.*, págs. 107-108, al explicar el sistema francés de la viabilidad, nos ilustra: «En el momento de la Codificación, la doctrina francesa exigía el requisito de la viabilidad propia [DOMAT, *Les loix civiles*, 1, 2, 1 (ed. 1777, I, pág. 17); POTHIER, *Traité des successions*, 1, 21 (X, pág. 11)]. Hubo ya críticas contra la viabilidad, por su dificultad de prueba, nota a DOMAT, I, 1, 2, 5 (I, págs. 512-515) y esta fue, como indican los trabajos preparatorios, la única que fue acogida por el legislador francés. Solo posteriormente consideraciones con pretensiones de lógica hacen desviarse a la doctrina francesa, y con ello aparece en la doctrina un nuevo sentido de la viabilidad, la llamada viabilidad impropia. El razonamiento seguido es este: si se niega la personalidad por inmadurez, también debe negarse cuando falte la posibilidad de sobrevivir, sea cualquiera la causa del defecto que lo origine».

(33) DE CASTRO, «Derecho Civil de España», *ob. cit.*, págs. 109-110, prosigue: «Esta doctrina, que es la común, ha sido contradicha, sosteniéndose que “nuestro Código Civil mantiene todavía la exigencia de la viabilidad en jerarquía de *conditio iuris* del nacimiento

Además tal exigencia de viabilidad propia abocaría al espinosísimo problema de determinar el horizonte temporal hasta que aquella debía alcanzar, es decir, si la viabilidad había de implicar una expectativa de vida más o menos considerable (un mes, seis meses, un año, tres años, cinco años... ¿hasta cuándo?, dice DE CASTRO) o incluso una expectativa de vida y desarrollo normal (hasta cierta edad), lo que requeriría la fijación de un periodo temporal completamente al margen de la previsión legal y obligaría asimismo a ponderar una serie de elementos de valoración subjetivos y referidos al concreto ser nacido, todo lo cual dificultaría sobremanera el momento —decisivo— del reconocimiento de la personalidad conforme a unos patrones normativos claros y objetivos.

En todo caso, el texto vigente —teniendo en cuenta el estado actual de la medicina y de la genética y dando por supuesto que, conforme a estos, la mujer solo puede alumbrar seres humanos— ha prescindido de toda mención al requisito de la figura humana, con lo que todo el debate suscitado en torno a dicho requisito, sea en sí mismo, sea en su variante de la viabilidad, ha pasado a ser ocioso.

2.º El referido plazo de 24 horas es cuestionable (como comenzaba diciendo la Exposición de Motivos de la Ley del Matrimonio Civil —precedente del art. 30 del Código Civil—: «*En rigor, el feto que se desprende enteramente del seno materno en estado de vida, por más que fallezca al momento siguiente, no puede negarse que ha tenido en el único instante que ha vivido la capacidad necesaria para su personalidad jurídica...*»); además, puede conducir a resultados injustos y, en todo caso, es incorrecto puesto que la personalidad jurídica es intrínsecamente única e indivisible. Disocia, con una construcción jurídica artificiosa, en cuanto a la atribución de la personalidad, de una parte, los derechos fundamentales o derechos de la personalidad del nacido y, de otra, los aspectos patrimoniales.

determinante de la personalidad jurídica” y que “solo el ser viable es sujeto de derecho”. El alcance práctico de esta teoría, si se admitiese con sus naturales consecuencias, sería grande; implicaría reputar nacido al fallecido antes de las veinticuatro horas, si era naturalmente viable, y a no reputar nacido al que siga viviendo más de las veinticuatro horas (¿hasta cuándo?), pero sin ser viable. No parece posible aceptar esta teoría; se oponen a ella, no solo los antecedentes legislativos y la opinión común, sino la letra clara del Código. Ciertamente que en el Código Civil se emplean las palabras “viable” (arts. 960, 964) y “aborto” (arts. 965, 966, 967); pero cualquier duda posible respecto a su sentido, la desvanece el artículo 745 del Código Civil, que dice se entiende por criaturas abortivas (o no viables legalmente) “las que no *reúnan* las circunstancias expresadas en el artículo 30”.

Cuestión de otro orden es la de si convendría cambiar el sistema del artículo 30 y sustituirlo por el francés de la viabilidad propia e impropia. Las razones por las que se ha aconsejado el cambio no parecen decisivas.

Sería abandonar la vieja y arraigada fórmula española por una extranjera, duramente criticada por la doctrina de todos los países y que se ha abandonado además por las legislaciones más recientes».

En dicho sentido puede sostenerse que hay ciertos derechos del nacido, como son los derechos fundamentales (derecho a la vida, derecho a la dignidad, derecho a la integridad física...), que son innegables, independientemente del transcurso de las veinticuatro horas, y que se conectan con la propia existencia de la persona (34) (pensemos, por ejemplo, en el fallecimiento del recién nacido, antes del transcurso de las 24 horas de vida, como consecuencia de impericia médica en una intervención jurídica).

Asimismo, en relación con lo anterior, no existen argumentos ni razones para otorgar un trato diferente a una persona a efectos civiles o penales en función de su supervivencia mas allá de las precitadas 24 horas (por ejemplo, el delito del que es víctima el recién nacido después del nacimiento y antes de las 24 horas de vida es un delito contra su persona, no contra su madre. Sin embargo, a efectos civiles, la consideración de persona se condiciona al cumplimiento del plazo de 24 horas). Es decir, desde el nacimiento, el niño ya es una persona, penalmente protegible (vid. SSTs, Sala Segunda, de lo Penal, de 29 de noviembre de 2001, en relación con la muerte de un recién nacido, de pocas horas de vida, por la desafortunada técnica utilizada en su nacimiento, que cumple las exigencias típicas del artículo 612.2 del Código Penal) (35).

(34) ROGEL VIDE y ESPÍN ALBA, *Derecho de la persona*, Reus, 2008, pág. 30, afirman: «En el momento mismo del nacimiento, adquiere el nacido subjetividad jurídica, derecho a la dignidad y al respeto, en modo tal que el delito del que sea, hipotéticamente, víctima, es un delito cometido contra su persona, que no contra la persona de su madre».

PÉREZ TREMPES, *Derecho Constitucional*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 138, al abordar la capacidad jurídica, señala: «Esta aptitud se conecta, en general, con la propia existencia de la persona, de forma que, por el simple hecho de serlo, se es titular de ciertos derechos, en concreto los derechos fundamentales, y se puede ser titular de otros».

(35) STS de 29 de noviembre de 2001, Fundamento 2: «Esta doctrina la retoma y profundiza la sentencia de 22 de enero de 1999 (LA LEY 2186/1999) —recurso 3823/1997— en la que se recuerda que el Tribunal Constitucional en la sentencia 53/1985 había declarado que la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso del cual una realidad biológica va tomando cuerpo y que la gestación ha generado un *tertium* existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de esta.

En dicha sentencia se dice en el Fundamento Jurídico 1.º: que el comienzo del parto pone fin al estadio fetal y ese comienzo surge con el llamado periodo de dilatación y continúa con el periodo de expulsión; en ambos tiempos el nacimiento ya ha comenzado; las contracciones de la dilatación tienden a ampliar la boca del útero hasta su total extensión y al mismo tiempo empujan al niño hacia fuera, de tal manera que hay ya intento de expulsión del cuerpo materno, que enlaza con las contracciones y dolores propios de la expulsión, que coincide con la fase terminal del nacimiento o parto.

Se reitera y precisa, en el mismo fundamento, que “el comienzo del nacimiento pone fin al estadio fetal y, por consiguiente, se transforma en persona lo que antes era un feto” y se añade que no existe en Derecho Penal un precepto que señale, como sucede en el Código Civil, la delimitación a los efectos pertinentes, de la consideración jurídica de persona, pero no cabe duda que la conceptualización de persona, a partir del momento en que se inicia el nacimiento, se sitúa en la línea de la mayor efectividad de los derechos a la vida, a la integridad física y a la salud que proclaman los artículos 15 y 43 de nuestra Constitución.

3.º El artículo 7.1 de la Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, dispone: «*El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento, y tendrá derecho, desde que nace, a un nombre, a adquirir una nacionalidad...*», sin exigir la concurrencia de ningún requisito añadido.

En dicho sentido, puede entenderse que una interpretación al amparo del citado artículo 7.1 de la citada Convención (ratificada por España, BOE de 31 de diciembre de 1990), deroga, de una parte, la necesidad del plazo de veinticuatro horas para la inscripción del nacimiento en el Registro Civil (arts. 42 LRC y 165 RRC) y, de otra parte, obliga a reputar derogada la norma del artículo 171 del RRC, que considera como criatura abortiva al nacido que no sobreviva veinticuatro horas.

4.º La atribución de la personalidad desde el nacimiento sin condicionarla a ningún requisito (salvo el nacimiento con vida) es el criterio seguido por ordenamientos jurídicos próximos al nuestro que atribuyen capacidad jurídica desde el momento del nacimiento: Parágrafo 1 del BGB: «*La capacidad jurídica de la persona comienza con la consumación del nacimiento*». Artículo 1.1 del Código Civil italiano: «*la capacidad jurídica se adquiere desde el momento del nacimiento*». Artículo 66.1 del Código Civil portugués: «*La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento completo y con vida*». Artículo 3.1 del Código Civil suizo: «*La personalidad comienza una vez acaecido el nacimiento del niño vivo*».

En Cataluña (aunque la regulación de esta materia por el legislador catalán, pueda considerarse discutible desde el punto de vista de las competencias), el artículo 211.1 del Libro II del Código Civil (aprobado el 29 de julio de 2010) dispone:

1. *La personalidad civil es inherente a la persona física desde su nacimiento.* 2. *El concebido tiene la consideración de persona a los efectos que le sean favorables, siempre y cuando llegue a nacer.*

5.º A los argumentos ya expuestos, puede añadirse la especial preocupación del legislador por la adecuación de la legislación registral a la Constitución,

La sentencia proclama, en suma, que el ser humano, cuyo nacimiento se ha iniciado, constituye el bien jurídico protegido y al mismo tiempo el objeto que sufre la acción u omisión que como delitos de homicidio o lesiones se tipifican en el Código Penal. No son, pues, los delitos de aborto ni de lesiones al feto los que procede examinar. No es la salud, integridad o vida del feto lo que se pone en peligro sino la salud e integridad física de una "persona", el otro, al que se refieren el artículo 420 del Código Penal derogado y el artículo 147 del vigente Código Penal. De acuerdo con esta doctrina, la muerte de un niño, como sucedió en el presente caso, que vivió varias horas y murió como consecuencia de la desacerada técnica utilizada en su nacimiento, constitutiva de imprudencia leve, colma cumplidamente las exigencias típicas del artículo 612.2 del Código Penal, porque ya era una persona penalmente protegible».

que se refleja —de forma insistente— tanto en el Preámbulo como en todo el articulado de la Ley del Registro Civil 20/2011.

Desde esta perspectiva, la reforma del artículo 30 del Código Civil es coherente con los principios informadores del ordenamiento jurídico consagrados en la Carta Magna y, por lo que aquí interesa, con la protección de la familia y la igualdad de los hijos con independencia de su filiación (arts. 14 y 39 de la Constitución).

Algunas situaciones discriminatorias respecto a la familia no matrimonial se mitigan o corrigen con el nuevo régimen previsto para la inscripción del nacimiento (en concreto, con la práctica de la inscripción inmediatamente después del nacimiento, sin que los padres deban esperar necesariamente 24 horas, y con la comunicación del nacimiento por los centros sanitarios a la Oficina del Registro Civil mediante remisión electrónica del formulario oficial, artículos 44, 46, 47 Ley 20/2011) (36), igualando los derechos de la familia matrimonial y

(36) Artículo 44. Inscripción de nacimiento y filiación:

1. *Son inscribibles los nacimientos de las personas, conforme a lo previsto en el artículo 30 del Código Civil.*

2. *La inscripción hace fe del hecho, fecha, hora y lugar del nacimiento, identidad, sexo y, en su caso, filiación del inscrito.*

3. *La inscripción de nacimiento se practicará en virtud de declaración formulada en documento oficial debidamente firmado por el o los declarantes, acompañada del parte facultativo. En defecto de este, deberá aportarse la documentación acreditativa en los términos que reglamentariamente se determinen.*

El encargado de la Oficina General o Consular, una vez recibida y examinada la documentación, practicará inmediatamente la inscripción de nacimiento. Tal inscripción determinará la apertura de un nuevo registro individual, al que se asignará un código personal en los términos previstos en el artículo 6 de la presente Ley.

4. *No constará la filiación paterna en los casos en que se constate que la madre tiene vínculo matrimonial con persona distinta de la que figura en la declaración o sea de aplicación la presunción prevista en el artículo 116 del Código Civil. En estos casos, se practicará la inscripción de nacimiento de forma inmediata y se procederá a la apertura de un expediente registral.*

En los casos de filiación adoptiva, se hará constar la resolución judicial que constituya la adopción, quedando sometida al régimen de publicidad restringida previsto en la presente Ley.

5. *Una vez practicada la inscripción, el encargado expedirá certificación literal de la inscripción de nacimiento y la remitirá al domicilio señalado a tal fin por el declarante o declarantes.*

Artículo 46. Comunicación del nacimiento por los centros sanitarios:

La dirección de hospitales, clínicas y establecimientos sanitarios comunicará en el plazo de veinticuatro horas a la Oficina del Registro Civil que corresponda cada uno de los nacimientos que hayan tenido lugar en su centro sanitario. El personal sanitario que asista al nacimiento deberá adoptar las cautelas necesarias para asegurar la identificación del recién nacido y efectuará las comprobaciones que se determinen reglamentariamente para establecer su filiación.

Cumplidos los requisitos para la inscripción, la comunicación se realizará mediante la remisión electrónica del formulario oficial de declaración debidamente cumplimentado y firmado por los padres.

Los firmantes deberán acreditar su identidad por los medios admitidos en Derecho.

no matrimonial (37), dando cumplimiento a la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional.

A partir de los argumentos que han sido expuestos y de los debates parlamentarios suscitados por las Enmiendas presentadas por diversos Grupos parlamentarios —a las que nos hemos referido—, ha prosperado una nueva redacción del art 30 del Código Civil, cuyo tenor literal es el siguiente:

«*La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno.*»

Dicho precepto, como excepción a la regla de *vacatio legis* de tres años de la Ley del Registro Civil, ha entrado en vigor al día siguiente de la publicación de la citada Ley en el *BOE*.

El artículo 30 del Código Civil fija como hecho y momento determinante de la adquisición de la personalidad el momento del nacimiento con vida (sin referirse expresamente a «persona», «nacido», «niño», como hacen los Códigos Civiles alemán y suizo, no así los Códigos Civiles italiano y portugués). Por lo demás, destierra de su texto, la expresión «feto», contenida en su anterior redacción (sin duda, porque el legislador decimonónico estaba especialmente atraído por las cuestiones patrimoniales, con postergación del Derecho de la persona) (38).

Artículo 47. Inscripción de nacimiento por declaración de otras personas obligadas.

1. *Respecto de los nacimientos que se hayan producido fuera de establecimiento sanitario, o cuando por cualquier causa no se haya remitido el documento en el plazo y condiciones previstos en el artículo anterior, los obligados a promover la inscripción dispondrán de un plazo de diez días para declarar el nacimiento ante la Oficina General o Consular del Registro Civil.*

2. *La declaración se efectuará presentando el documento oficial debidamente cumplimentado, al que deberá acompañarse el certificado médico preceptivo o, en su defecto, el documento acreditativo en los términos que reglamentariamente se determinen.*

3. *La declaración podrá efectuarse presencialmente en la Oficina General o Consular del Registro Civil.*

(37) Pensemos en una operación de urgencia practicada a una recién nacida a las doce horas de vida, cuyos «padres» no están casados. Pues bien, con el régimen hasta ahora vigente, se prescindiría del consentimiento del padre por no estar determinada la filiación paterna, al no ser posible la inscripción antes de las 24 horas y operar en la legislación civil común, la presunción de paternidad respecto del marido de la madre y no del conviviente de hecho. Sin embargo, la actual regulación, con una tramitación más ágil y la posibilidad de inscripción inmediata mediante remisión electrónica, evitaría la postergación del padre en circunstancias como las expresadas —que no son infrecuentes— y que se insertan dentro del ejercicio conjunto de la patria potestad. A lo anterior debe añadirse que no será necesaria ya la presencia física de los progenitores en los Registros Civiles para la inscripción del nacimiento de los hijos, ni en consecuencia, la comparecencia de la madre —en ocasiones recién operada— que se venía exigiendo para la inscripción de los hijos no matrimoniales.

(38) Se reputaba «feto» privándole de la cualidad de persona, incluso al nacido con vida si no cumplía la *conditio iuris* del plazo de 24 horas de vida extrauterina.

Por otra parte, y a diferencia de los ordenamientos jurídicos europeos y de la Enmienda 77 del Grupo Parlamentario Convergencia y Unión, en los que se ha inspirado el moderno artículo 30 del Código Civil, el legislador ha sido respetuoso con nuestra tradición jurídica (conforme a la terminología romana —*excepto, excisso*— que GARCÍA GOYENA traduce con la frase «desprendido enteramente») y requiere, para la adquisición de personalidad, la concurrencia del entero desprendimiento del seno materno.

La nueva redacción del artículo 30 del Código Civil introduce un cambio histórico en la materia con implicaciones no estrictamente civiles, sino muy especialmente de índole constitucional.

El reconocimiento de la personalidad desde el nacimiento, es una exigencia ineludible, consecuencia de la dignidad del ser humano que el Derecho debe consagrar.

Los requisitos legales de los que pendía el comienzo de la personalidad: tener figura humana y veinticuatro horas de vida extrauterina (redacción primigenia, art. 30 CC), han quedado derogados.

La capacidad jurídica definida como aptitud o idoneidad que el Derecho reconoce a toda persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, es consustancial al ser humano (39) y debe comenzar con el reconocimiento de la personalidad jurídica por el hecho del nacimiento, en los términos del ya vigente artículo 30 del Código Civil.

La modificación de uno de los preceptos más relevantes del Código Civil, por cuanto entronca con la noción misma de persona, causa o razón de ser de todo el ordenamiento (*hominum causa omne ius constitutum sit*, D. 1, 5, 2), ha prosperado a pesar de la reticencia de importantes sectores doctrinales —civilistas y constitucionalistas— que actuaban como guardianes de una pretendida ortodoxia.

Dichos autores no parecían entender que la nueva arquitectura jurídica, diseñada en la Ley del Registro Civil, de 21 de julio de 2011, al regular la

(39) Por contraposición a la capacidad jurídica, inherente a la persona desde su nacimiento, la capacidad de obrar la atribuye el ordenamiento en base a determinadas condiciones personales relativas al estado civil.

La capacidad de obrar depende y por ello debe ponerse en relación con el dato objetivo y formal del estado civil. Los únicos límites a la capacidad de obrar que hoy reconoce el Derecho vienen determinados por el estado civil y, dentro de dichos estados, únicamente la edad y la incapacidad afectan a la capacidad de obrar.

DE CASTRO destacaba como uno de los mayores errores de dirección de la doctrina jurídica el aceptar como axioma que la capacidad de obrar está determinada en el Derecho por la aptitud natural del individuo para conocer, saber o querer.

Según dicho autor: «*la capacidad de obrar, aunque inmediatamente puede estar afectada por la aptitud natural del individuo, jurídica e inmediatamente resulta del reflejo de cada estado civil. Puede, por tanto, definirse como: la cualidad jurídica de la persona que determina —conforme a su estado— la eficacia jurídica de sus actos*».

inscripción del nacimiento (art. 44 de la Ley 20/2011), cuya trascendencia en la vida de los ciudadanos fue ya destacada por DE CASTRO, no podía remitirse al artículo 30 del Código Civil en su redacción de 1889 —que parte de unos postulados ideológicos y jurídico-constitucionales distintos— máxime cuando las normas similares contenidas en los Códigos Civiles de nuestro entorno ya se habían modificado en el sentido de la presente reforma.

La reforma del artículo 30 del Código Civil ha desmoronado, como castillo de naipes, los requisitos tradicionales del reconocimiento de la personalidad, articulando una construcción jurídica armónica con el resto del ordenamiento jurídico y coherente con el nuevo marco legal del Registro Civil establecido en la Ley.

II. LA CREACIÓN DE UN ARCHIVO ESPECIAL DEL REGISTRO CIVIL EN EL QUE CONSTAN LOS FALLECIMIENTOS CON POSTERIORIDAD A LOS SEIS MESES DE GESTACIÓN

La doctrina ha mantenido tradicionalmente que el concepto médico de aborto no coincide con el concepto civil (40). Así, conforme a la legislación registral, son criaturas abortivas las nacidas muertas de más de ciento ochenta días de vida fetal aproximadamente, y también las criaturas vivas que no lleguen a alcanzar las veinticuatro horas de vida extrauterina establecidas en el artículo 30 del Código Civil (véanse arts. 45 de la LRC y 171 del RRC) (41).

La constancia (no inscripción) de criaturas abortivas, al no gozar de personalidad, no se lleva en un libro del Registro Civil. Sin embargo, se prevé su reflejo (con fines estadísticos, de publicidad...) en un legajo especial, siendo de publicidad restringida (art. 21.5 del RRC), salvo que se solicite certificación por los propios padres (art. 22.5 del RRC).

Como mantuve en el artículo antes referido, publicado en 1998, puede constatarse la contradicción del concepto de aborto a efectos registrales, con el artículo 7.1 de la Convención de los Derechos del Niño (42), respecto del plazo de veinticuatro horas de vida extrauterina exigible en la legislación registral para que el nacido no sea reputado criatura abortiva.

(40) DÍEZ DEL CORRAL, *Lecciones prácticas del Registro Civil*, 1993, pág. 44.

LUCES GIL, *Derecho Registral Civil*, Bosch, 1991, págs. 79-80.

(41) Artículo 45 de la Ley del Registro Civil: «Las personas obligadas a declarar o a dar el parte del nacimiento están también obligadas a comunicar en la misma forma el alumbramiento de las criaturas abortivas de más de ciento ochenta días de vida fetal, aproximadamente. En el Registro Civil se llevará un legajo con las declaraciones y partes de estos abortos».

Artículo 171 del Reglamento del Registro Civil: «Se entiende por criaturas abortivas las que no reúnen las circunstancias exigidas para que un feto se reputo nacido a los efectos civiles».

(42) Artículo 71: «El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento...».

La Ley 20/2011, de 21 de julio, ha suprimido el legajo de abortos y regula en su Disposición Adicional cuarta, *la constancia en el Registro Civil de los fallecimientos con posterioridad a los seis meses de gestación*, en los siguientes términos:

«Figurarán en un archivo del Registro Civil, sin efectos jurídicos, los fallecimientos que se produzcan con posterioridad a los seis meses de gestación y no cumplieren las condiciones previstas en el artículo 30 del Código Civil, pudiendo los progenitores otorgar un nombre» (43).

No es aventurado sostener que la expresada norma evita deliberadamente determinar de quién es el fallecimiento, es decir, quién es el sujeto de este, por soslayar la espinosísima cuestión de calificar el ente que es alumbrado sin vida como «ser», «ser humano», «criatura abortiva», «criatura», «concebido», «feto», etc.

El debate, en todo caso, en buena medida sería estéril, pero puede afectar a determinadas sensibilidades y posiciones ideológicas. Por ello, a fin de evitar situaciones de enfrentamiento y conseguir el mayor consenso, la opción legal de prescindir de todo calificativo —criterio que proviene de la Enmienda 58 de Convergencia y Unión— puede considerarse plausible.

Como también puede considerarse acertada, la decisión —clara— de prescindir de la expresión «criatura abortiva», propia de la legislación registral anterior (que, sin embargo, se postula en la Enmienda 140 del Grupo Popular), por resultar hiriente para los progenitores y, ser, en todo caso, poco acorde, a «la dignidad del concebido» en las distintas situaciones que hasta los seis meses de gestación pueden presentarse (44). En el bien entendido sentido, como afirma DE CASTRO, que *«al concebido no se le atribuyen derechos personales*

(43) Disposición Transitoria novena. Aplicación de la Disposición Adicional cuarta:

«Lo dispuesto en la Disposición Adicional cuarta resultará de aplicación a todas aquellas defunciones acaecidas con anterioridad a su entrada en vigor; siempre que así lo soliciten los progenitores en el plazo de dos años desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado».

Acaso debería haberse previsto la vigencia de la Disposición Adicional cuarta, al día siguiente de la publicación en el BOE de la Ley del Registro Civil 20/2011, de modo similar a lo previsto respecto de la vigencia del artículo 30 Código Civil.

(44) Sobre la protección del concebido, puede verse:

DE CASTRO y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, Tomo II, *Derecho de la Persona*, 1952, págs 113 y sigs.

ARROYO I AMAYUELAS, E., *La protección del concebido en el Código Civil*, Civitas, Madrid, 1992.

CALLEJO RODRÍGUEZ, C., *Aspectos civiles de la protección del concebido no nacido*, Mac Graw Hill, Madrid, 1997.

LINACERO DE LA FUENTE, *Protección jurídica del menor*, Montecorvo, 2001, págs. 44-47.

ROCA SASTRE, R. M., «Eficacia de los llamamientos sucesorios a favor de los *nasciturus*», en *RDP*, 1946.

ni patrimoniales; es el nacimiento el que determina esta atribución, aunque con efectos retroactivos al momento de la concepción» (45).

En dicha línea, acaso debería haberse modificado expresamente el artículo 745.1 del Código Civil, suprimiendo de su tenor la expresión «criaturas abortivas». En todo caso, el citado precepto debe interpretarse de acuerdo con la nueva regulación de la materia (46).

El origen de dicha Disposición Adicional está en las Enmiendas 58 del Grupo Parlamentario Convergencia y Unión (47) y 140 del Grupo Parlamentario

En todo caso, en rigor, los derechos del menor formulados en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, no son de aplicación al *nasciturus*.

CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., «Comentario al artículo 154 Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. III, vol. 2.º, Edersa, 1982, pág. 106, señala: «Sin rechazar totalmente la existencia de patria potestad sobre hijos no nacidos... es difícil admitir el ejercicio de los derechos y deberes de educación, guarda y sostenimiento del concebido. Tampoco existe administración y goce de los bienes de este por el titular de la patria potestad»; LINACERO DE LA FUENTE, *Protección jurídica del menor*, Montecorvo, 201, pág. 44: «En rigor, la Ley del menor no es aplicable al concebido y no nacido. Sin embargo, resulta criticable la ausencia en aquella de una referencia explícita a la protección del *nasciturus*, o al menos, a la atención prenatal a las madres... En todo caso, los antecedentes históricos; el tenor del artículo 29 del Código Civil; la protección integral de las madres prevista en el artículo 39.2 de la Constitución; el Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño y, especialmente, su artículo 24.2.d) que obliga a los Estados miembros a «asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres»; son argumentos suficientes para entender que la protección del *nasciturus* puede entenderse referida no exclusivamente al ámbito patrimonial (arts. 327 y 959 y sigs. CC), sino también a la esfera personal, justificando, por ejemplo, la adopción de medidas preventivas cuando se ponga en peligro la salud del concebido y no nacido».

(45) DE CASTRO, *ob. cit.*, pág. 119.

(46) Artículo 745 del Código Civil: «*Son incapaces de suceder:*

1. *Las criaturas abortivas, entendiéndose por tales las que no reúnan las circunstancias expresadas en el artículo 30».*

La Enmienda 77 de CIU propuso el siguiente texto del artículo 745 del Código Civil: «*Son incapaces de suceder:*

1. *Las criaturas abortivas».*

Justificación de la enmienda 77 en relación a dicho precepto:

«...3. Se propone suprimir la referencia que hace el artículo 745 al artículo 30, ya que con la modificación de este artículo desaparecen las circunstancias que contenía (figura humana y 24 horas). En coherencia con la modificación de los artículos 29 y 30, el nacido tiene capacidad sucesoria en tanto es persona y tiene atribuida personalidad civil desde el nacimiento».

TRUJILLO DÍEZ (actualizado por MARÍN LÓPEZ): «Comentario al artículo 745 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coord.: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Aranzadi, 2009, pág. 903, afirma: «El artículo 745 del Código Civil regula las incapacidades absolutas para suceder, pero los supuestos que contempla (criaturas abortivas...) lo son más bien de inexistencia de la persona... Por la misma razón no pueden suceder las personas físicas fallecidas...».

(47) Enmienda 58, Grupo Parlamentario, Convergencia y Unión de modificación del apartado 1 del artículo 44. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. 6 de abril de 2011, núm. 90-26, pág. 24.

Popular (48) al artículo 44 del Proyecto de Ley del Registro Civil, enmiendas que presentan rasgos comunes con la regulación de la materia en la legislación francesa (49).

Las referidas Enmiendas 58 y 140 no fueron aceptadas en sus términos, pero dieron lugar a una transaccional de modificación del artículo 30 (en relación con la Enmienda 77) y de adición de una Disposición Adicional nueva.

El artículo 44.1 y 2 del Proyecto de Ley del Registro Civil, relativo a la Inscripción de nacimiento, disponía:

- «1. *Son inscribibles los nacimientos de las personas, conforme a lo previsto en el artículo 30 del Código Civil.*
2. *La inscripción hace fe del hecho, fecha, hora y lugar del nacimiento, identidad, sexo y, en su caso, de la filiación del inscrito».*

La Enmienda 58 proponía la modificación del apartado 1 del artículo 44 en los siguientes términos:

«1. *Son inscribibles los nacimientos de las personas, conforme a lo previsto en el artículo 30 del Código Civil.*

A solicitud de los progenitores y para poder otorgar nombre, podrán constar también en el Registro Civil, sin efectos jurídicos, los nacimientos y fallecimientos prenatales y perinatales, siempre que se produzcan con posterioridad a los seis meses de gestación, y no sean inscribibles de acuerdo con lo previsto en el artículo 30 del Código Civil.

La inscripción hace fe del hecho, fecha, hora y lugar del nacimiento, identidad, sexo y, en su caso, de la filiación del inscrito» (50).

(48) Enmienda 140. Grupo Parlamentario Popular. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. 6 de abril de 2011, núm. 90-26, pág. 52.

(49) En Francia, la materia se ha regulado en el Decreto 2008-798 de 20 de agosto de 2008 (que modifica el Decreto núm. 74-449 de 15 de mayo de 1974, relativo al Libro de Familia) y en la Orden Ministerial de 20 de agosto de 2008 (que modifica la Orden de 1 de junio de 2006, que fija el modelo del Libro de Familia). Se posibilita también la inscripción de los fetos de 16 a 22 semanas nacidos muertos. Antes solo se inscribían los muertos después de 22 semanas o que hubieran pesado 500 gramos.

(50) *Justificación de la Enmienda 58.*

El artículo 30 del Código Civil, como una norma de orden práctico al objeto de atribuir personalidad al nacido, es decir, la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, revestido de dignidad y titular de unos derechos inviolables, muestra, por el contrario, poca sensibilidad en otro orden de cosas.

Cuando no se cumplen estos requisitos, ya sea por defunción prenatal o perinatal, no existe la posibilidad de inscripción en el Registro Civil, remitiéndose el archivo de la declaración y parte de alumbramiento al correspondiente legajo, a los efectos de expedir la licencia de inhumación. Además de haber de soportar el dolor que supone la pérdida de un hijo u hija en estas circunstancias, se suma que, en la totalidad de los documentos públicos y privados que generan este hecho, se refieran al muerto con sobrenombres impuestos de hembra, varón o difunto, sin la posibilidad que los progenitores puedan otorgarle un nombre al no proceder su inscripción en el Registro Civil.

En la amplia justificación de la Enmienda 58 se invocaban, entre otras razones, la denominada «Reforma Amanda», impulsada por unos padres que se habían visto en dichas circunstancias de pérdida de una hija y que había dado lugar a una Proposición de Ley de Convergencia y Unión que había sido rechazada (51).

Por su parte, la enmienda 140 del Grupo Parlamentario Popular, proponía la adición de los apartados 5.º y 6.º al citado artículo 44, en los siguientes términos:

5. *Las personas que conforme a lo establecido en esta ley estuvieran obligadas a promover la inscripción de nacimiento, también deben comunicar en la misma forma el alumbramiento de las criaturas abortivas de más de ciento ochenta días de vida fetal. En la Oficina correspondiente del Registro Civil se llevará un archivo con las declaraciones y certificados médicos de estos abortos, en el que se incluirá, sin efectos jurídicos y a solicitud de cualquiera de los progenitores, el nombre y los apellidos que le hubieran correspondido, cuando la filiación estuviere determinada.*
6. *Asimismo, a solicitud de cualquiera de los progenitores y a fin de conocer su filiación, se inscribirán, sin más efectos jurídicos que incluir*

Desde hace varios años, un matrimonio que se halló en estas circunstancias ha impulsado la llamada «Reforma Amanda», por la que se pretende conseguir las modificaciones legislativas oportunas y permitir, si los padres así lo solicitan, que los fallecimientos perinatales puedan ser inscritos en el Registro Civil, con independencia de que su fallecimiento se haya producido antes de las veinticuatro horas desde su nacimiento, antes del parto o dentro de un periodo de seis meses desde la gestación.

El objetivo de esta reclamación no es otro que humanizar nuestro ordenamiento jurídico, sin que por ello se pretenda conceder efectos jurídicos a hechos que no los producen.

(51) En dicho sentido, se presentó una Proposición de Ley de Convergencia y Unión de Reforma de la Ley de 1957 sobre la materia, proponía el siguiente artículo 40 del Registro Civil:

«Son inscribibles los nacimientos en que concurren las condiciones establecidas en el artículo 30 del Código Civil.

Se pondrán inscribir, sin efectos jurídicos y a solicitud de los progenitores, los nacimientos y fallecimientos prenatales, perinatales y los que acaezcan antes de las veinticuatro horas de vida, a fin de reflejar la filiación y poder otorgar nombre».

En todo caso, dicha Proposición fue rechazada.

En efecto, como argumenta la Enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, «no puede sostenerse que se otorgue personalidad jurídica solo al nacido con figura humana que lleve al menos veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno (y esto curiosamente no lo discute la referida Proposición, aunque sí la enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Esquerra Republicana-Izquierda Unida, Iniciativa per Catalunya Verds) y, sin embargo, aunque se dice *se podrán inscribir sin efectos jurídicos* y a solicitud de los progenitores, los nacimientos y fallecimientos prenatales, perinatales y los que acaezcan antes de las veinticuatro horas de vida..., la propia norma se contradice, ya que *reconoce en tal circunstancia efectos jurídicos como son la filiación y el nombre*». A lo anterior deben añadirse efectos jurídicos de naturaleza patrimonial, ligados con el derecho sucesorio por mor de la filiación, cuya trascendencia es evidente, ya que precisamente explican el tenor actual del artículo 30 del Código Civil, y en los que no procede entrar ahora.

en el correspondiente asiento el nombre y apellidos que determinen sus progenitores, los nacimientos de quienes fallecieron antes de transcurrir el plazo de 24 horas a que se refiere el artículo 30 del Código Civil.

La redacción propuesta en la referida Enmienda 58 y, en menor medida, en la precitada Enmienda 140, ha servido de base al texto finalmente aprobado, si bien, con algunas variaciones de contenido (52) y una ubicación sistemática diferente que se desplaza del artículo 44 de la Ley a su Disposición Adicional cuarta.

Dicha Disposición Adicional señala expresamente que no tendrá efectos jurídicos la constancia en un archivo del Registro Civil de los fallecimientos que se produzcan con posterioridad a los seis meses de gestación y no cumplieren las condiciones previstas en el artículo 30 del Código Civil, si bien permite que los progenitores puedan otorgar un nombre.

En la tramitación parlamentaria y en los debates suscitados con relación a la creación del citado archivo, las consideraciones y dificultades de orden jurídico en relación con la atribución de un nombre al nacido muerto, fueron ponderadas con motivaciones de índole afectiva y social, a las que el Derecho de la persona debía ser permeable.

En sentido estricto, no puede sostenerse que el referido archivo «carezca de efectos jurídicos» y, sin embargo, se pueda atribuir un nombre al nacido muerto de más de seis meses de gestación.

El nombre es uno de los derechos subjetivos que se integran en la categoría de «los derechos de la personalidad», por lo que parecería presuponer esta. Sin embargo, nada impide que la Ley, por especiales razones, permita la atribución de un nombre a quienes no llegaron a alcanzar personalidad.

En efecto, si bien el nombre es un derecho de la personalidad atribuible desde el nacimiento con vida, lo cierto es que permitir atribuir un nombre y unos apellidos (53) en el caso de los fallecimientos de más de seis meses de gestación, obedece a intereses dignos de protección, y se reclamaba, fundamentalmente, a efectos de identificar el enterramiento.

(52) En armonía con el nuevo artículo 30 del Código Civil, la referida Disposición Adicional se refiere a la constancia registral únicamente de los fallecimientos y no de los nacimientos. Sin embargo, ambas Enmiendas contemplan los fallecimientos y los nacimientos no inscribibles de acuerdo con lo previsto en el derogado artículo 30 del Código Civil.

La transaccional propuesta por el Grupo Socialista de modificación del artículo 30 del Código Civil y de adición de una Disposición Adicional nueva, obliga necesariamente a excluir del referido archivo a los nacidos que no sobrevivan 24 horas.

De otra parte, la Enmienda 140 del Grupo Popular proponía la adición de un apartado 5 del artículo 44 LRC, que aludía expresamente a criaturas abortivas y a abortos, con una redacción muy similar al artículo 45 de la Ley del Registro Civil de 1957.

(53) El legislador emplea el término nombre, si bien tal expresión debe entenderse en el sentido de derecho al nombre que incluye el nombre y los apellidos.

Es evidente que el nacido muerto que se entierra no ha alcanzado personalidad, pero tiene la entidad suficiente para otorgarle un nombre a efectos sociales e incluso administrativos (v.gr. identificación del enterramiento, trámites en relación con los restos y su custodia, traslados...).

Incluso puede pensarse que la fórmula legal empleada «sin efectos jurídicos», no deja de ser retórica, ya que es prácticamente imposible que no se produzcan algunos «efectos jurídicos» al transmitir el nombre, cuestión en la que no procede extenderse aquí.

En todo caso, en la materia que nos ocupa, deben tenerse en cuenta, no solo consideraciones jurídicas sino también sociológicas. Y en este ámbito son dignas de respeto las sensibilidades latentes en los sentimientos y afectos de los padres. Y aunque la construcción jurídica, estrictamente entendida, sea cuestionable (54), lo cierto es que a nadie perjudica y, por el contrario, satisface intereses dignos de protección que constituyen suficiente razón para poder otorgar un nombre en los términos previstos por el legislador (55).

En definitiva, el archivo especial que se configura es un ejemplo más de modernización de la institución del Registro Civil y de su estrecha conexión con la realidad social sobre la que opera, teniendo siempre como eje —como corresponde a esta rama del Derecho— la tutela de la persona en sus múltiples manifestaciones.

RESUMEN

ADQUISICIÓN
PERSONALIDAD
NACIMIENTO

El trabajo se introduce con unas líneas generales sobre la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (aprobada con un amplio consenso de todos los Grupos Parlamentarios), que consagra a lo largo de cien preceptos una nueva ordenación del Registro Civil en España. La nueva Ley constituye una de las reformas de mayor trascendencia social y jurídica operadas en el Derecho de

ABSTRACT

ACQUISITION
PERSONALITY
BIRTH

The paper begins with a general introduction to Act 20/2011 of 21 July on the Civil Register. The act was passed with a broad consensus by all parliamentary groups. Throughout its 100 sections, it establishes a new system of organisation for the civil registration system in Spain. This act constitutes one of the most important social and legal reforms ever made in per-

(54) DE CASTRO, *ob. cit.*, pág. 120, afirma: «El artículo 29 del Código Civil dice: “el nacimiento determina la personalidad”, lo que de modo inequívoco significa que, desde ese momento y solo desde ese momento, hay personalidad y capacidad».

(55) En Francia, y en relación con el Decreto y la Orden de 20 de agosto de 2008, que permiten la inscripción del niño nacido muerto a partir de las 16 semanas, se explican dichas normas por las correspondientes Ministras de Justicia y Sanidad, como una respuesta pragmática y humana que permita atribuir un nombre y un tratamiento funeral, pero no queda establecida ninguna filiación, ni personalidad jurídica.

la persona y de la familia, desde la entrada en vigor de la Constitución.

La precitada Ley del Registro Civil, que configura un Registro Civil cuyo eje es la persona, en toda su continuidad jurídica (siguiendo a DE CASTRO), requería la modificación del artículo 30 del Código Civil, que debía adaptarse a la Convención sobre los Derechos del Niño y a los ordenamientos jurídicos europeos.

El trabajo analiza, fundamentalmente, los argumentos (en buena parte concordantes con los que sostuve en un artículo publicado en 1998), que han constituido el armazón teórico para la elaboración de la nueva redacción del artículo 30 del Código Civil ya vigente.

A partir de dichos argumentos y de los debates parlamentarios sobre la materia —en los que tuvo un papel de impulso muy destacado la DGRN— ha prosperado una nueva redacción del artículo 30 del Código Civil, a cuyo tenor, la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno.

Los requisitos legales que figuraban en la redacción primigenia del artículo 30 del Código Civil, de tener «figura humana» y «veinticuatro horas de vida extrauterina», han quedado derogados.

Asimismo, se aborda en el trabajo la supresión del legajo de abortos por la Ley 20/2011, del Registro Civil, y la creación en la Disposición Adicional cuarta de la nueva Ley Registral de un archivo en el Registro Civil de fallecidos de más de 180 días de gestación, a los que los progenitores podrán otorgar un nombre.

La reforma de uno de los preceptos más relevantes del Código Civil y la creación del citado archivo especial, van mucho más lejos de lo que puedan significar los aspectos registrales, al entroncar el nacimiento con el reconocimiento de la personalidad y con las categorías de la personalidad y la capacidad jurídica.

sonal and family law since the Constitution went into effect.

The act configures a civil registration system that keeps track of individual people throughout their legal continuity, in the vein of DE CASTRO. It required the amendment of article 30 of the Civil Code, which had to be adapted to the Convention on the Rights of the Child and European legislation.

The paper fundamentally looks at the arguments that constituted the theoretical framework beneath the re-writing of article 30 of the Civil Code. These arguments largely chime with the arguments I upheld in an article published in 1998.

On the basis of the stated arguments and the parliamentary debates on the subject (in which the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs played a very important encouraging role), a new wording of article 30 prospered, under which personality is acquired at the moment of live birth after full detachment from the mother's womb.

The legal requirements set in the original wording of article 30 —the requirement of having «human shape» and «twenty-four hours' extra-uterine life»— were repealed.

The paper also addresses the elimination of the stillbirth record by Act 20/2011 on the Civil Registry and the creation, under additional provision four of the new Registration Act, of a Civil Registry file of dead fetuses with more than 180 days' gestation, to whom the parents may give a name.

The reform of one of the weightiest rules in the Civil Code and the creation of the special file go much further than their implications for registration, because they link birth with the recognition of personality and with the categories of personality and legal standing.

(Trabajo presentado el 31 de enero de 2012 y aceptado para su publicación el 27-3-2012)

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 Privado español

por

ANA MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA
Profesora de Derecho Civil e Internacional Privado
Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. DOS POSTURAS DISTINTAS: LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS Y DEL NOTARIADO, DE 18 DE FEBRERO DE 2009, Y LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE 1.ª INSTANCIA DE VALENCIA, DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2010:
 1. LA CALIFICACIÓN REGISTRAL ESPAÑOLA RESPECTO DE LA CERTIFICACIÓN DE NACIMIENTO EXTRANJERA.
 2. CONFORMIDAD O NO DE LA INSCRIPCIÓN CON EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.
- III. INSTRUCCIÓN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, SOBRE RÉGIMEN REGISTRAL DE LA FILIACIÓN DE LOS NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN:
 1. LOS INSTRUMENTOS NECESARIOS PARA QUE LA FILIACIÓN MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN TENGA ACCESO AL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL CUANDO

- UNO DE LOS PROGENITORES SEA DE NACIONALIDAD ESPAÑOLA: EL RECONOCIMIENTO DE LA RESOLUCIÓN EXTRANJERA.
2. EL RECONOCIMIENTO INCIDENTAL DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL PREVIO A LA ATRIBUCIÓN DE FILIACIÓN DE LOS NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.
 3. ¿HAY INCOMPATIBILIDAD MANIFIESTA CON EL ORDEN PÚBLICO SI PRIMA EL INTERÉS DEL MENOR?

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, establece en su artículo 10.1 que será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga 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. Para estos casos, en el párrafo segundo de dicho precepto se prevé que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

Esta previsión legal contempla la posibilidad de atribuir la paternidad del nacido mediante esta técnica, por los medios ordinarios regulados en nuestra legislación, permitiendo la inscripción del menor en el Registro Civil. En efecto, el artículo 10.3 de la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, permite el ejercicio tanto de la acción de reclamación de la paternidad correspondiente al hijo como la de reclamación por parte del padre biológico de la filiación paterna. Las acciones a las que se refiere el precepto referido son las generales de determinación legal de la filiación, regulada en los artículos 764 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), siendo competentes los Tribunales españoles, en virtud de los criterios sobre competencia judicial internacional fijados en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

Aunque, como se ha indicado, la legislación española regula otras vías legales que permiten la atribución de paternidad del nacido, ante la Dirección General de Registros y Notariado (DGRN) se han interpuesto recursos contra resoluciones de distintos encargados de Registros Civiles Consulares, que deniegan la inscripción del nacimiento de niños nacidos en el extranjero de madres gestantes que, en virtud de un contrato de gestación de sustitución, han renunciado a su filiación materna (1).

(1) Es conocido que, frente a lo que resulta en España de la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que considera nulos de pleno derecho los contratos por los que se acuerde la gestación por una mujer que renuncia a la filiación materna e impone que en tales casos la filiación de los hijos se determine por el parto, el fenómeno de los llamados «vientres de alquiler» es admitido por otros ordenamiento jurídicos que aceptan que en estos supuestos la mujer que da a luz no sea considerada madre del niño.

La eventual eficacia en España en casos de gestación por sustitución de la filiación a favor de quienes contratan con la madre biológica cuando el contrato y el parto tienen lugar en países que admiten esta práctica resulta especialmente controvertida. De hecho, ha alcanzado gran relevancia en los medios de comunicación las vicisitudes legales de la solicitud por parte de una pareja de ciudadanos españoles, de la inscripción de nacimiento como sus hijos en el Registro Civil, de los nacidos en California mediante gestación por sustitución, que tras el rechazo inicial por parte del encargado del Registro Civil Consular, fue aceptada por la DGRN mediante Resolución de 18 de febrero de 2009, en la que se ordenaba la inscripción en el Registro Civil de un nacido como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución.

La inscripción registral practicada en ejecución de la referida Resolución fue recurrida en sede judicial, y fue anulada mediante sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia de Valencia, de 17 de septiembre de 2010 (2).

El problema que se plantea en el Estado español es la inscripción registral y el reconocimiento de la filiación determinada conforme a la legislación extranjera, que permite el uso de la maternidad subrogada y reconoce efectos legales a la renuncia de filiación de la madre gestante a favor del sujeto o sujetos comitentes.

II. DOS POSTURAS DISTINTAS: LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS Y DEL NOTARIADO, DE 18 DE FEBRERO DE 2009, Y LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE 1.ª INSTANCIA DE VALENCIA, DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2010

En el origen de la cuestión, como se ha apuntado, está la pretensión de dos varones españoles casados, de que en el Registro Consular de España en Los Ángeles se inscribiera a dos menores como hijos suyos, aportando, con tal finalidad, un certificado de nacimiento, expedido por las autoridades californianas, en el que constaba la paternidad de los varones, integrantes del matrimonio, respecto de dichos menores.

El encargado del Registro Civil Consular denegó la inscripción solicitada, argumentando que los hijos habían sido concebidos a través de gestación por

En el Reino Unido desde la entrada en vigor de la *Surrogacy Arrangements Act* (1985), los acuerdos de maternidad subrogada son homologables judicialmente si no se persiguen fines lucrativos, no se publicitan y se realizan sin la intervención de intermediarios o agencias. El ordenamiento griego establece efectos legales a la maternidad subrogada, previa acreditación de los requisitos del artículo 1 de la Ley 3089/2002, sobre reproducción humana médicamente asistida.

(2) Confirmada por la SAP de Valencia, Sección 10.ª, de 23 de noviembre de 2011 (Rec. 949/2011).

sustitución, la cual está prohibida por la legislación española, que, en este supuesto, considera a la gestante como madre legal del niño.

Sin embargo, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (RDGRN), de 18 de febrero de 2009, estimó el recurso de los varones, revocando el auto recurrido, de modo que ordenó que se procediera a la inscripción de los gemelos como hijos de los recurrentes.

La DGRN explicaba que la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento de sujeto español acaecido en el extranjero puede tener lugar a través de la correspondiente declaración del sujeto [art. 168 del Reglamento del Registro Civil (RRC)] (3) o a través de la presentación de una certificación registral extranjera en la que conste el nacimiento y la filiación del nacido.

Dicha Resolución aplicó el artículo 81 RRC, el cual considera como título para la inscripción el «documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o Tratados internacionales».

Apoyándose en este precepto, la DGRN entendió que el funcionario encargado del Registro Consular debía limitarse a comprobar si, como exige el artículo 85 RRC, el documento aportado era «regular y auténtico, de modo que el asiento [...] en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española».

En definitiva, básicamente, postulaba un control formal de la certificación, consistente en la comprobación de que se trataba de un documento público autorizado por una autoridad registral extranjera, que desempeñara funciones equivalentes a las de las correspondientes españolas (lo que en el caso contemplado se cumplía).

Excluía, pues, que hubiera que verificar si la filiación, cuya inscripción se pretendía, se ajustaba, materialmente, a la legislación española (que, como he señalado, prohíbe la gestación por sustitución) (4).

(3) En el caso de inscripción del nacimiento por declaración, el encargado del Registro deberá proceder a un control de legalidad de los hechos referidos en la declaración y de esta misma. Para ello, el encargado deberá aplicar las normas jurídicas pertinentes y si el supuesto presenta elementos extranjeros, deberá, en primer término, concretar la legislación, española o extranjera, reguladora de dichos hechos y declaraciones. A tal efecto, el encargado deberá aplicar inexcusablemente, las normas de conflicto españolas, que son aplicables de oficio [art. 12.6 Código Civil (CC)]. Es decir, en estos supuestos surge una cuestión de «ley aplicable» a ciertos hechos y declaraciones y ello exige la precisión de la Ley reguladora de los mismos a través de las normas de conflicto españolas (art. 9.4 CC).

(4) Como explican CALVO CARAVACA A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la Resolución de la DGRN, de 18 de febrero de 2009», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 2, 2009, págs. 297 y 298, en efecto, la DGRN indica que, en este caso, la cuestión controvertida (filiación de los nacidos en California: ¿quiénes son sus padres?) no suscita un problema de «derecho aplicable a la filiación», sino una cuestión de «efectos jurídicos en España de una decisión pública extranjera». Se trata, en realidad, de una cuestión de «validez extraterritorial de decisiones» (extranjeras) en España. En consecuencia, para decidir en torno al eventual

La DGRN ubicaba la cuestión controvertida en este supuesto dentro del ámbito de la validez extraterritorial de decisiones: la norma de conflicto debe aplicarse exclusivamente cuando es necesario determinar la Ley aplicable a las situaciones privadas internacionales que se plantean por primera vez ante autoridades españolas, y no debe aplicarse cuando ya existe una decisión pronunciada por autoridad registral extranjera. Por ello, aplicó al caso que se le presentó, las normas españolas que regulan el acceso al Registro Civil español de las certificaciones registrales extranjeras, esto es, el artículo 81 RRC y no las normas de conflicto españolas y tampoco las normas sustantivas españolas que determinan la filiación (5). Utilizó el método de reconocimiento que exime de la búsqueda de la ley aplicable a la situación privada internacional y permite aplicar la norma que regula la cuestión de saber si la decisión extranjera debe surtir efectos jurídicos en España (6).

Eso sí, tuvo en cuenta la RDGRN el límite del orden público internacional español, argumentando, sin embargo, que el mismo no resultaba vulnerado por la inscripción solicitada, al no haber contradicción con «la estructura básica y fundamental de la sociedad española», desde el momento en que la legislación de nuestro país permitía la adopción por dos varones, era conforme al derecho

acceso de la decisión registral californiana al Registro Civil español, las autoridades registrales españolas no deben aplicar las normas de conflictos españolas y tampoco deben aplicar la ley sustantiva designada por tales normas de conflicto (la Ley 14/2006, de 26 de mayo de 2006, sobre técnicas de reproducción asistida). Las autoridades registrales españolas deben proceder a la aplicación de otro conjunto distinto de normas: las normas específicas que, en Derecho Internacional Privado (DIPr.) español, disciplinan el acceso de las certificaciones registrales extranjeras en el Registro Civil español (normas que forman parte integrante del sector de la validez extraterritorial de decisiones en DIPr. español y que no son normas de conflicto y, en concreto, se trata del art. 81 RRC). En consecuencia, no se trata de decidir qué ley rige la filiación de los nacidos en California. Tampoco se trata de decidir quién gana la hipotética «batalla entre normas de conflicto», que se desarrolla entre la norma de conflicto californiana (que defiende la aplicación a las cuestiones de filiación de la *lex fori*) y la norma de conflicto española (que indica que la filiación debe regirse por la Ley nacional de los menores: art. 9.4 CC). Toda la RDGRN, de 18 de febrero de 2009, gira en torno a esta fundamental perspectiva metodológica.

(5) En efecto el artículo 9.4 del Código Civil es aplicable solo cuando se insta a través de declaración del sujeto (art. 168 RRC), la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento de un español en el extranjero. En ese caso, el encargado del Registro Civil debe determinar la filiación mediante la ley material a la que remite el artículo 9.4 del Código Civil y en consecuencia, también, en su caso, la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción asistida.

(6) La perspectiva del reconocimiento no extermina del razonamiento jurídico a las normas de conflicto. La ley aplicable a las situaciones privadas internacionales siempre pervive. En el caso planteado ante la DGRN, la autoridad californiana debe aplicar su ley estatal que es la ley que regula la filiación. Y dicha ley estatal reguladora de la filiación se determina con arreglo a las normas de conflicto del Estado donde surge, por vez primera, la cuestión de la filiación de los nacidos (el Estado de origen de la decisión: que es California en este caso). La DGRN, en la resolución, dice poner en su sitio a la norma de conflicto: esta sirve para determinar la ley aplicable a las situaciones privadas internacionales, no para determinar si una decisión extranjera surte o no efectos en España.

fundamental a la no discriminación y protegía el interés de los menores a no quedar sin filiación determinada.

Por tanto, el tema que nos ocupa planteaba dos cuestiones:

De un lado, una cuestión puramente registral, consistente en determinar hasta dónde alcanza la labor de calificación registral del certificado de nacimiento extranjero, es decir, si además de un control formal del documento, debe realizarse un control material del mismo, esto es, comprobar si la filiación de que da fe es conforme a la legislación española.

De otro lado, la compatibilidad de la resolución adoptada con los principios básicos del ordenamiento jurídico español (igualdad e interés superior del menor).

Estos problemas fueron afrontados por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia, número 15, que resolvió el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la decisión de la DGRN de autorizar la inscripción, que, un primer momento, había sido denegada.

1. LA CALIFICACIÓN REGISTRAL ESPAÑOLA RESPECTO DE LA CERTIFICACIÓN DE NACIMIENTO EXTRANJERA

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia situaba la cuestión estrictamente registral evidenciando que los artículos 81 y 85 RRC no podían ser aplicados porque hacían abstracción de lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley del Registro Civil (LRC), norma esta de mayor rango normativo que los preceptos reglamentarios citados.

Conforme a dicho artículo 23 LRC, podrá practicarse inscripción, «sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española».

La sentencia constataba que la Resolución recurrida contradecía este precepto, el cual, al imponer al encargado del Registro la comprobación «de la realidad del hecho inscrito», exigía, no ya un control formal de la calificación, sino, además, que no se tuviese duda de que lo establecido en la certificación era real; y, en este caso, el encargado debería verificar que realmente ambos solicitantes eran los padres de los menores, cuya inscripción se pretendía, que no lo eran, ni podían serlo a efectos materiales, pues biológicamente resultaba imposible.

Por otro lado, señalaba que, según el artículo 23 LRC, era necesario examinar si la inscripción que se pretendía era conforme con la Ley española; y añadía que el legislador no utilizaba aquí expresiones genéricas, como el orden

público, ni siquiera un término un poco más concreto, como legislación u ordenamiento jurídico español, sino que expresamente se refería a que el deber del encargado del Registro era examinar si la certificación que se presentaba era legal conforme a la Ley española.

La conclusión de la sentencia era la siguiente: la certificación no se ajusta a la Ley material española, pues, como dispone el artículo 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Asistida, será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga 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. La nulidad del contrato de gestación por sustitución hace que, a efectos legales, haya que considerar siempre como madre a la gestante, y no a la biológica (en el caso de que esta sea distinta de aquella). El número segundo del artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, dice, así, que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto (7).

Ahora bien, y esto es una crítica a la postura que sostiene la sentencia sobre este tema y que fue ya defendida por la RDGRN, en el caso de inscripción del nacimiento mediante presentación de la correspondiente certificación registral extranjera en la que conste el nacimiento y la filiación del nacido, la solución legal es completamente distinta.

Una correcta perspectiva metodológica conduce a afirmar que el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español debe valorarse no a través de la aplicación del derecho sustantivo español, ni a través de las normas de conflicto españolas, sino a través de las normas específicas que en Derecho español disciplinan el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español. Perspectiva metodológica que ha asumido nuestro legislador. En efecto, para estos supuestos, el legislador ha previsto un mecanismo técnico específico que se encuentra recogido en el artículo 81 RRC. La certificación registral extranjera constituye una decisión adoptada por las autoridades extranjeras y en cuya virtud se constata el nacimiento y la filiación del nacido. En consecuencia, y visto que existe una decisión extranjera en forma de certificación registral extranjera, el acceso de la misma al Registro

(7) La legislación española, en este punto, coincide con las legislaciones italiana y francesa. En el Derecho italiano el contrato de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho en cualquiera de sus modalidades, según resulta del artículo 12.6 de la Ley de 19 de febrero de 2004, número 40, que dispone que será penado, con reclusión de tres meses a dos años y con la multa de 600.000 a un millón de euros, quien, de cualquier modo, realiza, organiza o publicita la subrogación de maternidad. La nulidad del contrato de gestación por sustitución implica que la filiación se determinará por el parto, de modo que, a efectos legales, la gestante será siempre considerada como madre. También la legislación francesa es contraria a la gestación por sustitución. El artículo 16.7 del Código Civil francés, en la redacción dada al precepto por la Ley 1994-653, de 29 de julio de 1994, dispone, así, que toda convención referida a la procreación o a la gestación por cuenta de otro es nula, debiendo entenderse, por aplicación del artículo 16.9 del mismo Código, que tal nulidad es de orden público.

Civil español constituye no una cuestión de «ley aplicable», sino una cuestión de «validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España» o de reconocimiento, en este caso, una cuestión de acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro.

La aplicación del artículo 81 RRC excluye, por tanto, la utilización de las normas españolas de conflicto de Leyes, y en concreto, la del artículo 9.4 del Código Civil. Por tanto, también excluye la aplicación de la Ley sustantiva a la que tales normas de conflicto españolas pudieran conducir, como la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Las normas de conflicto españolas y las normas sustantivas designadas por tales normas de conflicto son solo aplicables a los supuestos que surgen ante las autoridades españolas sin que haya sido dictada una decisión por autoridad pública extranjera. Por consiguiente, son aplicables en el presente caso las normas jurídicas españolas que regulan el acceso al Registro Civil español de las certificaciones registrales extranjeras, esto es, el artículo 81 RRC, y no las normas de conflicto españolas y tampoco las normas sustantivas españolas que determinan la filiación.

El artículo 81 RRC no ofrece ningún elenco concreto de los requisitos que debe reunir el documento registral extranjero a fin de poder practicar la correspondiente inscripción en el Registro Civil español con base en el título registral extranjero. Tampoco indica el precepto qué método debe seguirse al respecto, que se limita a subrayar que el documento extranjero debe presentar fuerza en España.

La RDGRN, de 18 de febrero de 2009, es la que sostiene que el artículo 81 RRC requiere un control de legalidad, pero que no consiste en exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española. Las razones que se aducen son las siguientes: la primera es que las autoridades registrales extranjeras aplican sus propias normas de conflicto para determinar la ley reguladora de la filiación; la segunda razón descansa en la idea de reducir los costes de transacción conflictuales (evitar la repetición de procesos registrales); y la tercera razón apunta al carácter claudicante de la certificación de nacimiento (para evitar que los nacidos en California dispongan de una determinada filiación en California y otra diferente en España, lo que vulneraría la seguridad jurídica en el contexto internacional). Por ello, la RDGRN concreta cuáles son dichos requisitos dentro del círculo hermenéutico del artículo 81 RRC (no aplica por analogía el sistema de *exequátur* del art. 954 LEC 1881, pues no resulta aplicable a las resoluciones relativas a actos de jurisdicción voluntaria): 1.º Condiciones formales que garantizan la autenticidad del título registral extranjero (en los términos del art. 323 LEC) (8); 2.º Equivalencia funcional de las autoridades registrales con

(8) Conforme al artículo 323.2.º LEC, un documento extranjero puede ser considerado como público cuando en la confección de dicho documento se han observado los requisitos

las autoridades registrales españolas (art. 85 RRC) (9); 3.º Ajuste del impacto legal de la decisión extranjera con el orden público internacional español; 4.º Control de competencia de la autoridad registral extranjera; 5.º Control de los derechos de defensa de los implicados en el procedimiento registral llevado a cabo en el Estado de origen.

Sin embargo, se deja sin resolver el problema jurídico de la posibilidad de que una simple decisión de una autoridad extranjera puede ser inscrita en el Registro Civil español. Matiz jurídico relevante será el acceso formal de esas decisiones en el Registro y cuáles deban ser sus condiciones, lo que ha resuelto la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, como veremos.

2. CONFORMIDAD O NO DE LA INSCRIPCIÓN CON EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Otro de los inconvenientes que mencionaba la RDGRN, de 18 de febrero de 2009, era el ajuste al orden público internacional de la certificación registral californiana, pero argumentaba que dicha certificación registral extranjera no vulneraba dicho orden. En efecto, decía, dicha certificación no lesionaba los valores jurídicos básicos del Derecho español, es decir, la incorporación de esta certificación registral extranjera al orden jurídico español no dañaba los intereses generales, no perjudicaba la estructura jurídica básica del Derecho español y, por ello, tampoco lesionaba la organización moral y jurídica general, básica y fundamental de la sociedad española.

La resolución consideraba que denegar la inscripción de la filiación solicitada implicaría una discriminación, ya que vendría motivada por el hecho de tener

que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento pueda ser considerado como «documento público» o documento que hace «prueba plena en juicio» (art. 323.2.º LEC) y siempre que se acompañe de la correspondiente legalización (art. 88 RRC) o apostilla. Quedan eximidos de legalización los documentos cuya autenticidad le consta directamente al encargado del Registro, o los que le han llegado por vía oficial o por diligencia bastante. Por otro lado, se exige igualmente que el documento se presente con la correspondiente traducción (art. 86 RRC).

(9) Así lo exige el artículo 85 RRC, que para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de registro extranjero, se requiere que este sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española. En el supuesto, la autoridad registral californiana no se habría limitado a dar fe de unas manifestaciones de voluntad de los interesados, sino que habría intervenido en la constatación registral del nacimiento y de la filiación, con un grado de implicación sustancial y constitutivo, es decir, mediante un control del ajuste de los hechos y de los actos a la Ley aplicable. La constancia registral del nacimiento y de la filiación de los nacidos es el resultado de un proceso lógico jurídico y constitutivo llevado a cabo por la autoridad registral extranjera competente.

los cónyuges el mismo sexo (10). Además, señalaba que en el Derecho español se permite que la filiación por naturaleza conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres: artículo 7.3 de la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, aunque el nacido no proceda del material genético de la mujer cónyuge de la mujer que da a luz (11).

Por ello, según la RDGRN, el Derecho español no admita el contrato de maternidad subrogada, la inscripción en el Registro Civil español de la certificación registral californiana expedida tras un contrato como el citado, produciría unos efectos legales que no dañarían al orden público español.

(10) 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 entre hijos adoptados e hijos naturales, ya que ambos son iguales ante la Ley (art. 14 CE). 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.

(11) Así, el artículo 7 de la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que en su versión original afirmaba que la filiación se rige por las reglas civiles, pasa a incorporar en el año 2007 un tercer y último párrafo, según el cual la mujer casada con aquella que utiliza alguna de estas técnicas podrá hacer una manifestación ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal a los efectos de que cuando se produzca el nacimiento se determine a su favor la filiación: Artículo 7.3.º: «Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido». Esta adición se produce a través de la Disposición Adicional contenida en la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. A la vista de este nuevo párrafo, hay que considerar que para que se determine la filiación a favor de la mujer cónyuge de la futura madre será necesario que aquella manifieste ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal que consiente se determine a su favor la filiación del hijo que nazca fruto de la reproducción asistida. Sin este trámite parecería que el nacido solo ostentaría la filiación materna de la madre biológica pero no la de la consorte de esta, que estaría entonces avocada a la adopción para que se considerase que el hijo fuera legalmente suyo. Este precepto permite, como si se tratase de una condición, la filiación natural del hijo a favor de dos mujeres casadas, lo que vendría a ser una doble filiación matrimonial por naturaleza. Uno de los argumentos que utiliza la Resolución es que el artículo 7.3.º de la Ley 14/2006 permite que la filiación natural de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres, por lo tanto, también debe permitirlo a favor de dos varones, so pena en caso de prohibirlo, de estar ante una discriminación por razón de sexo proscrita en el artículo 14 CE. No entramos en este último argumento, que sería objeto de otro trabajo distinto, digamos que esta afirmación puede ser discutible porque estamos ante situaciones no comparables, pero traemos a colación la Resolución en cuanto reconoce el alcance de la introducción del artículo 7.3.º de la Ley 14/2006, dando carta de naturaleza a algo que la Dirección poco tiempo antes había denegado. Son ya varios los recursos contra decisiones de Jueces encargados del Registro Civil que se han negado a practicar la inscripción de la doble filiación materna matrimonial. La Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resoluciones de 17 de abril de 2008, de 17 de mayo de 2008 y de 22 de mayo de 2008, han resuelto a favor de la inscripción de la filiación a favor de la esposa de la madre biológica, sin que sea necesario acudir a la adopción.

Sin embargo, la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia de Valencia, de 17 de septiembre de 2010, pone de manifiesto que la no procedencia de la inscripción no nace de que los solicitantes sean varones, sino de que los bebés nacidos lo son como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución; esta consecuencia —añade— le sería aplicable en el mismo supuesto tanto a una pareja de varones, como de mujeres, hombre o mujer sola o pareja heterosexual, pues la ley no distingue en estos supuestos de sexos sino que el hecho determinante es la forma de alumbramiento.

El contrato de gestación por sustitución es nulo, defiende la sentencia, porque se opone al principio de indisponibilidad del cuerpo humano, ya que recae sobre las facultades reproductivas y de gestación de la madre, haciendo objeto del comercio una función de la mujer, tan elevada, como es la maternidad, la cual no puede ser objeto de tráfico jurídico. Se opone también al principio de indisponibilidad del estado civil, ya que trata de modificar las normas que determinan la constitución de la relación jurídica paterno-filial y la atribución de la condición jurídica de progenitor e hijo. Este razonamiento es válido, para el juzgador, con independencia del sexo de los miembros de la pareja que acudan a la gestación por sustitución.

Por consiguiente, concluye la sentencia, es nulo el contrato que se celebra, cuando una pareja compuesta por personas de distinto sexo es fértil, pero la mujer no puede o no quiere llevar a cabo el proceso de gestación, razón por la cual se acuerda realizar una fecundación *in vitro* con gametos de la propia pareja e implantar el embrión obtenido en el útero de otra mujer. Es igualmente nulo el contrato que se celebra cuando la mujer de una pareja heterosexual es estéril, por lo que se acuerda inseminar artificialmente a otra mujer o fecundar *in vitro* un óvulo de esta con gametos del varón, para, posteriormente, implantar en su útero el embrión resultante: en este caso, la mujer que acepta asumir el proceso de gestación será madre gestante y madre biológica (12). Es cierto

(12) En la jurisprudencia francesa existe, así, un caso muy conocido, que es el resuelto por la sentencia de la Corte de Apelación de Rennes, de 4 de julio de 2002 (D. 2002, pág. 2902), la cual anuló el reconocimiento de un hijo, hecho por dos franceses de distinto sexo, convivientes *more uxorio*, que habían suscrito en California un contrato de útero de alquiler con una mujer estadounidense, por la que esta, a cambio de veinte mil dólares, se comprometía a consentir la implantación en su útero de los embriones, obtenidos en una fecundación *in vitro* realizada con los gametos de la pareja. La razón de celebrar este contrato era que la mujer francesa, por una enfermedad congénita, no podía llevar adelante un embarazo. La mujer estadounidense tuvo dos gemelos, que fueron inscritos en el registro de nacimientos de California, como hijos de ambos convivientes, a pesar de que la conviviente no era la madre gestante de los niños, sino, tan solo, su madre biológica. Posteriormente los convivientes reconocieron en Francia a los niños, reconocimiento que fue anulado por el Tribunal, utilizando tres argumentos: en primer lugar, el tenor del artículo 16.7 y 9 del Código Civil francés, que lleva a calificar el contrato de gestación por sustitución como incurso en una nulidad de orden público; dice el Tribunal que es patente que en el Derecho francés la madre es la que lleva al hijo y la que le da la vida trayéndolo al mundo y que, en consecuencia, no es

que, como pone de manifiesto la sentencia comentada, quizá en supuestos de mujeres o parejas heterosexuales existirá el problema del conocimiento por parte del encargado del Registro de que se encuentra ante un supuesto de gestación por sustitución, pero una vez conocida esta circunstancia la consecuencia debe ser la misma, denegar la inscripción (13).

Otro de los argumentos utilizados por la Resolución DGRN, de 18 de febrero de 2009 sería el del «interés superior del menor» (argumento más fuerte que utiliza), el cual aconsejaría la inscripción en España de la misma filiación que consta en el registro extranjero (en relación con el sujeto que es su padre genético), ya que, en caso contrario, los menores podrían quedar privados de filiación inscrita (en el Registro Civil español) (14).

El argumento no era desdeñable, pero la pregunta que se planteó la sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia de Valencia, de 17 de septiembre de 2010, era hasta qué punto se podía invocar el principio del interés del menor para eludir una prohibición legal de gestación por sustitución.

Afirmaba, así, que nos encontramos ante un matrimonio español que acude a California conocedores de que en España la gestación por sustitución está prohibida y que de producirse el alumbramiento en este país no podrían inscribir a los nacidos como hijos naturales de ambos, es por ello y no por otra razón por la que acuden a California con el conocimiento de que allí está permitido y que allí los bebés podrán ser inscritos en su Registro Civil como hijos naturales de ambos, pero también son conocedores de que los Registros españoles ponen trabas a la inscripción, tal como ellos la pretenden. Sin embargo, previamente la sentencia hace la observación que el ordenamiento jurídico español tiene medios e instrumentos suficientes para conseguir esa concordancia del Registro español y extranjero y que los hijos consten a nombre de los varones casados.

Esta observación, sin duda, produce cierta perplejidad, ya que está indicando que la propia Ley española contempla, indirectamente, mecanismos que permiten eludir la prohibición de gestación por sustitución que la misma establece,

la mera realidad genética la que crea la filiación materna; en segundo lugar, se invocan los principios de indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas; y, en tercer lugar, se dice que el derecho al respeto de la vida privada y familiar conduce a no admitir la incitación al abandono de un niño por su madre mediante una contraprestación económica y el uso del cuerpo de otro para satisfacer el deseo personal de tener un hijo.

(13) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Hijos *made* in California», en *Aranzadi Civil*, núm. 3, 2009, págs. 11-13, sostiene que la autenticidad de los documentos aportados, conforme a la *lex loci*, no es, sin embargo, el obstáculo al reconocimiento en estos casos. Sí lo es, en el control de legalidad, el límite del orden público internacional.

(14) La RDGRN descarta el límite de orden público internacional invocando el interés superior del menor, recogido en una norma internacional, en el artículo 3 del Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 1989, vigente en España desde el 5 de enero de 1991.

lo que, sin embargo, es cierto. Si bien el número segundo del artículo 10 de la Ley 14/2006, establece que la filiación de los hijos nacidos por maternidad de sustitución se determina por el parto, no obstante, el número tercero del mismo precepto dice que queda a salvo la posible acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales. Por lo tanto, lo que la sentencia comentada parece sugerir es la posibilidad de que aquel de los varones que fuera el padre biológico de los menores ejercitara la acción de reclamación de la paternidad y que, posteriormente, previo consentimiento de la madre gestante, los hijos fueran adoptados por el otro cónyuge, sin necesidad de mediar la declaración de idoneidad prevista en el artículo 176 del Código Civil (15).

Es indudable lo sostenido por la sentencia comentada y, también lo es, que los contratos de gestación por sustitución están expresamente prohibidos por las Leyes españolas (art. 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida). Es indudable también que «la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto» (art. 10.2 de la Ley 14/2006). Ahora bien, dicho precepto no es aplicable al presente caso, ya que no se trata de determinar la filiación de los nacidos en California, pues no procede determinar el «derecho aplicable» a la filiación y tampoco procede determinar la filiación de tales sujetos. Se trata, por el contrario, de precisar si una filiación ya determinada en virtud de certificación registral extranjera puede acceder al Registro Civil español. Tampoco se pretende, de ningún modo, con la inscripción en el Registro Civil de la certificación registral californiana de nacimiento de los nacidos, la ejecución o el cumplimiento de un presunto contrato de gestación por sustitución. Es claro que la certificación registral californiana se expide a los solos efectos de acreditar la identidad de los nacidos, y establece una presunción de paternidad que puede ser destruida por sentencia judicial (California Family Code section 7611). Ahora bien, debe

(15) La solución que se apunta, no sería, sin embargo, posible en Francia, según resulta de la sentencia de la Asamblea Plenaria de la Corte de Casación, de 31 de marzo de 1991 («Dalloz», 1991, pág. 417). El supuesto de hecho era el siguiente: ante la esterilidad de su mujer, un marido donó esperma para que otra mujer fuera inseminada artificialmente con él; nació un niño, que fue inscrito como hijo del marido, sin hacerse mención a su filiación materna (lo que en Francia es posible); posteriormente, se pretendió la adopción del niño por parte de la mujer del padre. La sentencia recurrida autorizó dicha adopción, argumentando que el método de la maternidad por sustitución era lícito y no contrario al orden público (téngase en cuenta que todavía no existía el actual art. 16-7 del Código Civil francés, redactado por la Ley 1994-653, de 29 de julio de 1994) y que la adopción solicitada era conforme al interés del menor, que había sido acogido en el hogar del matrimonio desde su nacimiento. Frente a ello, la Corte de Casación afirmó que la adopción solicitada era la última fase de un proceso que, en su conjunto, estaba destinado a permitir a una pareja acoger en su hogar a un niño, concebido en ejecución de un contrato que tenía por objeto el abandono de su madre al tiempo del nacimiento, y que, por lo tanto, atentaba contra los principios de la indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas.

recordarse que la inscripción en el Registro Civil español de la certificación registral californiana surte los efectos jurídicos señalados por las Leyes registrales españolas (art. 2 LRC). 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. Por tanto, la certificación registral extranjera no produce efectos jurídicos de «cosa juzgada». Y debe también subrayarse que en la certificación registral expedida por las autoridades californianas no consta en modo alguno que el nacimiento de los menores haya tenido lugar a través de gestación por sustitución. En la disyuntiva de dejar a unos menores que son indudablemente hijos de ciudadano español (art. 17.1 CC) sin filiación inscrita en el Registro Civil y admitir una situación de no certeza en la filiación de los menores en la que dichos menores cambiarían de filiación cada vez que cruzan la frontera de los Estados Unidos con destino a España y viceversa, lo que vulneraría el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, o de permitir la inscripción en el Registro Civil español de la filiación determinada en virtud de la certificación californiana, siempre es preferible proceder a dicha inscripción en nombre del interés superior del menor.

En consecuencia, la Dirección General de los Registros y del Notariado ordenaba que se procediera a la inscripción, en el Registro Civil consular, del nacimiento de los menores que constaba en la certificación registral extranjera presentada, con las menciones de doble filiación paterna constantes en la certificación registral aportada. Por tanto, la admisión de inscripción y reconocimiento de filiación, en estos casos, quedaba justificada por:

Primero: Nada impide en la legislación registral realizar la inscripción de conformidad con el artículo 81 RRC: el control de legalidad de las certificaciones registrales extranjeras para acceder al Registro Civil español no exige que estas sean decisiones «idénticas» a las que se adoptarían en España, sino documentos públicos adoptados por: 1) una autoridad «competente»; 2) que desempeñe «funciones equivalentes» a las de autoridades registrales españolas (en este caso particular, constatación de nacimiento y filiación del nacido), y 3) que no produzcan efectos contrarios al orden público internacional español.

Segundo: 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.

Una sola duda cabe destacar en relación a la solución aportada en esta resolución, ya que, según su propia dicción literal, 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. Por tanto, la certificación registral extranjera no produce efectos jurídicos de «cosa juzgada». Y debe también subrayarse que en la certificación registral expedida por las autoridades californianas no consta en modo alguno que el nacimiento de los menores haya tenido lugar a través de gestación por sustitución.

Sin embargo, queda latente la cuestión de la impugnación de la filiación por la madre gestante. Aplicando el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida de 2006, los Tribunales podrían ordenar la cancelación de la inscripción de filiación en el Registro Civil español, salvo que se reconociera, mediante el *exequátur* u otro procedimiento automático, la doble filiación paterna constituida por el Tribunal californiano.

Tras esta resolución, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha decidido despejar las dudas sobre la posibilidad de inscripción de los nacimientos derivados de la utilización de la gestación subrogada, mediante la *Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución* (BOE, núm. 243, jueves 7 de octubre de 2010 Sección I, pág. 84803).

III. INSTRUCCIÓN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, SOBRE RÉGIMEN REGISTRAL DE LA FILIACIÓN DE LOS NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

La RDGRN de 2009, al ordenar la transcripción de los documentos vinculados a la maternidad subrogada, no solucionó las cuestiones de fondo relativas a la licitud del contrato de maternidad subrogada (conforme al art. 10 de la Ley de Reproducción Asistida), ni la relativa a la filiación de los menores, ni, tampoco, la relativa al eventual reconocimiento en España de la sentencia californiana (conforme al art. 951 y siguientes de la LEC 1881).

Son dos, pues, las cuestiones fundamentales: de un lado, una cuestión registral, consistente en determinar hasta dónde alcanza la labor de calificación registral del certificado de nacimiento extranjero, si implica o no reconocimiento extraterritorial; de otro lado, la compatibilidad de la resolución adoptada con los principios básicos del ordenamiento jurídico español, de la que se ocupa la *Instrucción de 5 de octubre de 2010*.

Dispone la misma de una de serie de directrices (16) dirigidas a los encargados de los Registros Civiles Consulares, referidas al régimen registral de

(16) Dentro de las competencias de ordenación y dirección que ostenta la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre los Registros Civiles en virtud de las atri-

la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, que abandona la posición que la DGRN había sostenido en la Resolución de 18 de febrero de 2009: no se admite la posibilidad de inscribir la filiación de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución a través del mero certificado registral de nacimiento (17).

Así, atendiendo a la finalidad de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, así como de otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución, establece los criterios que determinan las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida (18). Dicha protección constituye el objetivo esencial de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, contemplado desde una perspectiva global, lo que comporta, al menos, abordar tres aspectos igualmente importantes.

En primer lugar, los instrumentos necesarios para que la filiación tenga acceso al Registro Civil español cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española, como vía de reconocimiento extraterritorial, a efectos registrales, de su nacimiento; en segundo lugar, la inscripción registral en ningún caso puede permitir que con la misma se dote de apariencia de legalidad supuestos de tráfico internacional de menores y; en tercer lugar, la exigencia de que no se haya vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico, según se expresa en el artículo 7.1, de la *Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989*, artículo 12 de la *Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional*. Junto a los del menor, deben valorarse otros intereses presentes en los contratos de gestación por sustitución, especialmente la protección de las mujeres que se prestan a dicha técnica de reproducción, renunciando a sus derechos como madres.

buciones que le confiere el artículo 9 de la Ley del Registro Civil y 41 del Reglamento del Registro Civil, mediante la Instrucción se fijan las directrices para la calificación de los encargados del Registro Civil en relación con las solicitudes de inscripción de nacimiento formuladas por españoles, de los menores nacidos en el extranjero como consecuencia del uso de técnicas de gestación por sustitución. A estas directrices deberá ajustarse la práctica registral en esta materia en beneficio de su conveniente uniformidad y de la deseable seguridad jurídica.

(17) Sin embargo 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, de 3 de noviembre de 2010, pág. 2, señala que esta instrucción, posterior a la sentencia del Juzgado de Valencia, no proporciona una base jurídica para resolver el caso litigioso como lo hizo (al contrario).

(18) Para fundamentar el acceso de la certificación registral extranjera en el Registro Civil español es preciso determinar, con carácter previo, si los menores nacidos en el extranjero ostentan la nacionalidad española y, si precisamente por ello, el nacimiento y la filiación de los mismos debe ser inscrita en el Registro Civil español: artículo 15 de la Ley del Registro Civil. Es decir, si los nacidos ostentan la nacionalidad española (art. 17.1 CC).

1. LOS INSTRUMENTOS NECESARIOS PARA QUE LA FILIACIÓN MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN TENGA ACCESO AL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL CUANDO UNO DE LOS PROGENITORES SEA DE NACIONALIDAD ESPAÑOLA: EL RECONOCIMIENTO DE LA RESOLUCIÓN EXTRANJERA

El sistema previsto para el reconocimiento de sentencias o documentos extranjeros en España es diferente en función de los efectos que pretendan del mismo. En los casos en los que se pretende el efecto de cosa juzgada, o el efecto constitutivo (por el cual se crea o destruye la relación de filiación), una de cuyas concreciones es el efecto registral, es preciso solicitar el reconocimiento. Si se quiere solo que lo que en ellas se recoge pueda utilizarse a efectos probatorio, este no es necesario, basta con que las mismas sean traducidas y legalizadas o apostilladas y que cumplan los requisitos de autenticidad exigidos para que los documentos hagan prueba plena (19).

En nuestro caso nos tenemos que centrar en el reconocimiento de la resolución extranjera de filiación que le permita desplegar efectos de cosa juzgada, constitutivo y registral, y en el supuesto que no existe un convenio de reconocimiento.

En este caso, en que la resolución extranjera cuyo reconocimiento se pretende no procede de uno de los Estados con los que España ha firmado convenios bilaterales de *exequátur*, es necesario, en principio, según nuestro Derecho autónomo de reconocimiento de resoluciones judiciales y documentos extranjeros, seguir un procedimiento en el que se compruebe la existencia de una serie de requisitos recogidos en el artículo 954 LEC 1881. Para poder acceder a este sistema de condiciones es preciso que la resolución cumpla tres presupuestos previos: que se trate de una resolución que provenga de una autoridad jurídica extranjera, que la materia sea de derecho privado y que la resolución sea firme en el país de origen. Una vez que se comprueba que se cumplen los mismos, se examina la presencia de las condiciones exigidas en el artículo 954 LEC 1881, que han sido matizados y ampliados por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (TS). Así es necesario:

- Verificar la regularidad formal de la resolución tanto respecto de la ordenación procesal extranjera, como respecto a la española: habrá que aplicar lo que establecen los artículos 144 y 323 LEC, que exigen traducción y apostilla de los documentos extranjeros.
- Verificar la regularidad del proceso: que la resolución extranjera no haya sido dictada en rebeldía y aparezca fundada jurídicamente y con una actividad probatoria suficiente.

(19) GARAU SOBRINO, F. F., *Los efectos de las resoluciones extranjeras en España*, Madrid, 1992, pág. 27 y sigs.

- Que la resolución judicial que se pretende sea reconocida no contradiga una resolución ya dictada en el foro o en un procedimiento en trámite.
- Que la resolución extranjera no contradiga el orden público español.
- Que la autoridad o tribunal de origen, que dictó la resolución, tuviera competencia internacional para hacerlo. Esta condición que no está recogida en el Ley pero es exigida por el TS, pretende evitar que se reconozcan resoluciones sobre cuestiones consideradas de competencia exclusiva de los tribunales españoles o dictados obedeciendo a foros exorbitantes.

La 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 o autoridad judicial competente.

La Instrucción se ocupa de una cuestión importante, la relación existente entre los certificados de nacimiento y la resolución judicial extranjera, que ordena su expedición y que determina la filiación de los menores, incluso antes del nacimiento. Se supera así lo dispuesto en la RDGRN de 2009, que establecía como base para practicar el asiento correspondiente al nacimiento, el certificado administrativo expedido por las autoridades administrativas californianas encargadas del Registro Civil. Cabe preguntarse si, de haberse tenido en cuenta la sentencia extranjera, el control de legalidad hubiera estado sujeto a un previo *exequátur* conforme al artículo 83 RRC. Es decir, si el título extranjero por el que se inscribe el asiento relativo al nacimiento en los supuestos de maternidad subrogada (certificados de nacimiento) es inseparable de la sentencia californiana que establece la filiación y ordena su expedición, y cuyo reconocimiento de su eficacia registral estaría sujeto al reconocimiento de las decisiones extranjeras (20).

(20) En cierto modo, la RDGRN alude a la competencia internacional de las autoridades y al límite del orden público internacional dentro de lo que podría ser una suerte de control incidental de la sentencia extranjera, que va más allá del marco que ofrece el artículo 323 LEC. De ser así, el control de legalidad de los documentos vinculados a la maternidad subrogada iría algo más allá de lo previsto en el artículo 81 RRC. Sin embargo, la DGRN deja claro que el control de legalidad consiste no en el control conflictual ni, tampoco, en la exigencia previa del *exequátur* de la sentencia californiana: se centra solo en el control de la eficacia probatoria de los certificados extranjeros de nacimiento y su posible transcripción en el Registro Civil. Tales documentos obedecen a un acto público extranjero o a una realidad jurídica registral (amparada en su ley y autoridades), pero la RDGRN parece olvidar que esa realidad jurídica se sustenta en una decisión judicial que establece la filiación y que hay que controlar. Máxime cuando existe una estrecha relación entre las certificaciones registrales extranjeras y la sentencia de los tribunales californianos que es la que establece la doble filiación paterna de los menores y la que ordena la inscripción de tales asientos y la expedición de tales certificaciones en California.

La exigencia de resolución judicial en el país de origen tiene la finalidad, pues, de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante. En especial, permite constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen. Igualmente, permite verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores (21).

En relación con el reconocimiento de la resolución que determina la filiación del menor, dictada por Tribunal extranjero, la presente Instrucción incorpora la doctrina plenamente consolidada por el TS, como hemos dicho. De acuerdo a esta doctrina, serán de aplicación los artículos 954 y siguientes de la LEC 1881, preceptos que mantuvieron su vigencia tras la entrada en vigor de la LEC 2000, en virtud de los cuales, será necesario instar el *exequátur* de la decisión ante los Juzgados de Primera Instancia, tal y como señala el artículo 955 de la LEC 1881 tras la reforma operada por la Ley 62/2003 (22), de 30 de diciembre, de medidas, fiscales, administrativas y del orden social. No obstante, en aquellos casos en los que la resolución judicial derive de un procedimiento equiparable a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria, el Supremo ha proclamado en numerosas ocasiones, que su inscripción no queda sometida al requisito del *exequátur*, bastando a tales efectos con el reconocimiento incidental de la resolución como requisito previo a su inscripción.

En definitiva, si el encargado del Registro Civil considera que la resolución extranjera fue dictada en el marco de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza contenciosa, denegará la inscripción de la resolución, al requerirse

(21) El requisito de que la atribución de filiación deba basarse en una previa resolución judicial tiene su fundamento en la previsión contenida en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Asistida Humana que, a través de la remisión a las reglas generales sobre determinación de la filiación, exige el ejercicio de acciones procesales y la consecuente resolución judicial para la determinación de la filiación paterna de los menores nacidos como consecuencia de gestación por sustitución. En todo caso, si este es el fundamento, se ha cuestionado por algún sector de la doctrina si los efectos que puede producir en España la resolución extranjera pueden ir más allá de determinar la filiación paterna, habida cuenta de que la limitación a esta en el artículo 10.3 se relaciona con el dato de que la Ley 14/2006 establece que la filiación materna viene en todo caso determinado por el parto.

(22) Se permite la solicitud de reconocimiento independiente de la de ejecución.

previamente el *exequátur* de esta de acuerdo a lo establecido en la LEC 1881: artículos 954 y siguientes.

Por el contrario, si estima que la resolución extranjera tiene su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria *controlará incidentalmente* si la resolución puede ser reconocida en España, como requisito previo a su inscripción. De tal manera que se produce una especie de reconocimiento automático (23), en el que se comprobará si la autoridad judicial o tribunal del país de origen ha cumplido ciertos requisitos procesales, sin entrar en el fondo del asunto. En dicho control incidental deberá constatar una serie de requisitos que analizaremos.

En los casos en los que se solicite la inscripción del nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución sin que se presente una resolución que determine la filiación, reconocible incidentalmente o por *exequátur*; el encargado del Registro Civil denegará la inscripción. Ello no impedirá que el solicitante pueda intentar dicha inscripción por los medios ordinarios regulados en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, y artículos 764 y siguientes de la LEC. 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.

2. EL RECONOCIMIENTO INCIDENTAL DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL PREVIO A LA ATRIBUCIÓN DE FILIACIÓN DE LOS NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

La DGRN, en su Instrucción de 5 de octubre de 2010, establece el criterio según el cual la atribución de filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución debe basarse en una previa resolución judicial, de modo que la Instrucción impone ese requisito y después concreta el régimen de reconocimiento aplicable. La exigencia de una resolución judicial y la aplicación del régimen de reconocimiento de decisiones permiten en principio superar ciertas carencias de la Resolución de la DGRN, de 18 de febrero de 2009, antes mencionada. Ciertamente, en dicha Resolución se afirmaba: «La certificación registral extranjera constituye una “decisión” adoptada por las autoridades extranjeras y en cuya virtud se constata el nacimiento y la filiación del nacido. En consecuencia, y visto que existe una “decisión extranjera” en forma de certificación registral extranjera, el acceso de la misma al Registro Civil español constituye no una

(23) Sin necesidad de procedimiento *ad hoc*.

cuestión de “derecho aplicable”, sino una cuestión de “validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España”, en este caso, una cuestión de acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro».

Además de que la equiparación entre certificación registral y resolución judicial extranjera resulta sin duda cuestionable (como refleja la directriz segunda de la Instrucción de 5 de octubre de 2010) (24), resultaba llamativo que pese a esas afirmaciones, la Resolución de 18 de febrero de 2009 no aplicara en absoluto el régimen propio del reconocimiento.

En lo que se refiere al régimen de reconocimiento de esas resoluciones judiciales, la Instrucción de 5 de octubre de 2010 proyecta de manera clara sobre el ámbito de la atribución de la filiación ciertos criterios en general ampliamente aceptados (25). Tratándose de resoluciones adoptadas en procesos que no sean análogos a los españoles de jurisdicción voluntaria (lo que puede implicar dificultades de interpretación), la Instrucción recoge que, a falta de convenio internacional que disponga otra cosa, de los artículos 951 y siguientes de la LEC de 1881 deriva la necesidad de obtener el previo *exequátur*.

No se exige, sin embargo, el procedimiento de *exequátur*, en el método de reconocimiento de las situaciones creadas en el extranjero que excluye el control conflictual (no es un control relativo a la ley aplicable), al considerar que una situación que ha sido válidamente constituida en el Estado de origen (con el concurso de autoridades y su propio control conflictual) debe ser reconocida en el resto de los Estados. El método implica, sin embargo, el considerar que tal derecho es el ordenamiento aplicable, que las autoridades competentes han dictado una sentencia justa conforme a sus normas de conflicto. Es decir,

(24) De conformidad con la segunda directriz, no 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.

(25) GARAU SOBRINO, F. F., *Los efectos de las resoluciones extranjeras en España*, cit., págs. 27 y sigs., sostiene que según las normas utilizadas para el reconocimiento de una resolución, podrá hablarse de un reconocimiento procesal o material. Se trata de reconocimiento procesal el realizado según las normas de derecho procesal civil internacional, bien sean las contenidas en fuentes de origen interno (arts. 951 y sigs. LEC), bien en las de origen convencional o en instrumentos comunitarios. Por el contrario, se habla de reconocimiento material cuando los efectos de las resoluciones extranjeras en España se manifiestan al amparo de la ley aplicable en virtud de las normas de conflicto españolas (que es el Estado requerido). Los efectos de ambos tipos de reconocimiento serán distintos: si el reconocimiento es procesal las resoluciones extranjeras tienen las consecuencias que la existencia de una resolución origina en el plano procesal (entre ellos el efecto de cosa juzgada y efecto constitutivo); sin embargo el reconocimiento material tiene efectos materiales, es decir, las consecuencias que la existencia de la resolución extranjera tiene sobre la ley material designada por el derecho internacional privado del Estado requerido. El ámbito de la atribución de la filiación se trataría de un reconocimiento procesal y no entrarían en juego las normas de conflicto que determinarían como aplicable la ley material a la situación privada internacional.

el control conflictual se realiza en el Estado de origen y no en el Estado de reconocimiento.

La exclusión del control conflictual se ha visto reforzada en el ámbito europeo. Se desplaza el control al país de origen por la confianza mutua entre Estados miembros y en el marco del reconocimiento mutuo. Tal reconocimiento es posible dentro del derecho comunitario donde los criterios de competencia son uniformes, y donde se tiende a suprimir el *exequátur* al considerar las decisiones de los otros Estados miembros como nacionales dentro de un espacio común europeo. Esto es así, para algunas decisiones como el derecho de visita y el retorno del menor en caso de sustracción internacional, al estar previsto en el *Reglamento CEE 2201/2003, sobre régimen de competencia y reconocimiento de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental*. Cabe preguntarse, llegados a este punto, si la maternidad subrogada es una materia sometida al reconocimiento mutuo o automático (26).

No se puede hablar de reconocimiento mutuo, sí de automático, tratándose de resoluciones adoptadas en procedimientos análogos a los españoles de jurisdicción voluntaria, ya que se considera que cabe su reconocimiento incidental por parte del encargado del Registro Civil, pues no resulta necesario el previo *exequátur* (27).

Así, el control de legalidad al que procede la Instrucción de la DGRN no es un control conflictual, sino que acota el mismo al control incidental de la resolución extranjera. La vía que sigue es la del artículo 83 RRC, ya que no es separable la resolución judicial de la certificación de nacimiento cuando la expedición de esta exige un título que establezca la filiación.

Los requisitos del control incidental de la resolución judicial extranjera sobre gestación por sustitución, que implica que se hayan cumplido ciertas obligaciones, límites o garantías en el país de origen, son los siguientes (28):

(26) El término de reconocimiento automático supone que toda resolución dictada en un Estado puede ser invocada directamente ante cualquier órgano jurisdiccional de los demás Estados. Ahora bien, este reconocimiento automático no quiere decir reconocimiento sin condiciones y, por tanto, se encuentra sometido al cumplimiento de los requisitos contenidos en el texto que se está aplicando para que la resolución surta efectos.

(27) Respecto al reconocimiento de los actos de jurisdicción voluntaria, un sector doctrinal se muestra partidario de no impedir la posibilidad de que estas resoluciones puedan obtener una declaración general de reconocimiento a través del *exequátur*: DE MIGUEL ASENCIO, P. A., «Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria», en *Eurolex*, 1997, págs. 95 a 110. No se manifiesta a favor del *exequátur*, FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, Madrid, 2001, págs. 289 a 291. Este criterio nos parece razonable en la medida en que se limite a establecer que el *exequátur* no es necesario pero sin excluir que quien tenga interés legítimo en ello pueda acudir a la vía del *exequátur*.

(28) En este mismo sentido, en el *Proyecto de Ley del Registro Civil, de 8 de septiembre de 2010* (art. 96 del Proyecto de Ley del Registro Civil 121/000090, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 8 de septiembre de 2010, serie A, núm. 90-1), se permite no solo la inscripción previo *exequátur* sino, también, la posibilidad de que el encargado del Registro Civil realice la inscripción tras proceder a un reconocimiento incidental. Así,

- la regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado;
- que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española;
- que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante;
- que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente,
- y que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que este hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado.

Para estos casos en los que cabe el reconocimiento incidental, la nueva Instrucción concreta las condiciones que deben ser verificadas por el encargado del Registro Civil al reconocer la decisión extranjera de cara a su inscripción. Con buen criterio, la DGRN básicamente reitera, partiendo de que se deben cumplir en el país de origen, la aplicación de las condiciones establecidas por la jurisprudencia del TS en la interpretación del artículo 954 LEC de 1881 con carácter general, incluyendo el control de la competencia del tribunal de origen y de las garantías procesales. En todo caso, cabe considerar que alguna condición no mencionada en la Instrucción, pero exigida en el marco del artículo 954, puede ser relevante. Ese podría ser el caso, en particular, del control del *orden público*, cuya vertiente sustantiva no aparece expresamente prevista pero sin duda resulta aplicable habida cuenta del fundamento del orden público, aunque la referencia al control de que no se ha vulnerado el interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante desempeñan, sin duda, un papel estimable.

Por ello, al igual que en las condiciones para el *exequátur* en España de sentencia extranjera que falla sobre cuestiones de filiación, varios datos son importantes:

la inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras se podrá instar ante el encargado del Registro quien procederá a realizarla siempre que verifique: *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; y *d)* que la inscripción de la resolución no resulte «manifiestamente incompatible» con el orden público español.

- 1.º En principio, nada impide el reconocimiento en España de una sentencia o resolución extranjera que decida sobre cuestiones relativas a la filiación mediante la aplicación de una ley distinta a la que, en un mismo supuesto, hubiera aplicado un juez español.
- 2.º El hecho de que una autoridad extranjera se pronuncie sobre la filiación de un español (el hijo de un español nacido en el extranjero, que lo es en virtud del art. 17 CC), no vulnera ningún foro exclusivo de nuestras normas de competencia judicial internacional autónomas.
- 3.º Se denegará el reconocimiento de la resolución judicial extranjera si vulnera el orden público internacional español.

No se puede obviar, por tanto, que el método de reconocimiento incidental de las situaciones creadas en el extranjero al amparo de otra autoridad o de su ordenamiento, tiene como límite el orden público internacional. Sin embargo, el interés superior del menor conduce a la DGRN a ordenar, sin prejuzgar la cuestión de fondo (la filiación), la inscripción de las menciones contenidas (incluida la doble filiación paterna) en los certificados de nacimiento extranjeros en el Registro Civil español. Es una solución que trata de facilitar la vida de los menores y de sus familias en nuestro país, dando a los certificados de nacimiento extranjeros la fe pública registral y una presunción de veracidad y legalidad.

Bien es verdad, que el mismo principio, el interés superior del menor, puede conducir a una solución opuesta en este ámbito de maternidad subrogada. Pues se trataría de evitar que el menor pueda ser «objeto» de contrato y la solución médica a algunos casos de infertilidad (29).

Pero igualmente, la Instrucción de 2010 invoca, junto al interés superior del menor, y en la misma dirección, la necesidad de garantizar una identidad única de los menores a través de las fronteras. Se apela a un adecuado funcionamiento de los registros en el ámbito europeo e internacional, atento al reconocimiento del derecho fundamental a la identidad de los menores (arts. 7 y 8 del *Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 1989*), que ha de ser única en el país del nacimiento y el país de residencia. Este reconocimiento solo sería posible si el Estado de origen fuera competente para establecer la identidad de los menores, pues de lo contrario no se lograría la uniformidad de soluciones en los Estados de reconocimiento.

El reconocimiento tiene que atender a decisiones o resoluciones judiciales consolidadas y válidamente creadas en el extranjero y al amparo de sus autoridades y de su ley, y sin fraude. Solo entonces no podría alegarse motivo de orden público. El reconocimiento parte ya de los límites impuestos en la

(29) Como sostiene QUIÑONES ESCÁMEZ, A., «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada», en *InDret*, núm. 3, 2009, pág. 41.

legislación en el Estado de origen y de la existencia de vínculos exigida por nuestras autoridades.

Así, llegados a este punto, habría que preguntarse:

3. ¿HAY INCOMPATIBILIDAD MANIFIESTA CON EL ORDEN PÚBLICO SI PRIMA EL INTERÉS DEL MENOR?

La protección del menor es un fin perseguido no solo por el Derecho interno sino también por el Derecho internacional privado. Sus normas se asientan en el interés del menor, objetivo prioritario a proteger de cuantos hagan acto de presencia en una relación jurídica en la que concurra un menor. De tal forma que, el valor fundamental en el que se expresa el interés del menor se ha incorporado tanto en las constituciones como en los tratados internacionales.

Así, desde el punto de vista del Derecho español, el interés del menor, bien jurídico con relevancia internacional, se deriva del artículo 39 de nuestra Constitución. En este artículo se garantiza la protección integral de los hijos, la obligación de los padres a prestarles asistencia de todo orden, así como la extensión a los menores de la protección de los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. En la misma línea, la Ley Orgánica de 1/1996, de *Protección Jurídica del menor*, de 15 de enero, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996), entiende que el interés del menor es, sin duda, una norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos.

En el orden internacional, señalar que la *Convención de los Derechos del Niño de 1989* proclama la supremacía del interés del menor en el artículo 3.1 (30). Del mismo modo, han sido varias las alternativas a través de las cuales se ha integrado el interés del menor en los distintos convenios elaborados por la Conferencia de La Haya. Así, en el *Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores*, de 25 de octubre de 1980, solo se contiene en el Preámbulo del texto; en el *Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional*, de 29 de mayo de 1993, y en el *Convenio relativo a la competencia, ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y las medidas de protección de los niños*, de 19 de octubre de 1996, se incluye de forma expresa tanto en el preámbulo como a lo largo al texto. Con independencia del lugar en el que las normas convencionales hagan referencia al citado interés del menor, su

(30) En este artículo se establece que «en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas y privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, tendrán una consideración primordial a que se atenderá será al interés superior del niño».

incorporación en el ordenamiento interno, tras la ratificación del texto (31), lo convierte en un valor jurídico fundamental cuya observancia se impone por los distintos ordenamientos estatales.

En materia de filiación y de protección del menor, la relación que se ha producido entre el interés del menor y el orden público lleva al citado valor fundamental a ejercer una tarea determinante en el funcionamiento del límite de orden público. Pues, el contenido del orden público es necesario enmarcarlo en unas características definidas entre las que se ha de circunscribir su aplicación, y, por tanto, las notas dominantes en la doctrina y en la jurisprudencia actual de un problema tradicional como es el orden público, se van a relacionar con el valor del interés del menor:

En primer lugar, la exigencia de ubicar temporalmente la noción de orden público. Por su propia naturaleza, esta noción se presenta flexible y variable en relación con las circunstancias y realidades que en un momento concreto reflejan los valores de una sociedad. Así, la actualidad del orden público no solo evidencia la vigencia o no de un valor sino también su posición jerárquica respecto a los demás: el valor fundamental que refleja el interés del menor y su primacía tras el artículo 3 de la *Convención de los Derechos del Niño de 1989* es clara.

Y en segundo lugar, es necesario analizar la resolución extranjera concreta con el fin de comprobar que sus efectos atentarán contra los principios fundamentales del foro. Por tanto, en relación con el interés del menor, puede suceder que una resolución no se reconozca por ser contraria al orden público y, sin embargo, en un caso concreto, se interprete que sus efectos no contradicen el interés del menor. De manera que, la incorporación del interés del menor, tras la *Convención de los Derechos del Niño de 1989*, aunque no exento de dificultades en lo que se refiere a su interpretación conforme a determinados particularismos, supone la consagración de valor fundamental y cuyo respeto pone en funcionamiento el límite de orden público (32).

(31) Ratificado por España el 6 de septiembre de 2010, entró en vigor el 1 de enero de 2011.

(32) ¿Qué ocurre si la inscripción de la resolución es manifiestamente incompatible con el orden público español? Pues, no cabría el reconocimiento. No hay que olvidar, que el nacido como consecuencia de técnicas de fecundación asistida se considera hijo de las personas que señala la ley nacional del hijo, y por tanto, el sujeto nacido de españoles será español (art. 17.1 CC). Si una pareja de españoles se traslada a un país con legislación que admite la gestación por sustitución y allí contratan a la madre sustituta, si está acreditado el hecho físico de la generación del hijo respecto a un progenitor español (si el material genético del varón corresponde a un sujeto español); el nacido se considera para el Derecho español como hijo de la mujer gestante por aplicación de la ley española (ley nacional del hijo español, art. 9.4 CC), que considera que los contratos de maternidad subrogada son nulos de pleno derecho y la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto (art. 10.1 y 2 de la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción asistida). Sin embargo, es

Sin embargo la Instrucción se asienta en los principios de insistir en que la inscripción registral en ningún caso puede permitir que con la misma se dote de apariencia de legalidad supuestos de tráfico internacional de menores y en respetar la exigencia de que no se haya vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico (33).

Por ello, al reconocimiento de la resolución extranjera que ha establecido la filiación de un español no se le puede poner objeciones si la autoridad española ha respetado los requisitos y condiciones establecidos en la Instrucción. Se presume, pues, que los interesados no han incurrido en fraude de ley ni el *forum shopping*, a juicio de la Dirección General. La certificación debe tener efectos en España, con independencia de que desde el punto de vista sustantivo, la gestación de sustitución de haberse producido en España estaría prohibida.

Según las últimas afirmaciones de nuestro Ministro de Justicia, el Gobierno español no promoverá la autorización de la gestación subrogada, comúnmente conocida como «vientre de alquiler». De acuerdo con las recientes resoluciones, los menores tendrán garantizada la seguridad jurídica, pero este hecho no abrirá camino a la aprobación de la gestación subrogada en España. El Ministro subraya que estos dos temas son completamente diferentes, que al respecto el Gobierno español ha instrumentado recientemente los mecanismos legales para dar cobertura legal a los hijos de españoles nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero, pero siempre y cuando exista una resolución judicial en el país de origen.

Para la Dirección de Registros y Notariado, la instrucción adoptada para la inscripción de los menores es totalmente realista: «No podíamos ignorar que están aquí, que tienen un padre español», afirma refiriéndose a los menores, pese a su desacuerdo con este método de gestación. «No podemos interferir en

perfectamente posible que para el Derecho del Estado extranjero donde se contrató a la madre sustituta, el nacido se considere hijo de las personas que contrataron a tal mujer al efecto (en ciertos Estados, como Reino Unido, Escocia y California, estos contratos son perfectamente válidos y el nacido se considera hijo de las personas que contratan a la madre sustituta). Esta divergencia legal, para un sector de la doctrina, reclama un tratamiento específico: en los casos que el nacido sea considerado hijo de tales personas por el derecho de un Estado miembro de la UE y así haya sido inscrito en el Registro de dicho Estado, el orden público español no puede tener como resultado un menoscabo del derecho de todo ciudadano comunitario a la libre circulación en la UE (art. 18 TCE), que debe prevalecer y no puede ser perjudicado por normas de Derecho español de producción interna, pues el Derecho comunitario tiene primacía. Así, CALVO CARAVACA, A.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., y CASTELLANOS RUIZ, E., *Derecho de Familia Internacional*, 4.ª ed., Madrid, 2008, págs. 252 y 253, sostienen que en efecto, si cada vez que el nacido cruza la frontera resulta que cambia su filiación, se producirían «riesgos de confusión sobre la identidad o la filiación de los interesados que pueden causar graves inconvenientes para los interesados tanto de orden profesional como privado» (STJEC de 2 de octubre de 2003, GARCÍA AVELLÓ).

(33) En España la *Ley 35/88, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida*, regula todas las cuestiones relacionadas con el derecho a la identidad en las técnicas de reproducción asistida.

la legislación de otros países, pero tampoco es posible aceptar todo». El fondo del problema es que en España se duda de la legalidad de las actuaciones de los jueces extranjeros. ¿Es el Estado español el que va a comprobar ahora que los jueces de otro país, han sido escrupulosos con la legislación propia?

Si un juez o autoridad extranjera está capacitado para emitir una sentencia o resolución y preservar los intereses de la gestante y del menor, ¿por qué en España se va a fiscalizar lo que dicta un juez de otro país? Por ello, ¿es lícito violar la confidencialidad de un proceso que ha sido ya juzgado? ¿Los jueces o autoridades de cada país no saben distinguir entre los casos de tráfico de niños, donde no se puede englobar los casos de gestación subrogada?

BIBLIOGRAFÍA

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Hijos *made in California*», en *Aranzadi Civil*, núm. 3, 2009, págs. 11-13.
- CALVO CARAVACA, A., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: «Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la Resolución de la DGRN, de 18 de febrero de 2009», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 2, 2009.
- CALVO CARAVACA, A.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., y CASTELLANOS RUIZ, E.: *Derecho de Familia Internacional*, 4.^a ed., Madrid, 2008.
- DÍAZ ROMERO, M. R.: «La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico», en *Diario La Ley*, núm. 7527, 14 de diciembre de 2010.
- FARNÓS AMORÓS, E.: «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California», en *InDret*, núm. 1, 2010.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho Internacional Privado*, Madrid, 2001.
- GARAU SOBRINO, F. F.: *Los efectos de las resoluciones extranjeras en España*, Madrid, 1992.
- GÓMEZ BENGOCHEA, B.: *Derecho a la identidad y filiación. Búsqueda de orígenes en adopción internacional y en otros supuestos de filiación transfronteriza*, Madrid, 2007.
- HERRANZ BALLESTEROS, M.: *El interés del menor en los convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, Valladolid, 2004.
- DE MIGUEL ASECIO, P. A.: «Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria», en *Eurolex*, 1997.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada», en *InDret*, núm. 3, 2009.
- TOMÁS MARTÍNEZ, G.: «El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro Civil», en *AC*, núm. 7, 2010.
- DE TORRES PEREA, J. M.: *Interés del menor y derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Madrid, 2009.
- 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.

RESUMEN

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN
RÉGIMEN REGISTRAL
DE LA FILIACIÓN
RECONOCIMIENTO DE RESOLUCIÓN
JUDICIAL EXTRANJERA

La Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) ha decidido despejar las dudas sobre la posibilidad de inscripción de los nacimientos en el extranjero derivados de la utilización de la gestación subrogada, mediante la reciente Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. «efectos jurídicos en España de una resolución extranjera». Se trata, en realidad, del reconocimiento en España de una filiación atribuida por gestación subrogada no suscita un problema de «derecho aplicable a la filiación», sino una cuestión de «validez extraterritorial de decisiones» (extranjeras) en España. Por ello, la Instrucción de la DGRN, de 5 de octubre de 2010, establece las condiciones para el acceso al Registro Civil español de una filiación por sustitución atribuida en el extranjero. El requisito de que la atribución de filiación deba basarse en una previa resolución judicial tiene su fundamento en la previsión contenida en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo de 2006, sobre técnicas de reproducción asistida.

ABSTRACT

GESTATION FOR SUBSTITUTION
REGIME REGISTRAL OF
THE FILIATION
RECOGNITION OF JUDICIAL
FOREIGN RESOLUTION

The Headquarter of the Records and of the Notariado (DGRN) has decided to clear the doubts on the possibility of inscription of the births abroad derived from the utilization of the replaced gestation, by means of the recent Instruction of October 5, 2010, on regime registral of the filiation of borne by means of gestation for substitution. The recognition in Spain of a filiation attributed by replaced gestation does not provoke a problem of «applicable law to the filiation», but a question of «juridical effects in Spain of a foreign resolution». It is a question actually of a question of «extraterritorial validity of decisions» (foreigners) in Spain. For it the Instruction of the DGRN of October 5, 2010 establishes the conditions for the access to the civil Spanish Record of a filiation for substitution attributed abroad. The requirement of which the attribution of filiation should be based on a previous judicial resolution has his foundation in the forecast contained in the article 10.3 of the Law 14/2006 of May 26, 2006 on technologies of assisted reproduction.

(Trabajo recibido el 26-1-2011 y aceptado para su publicación el 27-3-2012)

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Las sociedades cotizadas de inversión inmobiliaria: un nuevo instrumento impulsor del mercado inmobiliario y de alquiler en España (*)

por

MARÍA DEL CARMEN GARCÍA GARNICA
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Granada

y

RAFAEL ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA
Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Granada

SUMARIO

1. UNA NUEVA FORMA DE INVERSIÓN EN EL MERCADO INMOBILIARIO.
2. RETOS Y POSIBILIDADES DE LAS SOCIMI EN EL ACTUAL CONTEXTO ECONÓMICO Y FINANCIERO.
3. EL PATRIMONIO INMOBILIARIO DE LAS SOCIMI:
 - 3.1. CONSIDERACIONES GENERALES.
 - 3.2. DELIMITACIÓN DE LOS BIENES INMUEBLES QUE PUEDEN ADQUIRIR.
4. LA EXPLOTACIÓN EN ALQUILER DE SU PATRIMONIO INMOBILIARIO:
 - 4.1. CONSIDERACIONES GENERALES
 - 4.2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO CELEBRADOS
 - 4.3. LA AUTOCONTRATACIÓN.
5. CONCLUSIONES.

(*) Trabajo realizado en el marco del Proyecto de I+D+i del Ministerio de Ciencia e Innovación «Instrumentos jurídicos de mejora del acceso a la vivienda y de estímulo a la financiación y promoción inmobiliaria» (DER 2009-09624).

1. UNA NUEVA FORMA DE INVERSIÓN EN EL MERCADO INMOBILIARIO

Recientemente, la Ley 11/2009, de 26 de octubre (1), ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico la regulación de las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario (en adelante, SOCIMI).

Se trata de sociedades anónimas, cuyas acciones estarán admitidas a negociación en un mercado oficial de valores, y cuyo objeto social principal será la adquisición, directa o indirecta, y la promoción de bienes inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento, en los términos y con los requisitos establecidos en esta Ley. Con ellas se pretende impulsar, a un tiempo, tanto la inversión en bienes inmuebles urbanos como el mercado de alquiler en España.

Estas sociedades vienen a colocarse, en nuestro mercado financiero, junto a las Instituciones de Inversión Colectiva Inmobiliaria. De forma análoga a estas, están llamadas a canalizar el ahorro de una colectividad de sujetos para gestionarlo e invertirlo fundamentalmente en bienes inmuebles de naturaleza urbana, con el propósito de obtener un rendimiento para los inversores que se establecerá en función de los resultados obtenidos a partir de su explotación en alquiler. Al igual que aquellas, conforme al propio preámbulo de la Ley, «esta figura está preferentemente dirigida al pequeño y mediano accionista, haciendo asequible la inversión en activos inmobiliarios de manera profesional, con una cartera de activos diversificada y disfrutando desde el primer momento de una rentabilidad mínima al exigir una distribución de dividendos a la sociedad en un porcentaje muy significativo». No obstante, a diferencia de las IIC inmobiliaria, estas sociedades cotizan en mercados regulados, lo que proporciona al inversor una mayor liquidez de su inversión.

2. RETOS Y POSIBILIDADES DE LAS SOCIMI EN EL ACTUAL CONTEXTO ECONÓMICO Y FINANCIERO

La introducción de las SOCIMI en nuestro país ha tenido lugar en un momento en que diversos factores convergen dando lugar a una fase de crisis, más que de mera recesión económica, particularmente notoria en los mercados inmobiliario y financiero.

De forma muy elemental, con el único propósito de contextualizar la implantación de las SOCIMI y tratar de precisar su razón de ser y sus virtualida-

(1) *BOE* núm. 259, de 27 de octubre de 2009. Vid., también, la Disposición Final 15.ª de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el 2010, por la que se modifica la redacción de los artículos 9 (apdos. 3 y 7), 10 (apdos. 1.º y 2.º) y 11 (apdo. 1.b) de la Ley 11/2009.

des, hay que destacar que atravesamos una situación económica con unas tasas históricas de paro y endeudamiento. Ello se ha traducido en un incremento de los problemas de impago y morosidad, que ha repercutido negativamente en las entidades financieras, llevándoles a extremar el rigor y la cautela a la hora de facilitar financiación.

Centrada nuestra atención en el mercado inmobiliario, esto ha determinado, a su vez, la dificultad o imposibilidad de un amplio sector de la población para lograr el acceso a la propiedad inmobiliaria. La adquisición de un inmueble urbano, y en particular de la vivienda, es para buena parte de la población la inversión más importante que hará en su vida; siendo prácticamente imprescindible el recurso a la financiación externa para poder acceder a ella (2). En consecuencia, las dificultades actualmente existentes para obtener, primero, y afrontar, después, la financiación con destino a la adquisición de vivienda, imponen buscar e impulsar fórmulas alternativas a la propiedad para cubrir las necesidades de vivienda de los ciudadanos.

Las entidades financieras soportan otra pesada carga. El incremento de la morosidad y de los impagos ha provocado, a través tanto de embargos como de ejecuciones hipotecarias, que las entidades financieras hayan acumulado un *stock* de inmuebles excesivo, que está lastrando los balances bancarios y disminuyendo su liquidez, y al que necesitan dar salida. De modo que las SOCIMI se presentan como una atractiva solución a este problema.

Paralelamente a esta situación financiera, y por lo que al mercado inmobiliario se refiere, es consabida la afirmación de que ha estallado la burbuja inmobiliaria que se había ido generando a lo largo de los últimos años. Durante ellos, en un periodo de bonanza sin igual para el sector de la construcción, los precios de los inmuebles urbanos se incrementaron de forma desorbitada (3), en un terreno abonado por circunstancias coyunturales como los bajos tipos de interés de los últimos años y la implantación del euro, e incluso ciertos factores demográficos. Pero, fundamentalmente desde el año 2007, una vez absorbida en gran medida la demanda inmobiliaria, la rápida escalada de las tasas de desempleo y la dificultad de los potenciales adquirentes de inmuebles para conseguir financiación, ha provocado un alarmante estancamiento del mercado inmobiliario. Con el agravante de que la crisis del mercado inmobiliario tiene un efecto rebote en el resto de la economía, ya que el sector productivo de la construcción incide en otros múltiples sectores de la economía (transporte,

(2) Así lo advertíamos ya, en GARCÍA GARNICA, «Régimen jurídico y garantías de los instrumentos del mercado hipotecario español», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 24, 1997, pág. 249.

(3) Según datos publicados por *The Economist*, el precio de los inmuebles se incrementó en España un 80 por 100 en las dos últimas décadas; mientras que en el mismo periodo el incremento en Inglaterra fue de alrededor de un 40 por 100 y en Estados Unidos de poco más del 20 por 100.

producción de materiales, etc.) y en la colocación de un importante porcentaje de la mano de obra.

Ante el panorama someramente apuntado, nuestro legislador confía en que la introducción de las SOCIMI en nuestro sistema financiero contribuya a alcanzar dos objetivos de política económica y social, importantes de cara a superar la actual coyuntura. De un lado, incentivar y reactivar la inversión inmobiliaria. Y, de otro, impulsar el mercado arrendaticio en España, facilitando el acceso al uso de los inmuebles a través del alquiler, como alternativa a su adquisición en propiedad.

Precisamente, el mercado del alquiler inmobiliario es la tercera coordenada que delimita el contexto en el que están llamadas a abrirse paso y desenvolverse las SOCIMI. Por una serie de factores (normativos, económicos, e incluso culturales), el mercado del alquiler de inmuebles urbanos no goza en España de tan buena salud como el de otros países de nuestro entorno. En España existe una manifiesta preferencia por la propiedad frente al uso en alquiler de los inmuebles, particularmente acentuada en el caso de los inmuebles destinados a vivienda; presentando una de las tasas de vivienda alquilada más bajas de Europa (4).

Frente a ello, la actual crisis económica ha evidenciado los peligros de un modelo económico demasiado dependiente del sector de la construcción. De modo que será preciso reestructurar nuestra economía y dotarla de un patrón de crecimiento distinto. Y, aunque aún están por determinar cuáles deberán ser los nuevos sectores dinámicos de nuestra economía, los analistas económicos vienen coincidiendo en destacar —centrando nuestra atención en el mercado inmobiliario— que la construcción y la promoción inmobiliaria no mantendrán su actual primacía, mientras que el mercado del alquiler deberá ganar protagonismo.

En este panorama del mercado inmobiliario y financiero (donde la oferta de inmuebles construidos o en construcción es más elevada que la demanda de los compradores, donde las entidades financieras han acumulado un número excesivo de inmuebles al que precisan dar salida, y cuya menor liquidez se traduce en recortes en la financiación a promotores, constructores y posibles compradores de bienes inmuebles), las SOCIMI se nos muestran como una sugerente novedad.

A través de ellas, tanto los promotores como las entidades financieras podrían encontrar una vía de salida al mercado de sus inmuebles, alternativa a la

(4) Según los resultados de la «Encuesta de Condiciones de Vida, 2008» del INE, en ese año un 82,2 por 100 de los hogares disponían de la vivienda en propiedad, y tan solo un 8,4 por 100 en alquiler. Cifras que nos sitúan muy lejos de la media europea de vivienda en alquiler, situada en torno al 38 por 100; con países como Alemania o Francia a la cabeza (con tasas de alrededor del 40 por 100) o Reino Unido (en torno al 30 por 100), junto a otros como Austria, Holanda, Dinamarca, Polonia o Suecia.

Las cifras que arroja el Observatorio Estatal de la Vivienda en Alquiler (OEVA) son similares. Si bien, se observa un ligero ascenso de la tasa de alquiler entre 2005 y 2008 (<http://www.mviv.es>).

venta. Se podría incrementar la oferta y mejorar la calidad y profesionalidad de nuestro mercado de alquiler. El pequeño y mediano inversor podría encontrar un producto financiero seguro a largo y medio plazo. Y, sobre todo, los ciudadanos podrían ver facilitado el derecho de acceso a una vivienda digna y adecuada que proclama el artículo 47 de la Constitución, en la medida en que a través de ellas se aspira a tener un mercado de alquiler más profesionalizado, más eficiente y con una mayor transparencia.

Sentadas estas premisas, es bien sabido que el éxito de las SOCIMI, como ocurre con la mayoría de instrumentos financieros, no dependerá tanto de sus bondades y de su configuración jurídico-privada, como del trato fiscal del que estas sociedades y sus accionistas sean objeto (5). Sin perjuicio de ello, para delimitar mejor su papel en el mercado inmobiliario, expondremos someramente qué bienes pueden integrar el patrimonio de estas entidades, así como las peculiaridades que pueda plantear su explotación en alquiler por esta clase de sociedades.

3. EL PATRIMONIO INMOBILIARIO DE LAS SOCIMI

3.1. CONSIDERACIONES GENERALES

El principal objeto de inversión de las SOCIMI son los bienes inmuebles de naturaleza urbana, susceptibles de ser explotados en alquiler.

A falta de un desarrollo reglamentario que precise con más detalle la posible composición de su activo, la Ley se limita a exigir que al menos el 80 por 100 del valor de su activo esté invertido en bienes inmuebles de naturaleza urbana destinados al arrendamiento; en terrenos para la promoción de bienes inmuebles que vayan a destinarse a dicha finalidad, siempre que la promoción se inicie dentro de los tres años siguientes a su adquisición; así como en participaciones en el capital o patrimonio de otras entidades con finalidad similar, que satisfagan los requisitos establecidos en el artículo 2.1 de la Ley (art. 3.1). Esta exigencia se completa con la previsión de que al menos el 80 por 100 de las rentas del periodo impositivo correspondiente a cada ejercicio provenga del arrendamiento de bienes inmuebles y de los dividendos o participación en beneficios procedentes de las referidas participaciones (art. 3.2).

Además, la Ley establece un límite en orden a evitar una excesiva concentración de riesgos y garantizar una adecuada diversificación de las inversiones

(5) Para un análisis completo sobre su tratamiento fiscal, vid. AA.VV., *Las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario. Comentarios a la Ley 11/2009, de 26 de octubre, y análisis de Derecho Comparado*, coords.: GARCÍA GARNICA y ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, Ed. Aranzadi, 2010.

inmobiliarias de estas entidades. Las SOCIMI deberán tener al menos tres inmuebles en su activo, sin que ninguno de ellos pueda representar más del 40 por 100 del activo de la entidad en el momento de su adquisición. Si bien, la entidad podrá optar por sustituir el valor contable por el de mercado de los elementos integrantes de dicho balance (art. 3.4).

El resto de su activo podrán invertirlo en cualesquiera otros bienes o actividades accesorias; entendiéndose como tales aquellas cuyas rentas no excedan del 20 por 100 de las rentas de la sociedad en cada periodo impositivo.

Por último, hay que destacar que la Ley establece un periodo mínimo de permanencia de los bienes en el activo de la entidad, a fin de evitar que se desnaturalice su objeto social (art. 3.3) y en contrapartida a sus beneficios fiscales. Los bienes inmuebles que integren el activo de la sociedad deberán permanecer arrendados durante al menos tres años; plazo que se elevará a siete años, cuando el inmueble haya sido promovido por la propia sociedad. A efectos del cómputo se sumará el tiempo que los inmuebles hayan estado ofrecidos en arrendamiento, con un máximo de un año (art. 3.3). Finalmente, las acciones o participaciones de las entidades a que se refiere el artículo 2.1 deberán mantenerse en el activo durante tres años desde su adquisición o, en su caso, desde el inicio del primer periodo impositivo en que se aplique el régimen fiscal especial establecido en la Ley 11/2009.

Una vez transcurrido el tiempo mínimo de permanencia, las sociedades podrán vender sus activos. A este respecto, del artículo 3.2 de la Ley se infiere que los beneficios derivados de estas transmisiones no podrán superar el 20 por 100 de las rentas del periodo impositivo correspondiente a cada ejercicio. Aunque los beneficios que deriven de estas transmisiones no están sujetos al criterio general de distribución de beneficios que establece la Ley (6).

3.2. DELIMITACIÓN DE LOS BIENES INMUEBLES QUE PUEDEN ADQUIRIR

Una vez sentado el dato de que el activo del patrimonio de las SOCIMI deberá estar integrado, al menos en un 80 por 100 de su valor, por inmuebles

(6) Una de las notas que singularizan a las SOCIMI y a los REITs en general, es la de exigir un elevado porcentaje de distribución obligatoria de beneficios a sus inversores. Concretamente, el artículo 6.1, letra *a*), de la Ley 11/2009 exige que se distribuyan entre los accionistas al menos el 90 por 100 de los beneficios de la sociedad, pero excluidos los que procedan de la transmisión de inmuebles y acciones o participaciones y los beneficios que se correspondan con rentas procedentes de las actividades accesorias. De los beneficios provenientes de la transmisión de inmuebles, acciones o participaciones en otras entidades a las que se refiere el artículo 2.1 de la Ley, el 50 por 100 se distribuirá entre los accionistas y el resto deberá reinvertirse en otros inmuebles o participaciones, afectos al cumplimiento del objeto social principal de la entidad, dentro de los tres años siguientes a la fecha de transmisión. De no ser así, dichos beneficios se distribuirán como dividendos, junto a los beneficios obtenidos en el ejercicio en que finalice su plazo de reinversión.

de naturaleza urbana para su alquiler, la Ley nos ayuda a precisar qué bienes pueden integrar el patrimonio de estas entidades, al excluir del mismo ciertos inmuebles. Concretamente, los siguientes (art. 2.3):

- a) Los bienes inmuebles de características especiales a efectos catastrales regulados en el artículo 8 del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario (7).
- b) Los bienes inmuebles cuyo uso se ceda a terceros mediante contratos que cumplan los requisitos para ser considerados como de arrendamiento financiero a efectos del Impuesto de Sociedades.

A nuestro juicio, la Ley incurre en este extremo en cierta imprecisión, ya que más que excluir una clase de bienes inmuebles, lo que realmente está excluyendo es la posibilidad de que las SOCIMI cedan o exploten su activo en régimen de arrendamiento financiero (8).

Esta exclusión es lógica, primero, porque los contratos de arrendamiento financiero, pese a que su denominación pueda inducirnos a error, realmente son contratos de financiación y, por tanto, resultan ajenos al objeto social de las SOCIMI (9). Y, segundo, porque la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (10), reserva la celebración en calidad de arrendador financiero a entidades de crédito, en lógica correspondencia a la naturaleza financiera del contrato (DA 7.10.^a LDIEC).

- c) Junto a los anteriores, ceñido el objeto social de las SOCIMI a la explotación en alquiler de inmuebles urbanos, también hay que entender excluidos de su activo los inmuebles rústicos.

Esto presupuesto, y partiendo del concepto de bien inmueble que establece con carácter general el artículo 334 del Código Civil, así como de los límites que derivan del propio objeto social de estas entidades, hay que señalar que podrán formar parte de su activo los siguientes inmuebles:

(7) RDLeg 1/2994, de 5 de marzo (BOE núm. 58, de 8 de marzo). Este texto normativo clasifica catastralmente con este carácter los siguientes grupos de inmuebles: a) los destinados a la producción de energía eléctrica y gas y al refino de petróleo, y las centrales nucleares; b) las presas, saltos de agua y embalses, incluido su lecho o vaso, excepto las destinadas exclusivamente al riego; c) las autopistas, carreteras y túneles de peaje; y d) los aeropuertos y puertos comerciales (art. 8.2 TR).

(8) Así lo corrobora el hecho de que, a continuación, el artículo 2.4 contemple la posibilidad de que las sociedades adquieran «inmuebles poseídos por la sociedad en virtud de contratos que cumplan los requisitos para ser considerados como de arrendamiento financiero a efectos del impuesto sobre sociedades».

(9) A mayor abundamiento, vid. GARCÍA GARNICA, *El régimen jurídico del leasing financiero inmobiliario en España*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, en particular págs. 164 y sigs.

(10) BOE de 30 de julio de 1988.

- a) En primer lugar, las edificaciones finalizadas, con independencia de que su destino sea el de vivienda habitual o un uso distinto al de vivienda (11). Y en el caso de los inmuebles destinados a vivienda, podrá tratarse tanto de vivienda libre como de vivienda protegida (12). Sin más cortapisas a la composición de su activo, las SOCIMI podrán optar libremente por tener una cartera diversificada, con inmuebles destinados a distintos usos; o bien, por especializarse en un determinado sector, lo que es frecuente en los REITs de Derecho Comparado. El tipo de bien adquirido tendrá incidencia, básicamente, en orden a determinar el régimen jurídico aplicable al contrato de arrendamiento que se celebre sobre cada uno de los inmuebles.
- b) En segundo lugar, admitida la posibilidad de que lleven a cabo labores de promoción, estas sociedades podrán adquirir también edificaciones en proyecto o en construcción, o construidas para su rehabilitación.
- c) En tercer lugar, la Ley contempla la posibilidad de que adquieran terrenos para la promoción de bienes inmuebles que vayan a destinarse a dicha finalidad, siempre que la promoción se inicie dentro de los tres años siguientes a su adquisición.
- d) También podrán adquirir participaciones en el capital de otras SOCIMI o en el de otras entidades no residentes en territorio español que tengan el mismo objeto social que ellas y estén sometidas a un régimen similar en cuanto a la política obligatoria, legal o estatutaria, de distribución de beneficios. Asimismo, podrán adquirir participaciones de otras entidades, residentes o no en territorio español, que tengan como objeto social principal la adquisición de bienes inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento y que estén sometidas al mismo régimen establecido para las SOCIMI en cuanto a la política obligatoria, legal o estatutaria, de distribución de beneficios y cumplan los requisitos de inversión y financiación ajena a que se refieren los artículos 3 y 7 de esta Ley. Y, finalmente, acciones en Sociedades de Inversión Inmobiliaria y participaciones en Fondos de Inversión Inmobiliaria.

(11) El propio preámbulo de la Ley señala que su activo podrá incluir tanto viviendas, como locales comerciales, residencias, hoteles, garajes u oficinas, entre otros.

(12) Aunque la Ley no hace referencia expresa a estas, la posibilidad de que integren el patrimonio de las SOCIMI se infiere de lo establecido en su artículo 7. En él se dispone que, a efectos de computar la financiación ajena recibida por estas entidades, legalmente limitada al 70 por 100 de su activo, «no se incluirá la cuantía de la financiación que pueda obtenerse en virtud de lo establecido en la normativa del régimen de protección pública de la vivienda». Además, ello entronca con la finalidad recogida en el vigente Plan Estatal de Vivienda, que trata de impulsar la oferta en alquiler de vivienda protegida, e impulsaría las políticas públicas en materia de vivienda.

En todos estos casos, la entidad seguirá cumpliendo con su finalidad principal de adquirir inmuebles urbanos para su arrendamiento, solo que en lugar de hacerlo de forma directa, lo estará haciendo de forma mediata a través de la entidad participada.

- e) El artículo 2.4 de la Ley señala que las SOCIMI deberán adquirir los bienes inmuebles en propiedad, incluyendo la resultante de los derechos de superficie, vuelo, subedificación inscritos en el Registro de la Propiedad y durante su vigencia, así como los inmuebles poseídos por la sociedad en virtud de contratos que cumplan los requisitos para ser considerados como de arrendamiento financiero a efectos del Impuesto sobre sociedades.

Esta afirmación nos lleva a preguntarnos si, con carácter general, las SOCIMI pueden adquirir derechos reales sobre inmuebles urbanos, teniendo en cuenta que los derechos reales inmobiliarios tienen la consideración jurídica de bienes inmuebles (art. 334.10 CC).

A nuestro juicio, las SOCIMI podrán adquirir derechos reales inmobiliarios (13), siempre y cuando se respeten los siguientes requisitos: *a*) que recaigan sobre inmuebles urbanos, *b*) que permitan ceder el inmueble en arrendamiento, *c*) que respeten los plazos de inversión mínima previstos en la Ley, y *d*) que respeten los límites de diversificación de las inversiones inmobiliarias establecidos en la Ley. Además, será recomendable exigir la cautela de que los derechos reales estén inscritos en el Registro de la Propiedad y la sociedad inscriba, asimismo, su titularidad.

Asimismo, aunque no se trate propiamente de derechos reales, y con los mismos requisitos anteriores, entendemos que las SOCIMI pueden adquirir opciones de compra sobre bienes inmuebles urbanos, de forma análoga a lo previsto en el caso de los FII y con los límites que en su día establezca el desarrollo reglamentario de la Ley; e incluso derechos de arrendamiento con opción de compra.

- f) La Ley no se refiere a la posibilidad de que las SOCIMI adquieran concesiones administrativas, a pesar de que cuando estas recaigan sobre bienes inmuebles o sobre los servicios públicos a los que se hallen afectos, tienen la consideración legal de bienes inmuebles. Así lo dispone tanto el artículo 334.10 del Código Civil, como el artículo 6.2, letra *c*) del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario.

Esta posibilidad sí está expresamente contemplada en el caso de los FII, con la condición de que la concesión permita el arrendamiento del inmueble sobre el que recaiga (art. 72.2, letra *e*, del RIIC). Por lo que

(13) Por analogía, cabe destacar que en el caso de las IIC inmobiliarias, esta posibilidad está expresamente contemplada en el artículo 72.2 del RIIC, con el requisito de que se trate de derechos reales inmobiliarios, que permitan ceder su objeto en alquiler.

estimamos que las SOCIMI podrán adquirir la titularidad de concesiones administrativas, siempre y cuando la concesión recaiga sobre inmuebles de naturaleza urbana o servicios públicos a los que estos se hallen afectos, permita su arrendamiento, y se respeten los demás requisitos establecidos en la Ley 11/2009, en cuanto a diversificación del riesgo y permanencia de la inversión.

Por lo que se refiere a la ubicación de los bienes inmuebles, la Ley no prevé ningún límite al respecto. Tan solo exige que los inmuebles situados en el extranjero en que inviertan las SOCIMI, tanto de forma directa como indirecta —a través de la inversión en entidades extranjeras—, tengan una naturaleza análoga a los situados en territorio español y no estén ubicados en paraísos fiscales (art. 3.1, último párrafo, Ley 11/2009). Esta previsión ha sido criticada, ya que sin este límite se corre el riesgo de que las SOCIMI acumulen inversiones extranjeras, frustrando el propósito legal de que estas sociedades impulsen el mercado inmobiliario, en general, y el de alquiler, en particular, en nuestro país (14). De modo que, aunque la posibilidad de invertir en el extranjero puede contribuir a diversificar riesgos y dotar a estas entidades de patrimonios inmobiliarios equilibrados, sería conveniente que reglamentariamente se establezca alguna previsión a este respecto; bien estableciendo límites a las inversiones en el extranjero, bien incentivando fiscalmente las inversiones realizadas en España.

Igualmente, si se quiere fomentar la inversión de las SOCIMI en determinadas clases de inmuebles, en atención a su función social (vivienda, residencias de mayores, etc.), sería oportuno que el desarrollo reglamentario de la Ley incentive fiscalmente de forma especial estas inversiones, tal y como ocurre en el caso de los FII.

4. LA EXPLOTACIÓN EN ALQUILER DE SU PATRIMONIO INMOBILIARIO

4.1. CONSIDERACIONES GENERALES

Para cumplir con los objetivos de política social y económica que justifican el ventajoso régimen fiscal de estas sociedades, ya hemos destacado que su objeto social principal ha de ser la explotación, directa o indirecta —a través de la participación en otras entidades que desarrollen dicha actividad—, de inmuebles

(14) Vid. NASARRE AZNAR y RIVAS NIETO, «Las nuevas sociedades anónimas cotizadas en el mercado inmobiliario (SOCIMI): ¿solución para el alquiler de vivienda en España?», en *CFC Legal*, núm. 105, 2009, pág. 36.

urbanos en alquiler. De modo que sus rentas deberán derivar de esta actividad, al menos en un 80 por 100 en cada periodo impositivo (15).

Aparte de esta exigencia, las únicas previsiones de la Ley 11/2009, con respecto a los contratos de arrendamiento que celebren las SOCIMI, se concretan en disponer que se lleve una contabilización separada para cada inmueble, de manera que sea posible conocer la renta correspondiente al mismo o, en su caso, a cada una de las fincas registrales en que aquel se divida (art. 2.5). Además, establece que los bienes inmuebles que integren el activo de la sociedad deberán permanecer arrendados durante al menos tres años. Este plazo se elevará a siete años para los inmuebles que hayan sido promovidos por la sociedad. En ese periodo, no solo se computará el tiempo en que el inmueble haya estado efectivamente arrendado, sino también el tiempo en que haya estado ofrecido en arrendamiento, hasta un máximo de un año (art. 3.3) (16).

Esta previsión ha de ser positivamente valorada, tanto desde el punto de vista de los accionistas de la sociedad, como de los potenciales arrendatarios. Para los primeros, porque esta previsión contribuye a asegurarles una rentabilidad estable a medio o largo plazo. Para los segundos, porque la exigencia de un periodo mínimo de oferta de los inmuebles de la sociedad en arrendamiento redundará en el necesario incremento de la oferta de inmuebles en alquiler en nuestro país, al tiempo que contribuirá a dotar de cierta estabilidad a los contratos de arrendamiento celebrados con estas entidades. A este respecto, hay que resaltar una importante diferencia entre las SOCIMI y los propietarios particulares como arrendadores. Puesto que mientras estos habitualmente procurarán evitar comprometer a largo plazo la cesión del goce y disfrute de su propiedad, interesándoseles concertar arrendamientos de corta duración, sin perjuicio de la tácita reconducción; a las SOCIMI les interesa *ab initio* concertar contratos con una duración más estable y prolongada en el tiempo, a fin de asegurar una adecuada rentabilidad de su patrimonio. Ventajas que se unen, a la mayor transparencia y profesionalidad en la gestión de los contratos de arrendamiento y de los inmuebles arrendados, connatural a estas entidades.

(15) Así se infiere del artículo 2.6, *a contrario*, y lo establece expresamente el artículo 3.2 de la Ley 11/2009.

(16) Recordemos que conforme a la DT 2.^a de la Ley, hasta el 31 de diciembre de 2010, el periodo de arrendamiento de tres años previsto en el artículo 3.3 será de dos o de un año para aquellos bienes inmuebles que hubieran permanecido en el activo de la sociedad y hubieran estado arrendados u ofrecidos en arrendamiento en los cinco o diez años anteriores, respectivamente a la fecha de la opción por la aplicación del régimen fiscal especial establecido en esta Ley.

4.2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO CELEBRADOS

Ceñido el objeto social principal de las SOCIMI a la explotación en alquiler de inmuebles urbanos, la normativa que regirá los contratos de arrendamiento que suscriban estas entidades no será otra que la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (en adelante, LAU) (17).

Esta Ley tuvo en su momento la gran virtud de venir a equilibrar la posición contractual de arrendatarios y arrendadores. Con anterioridad a ella, el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 (18), protegía en exceso al arrendatario. En particular, a fin de garantizarle la estabilidad en el uso del inmueble arrendado, esta normativa preveía tanto en los arrendamientos de vivienda como en los de local de negocio la prórroga del contrato al término de la duración pactada, forzosa para el arrendador, y potestativa para el arrendatario.

Esta regulación producía de hecho un vaciamiento *sine die* de buena parte del contenido del derecho de propiedad. Por lo que ha sido uno de los principales factores de la rigidez y precariedad del mercado arrendaticio español, dado que los propietarios no se mostraban favorables a alquilar sus inmuebles, prefiriendo en muchos casos tenerlos vacíos y especular con sus plusvalías, a fin de obtener una rentabilidad de su inversión, antes que explotarlos en alquiler. Con el agravante de que ello ha ido contribuyendo a crear en España, con el paso de los años, una cultura de disfavor hacia el arrendamiento y de sobrevaloración de la inversión inmobiliaria, como principal forma de ahorro. Elementos que, junto a otras coyunturas socio-económicas, han contribuido al incremento desmesurado del precio de los inmuebles y a la falta de un mercado arrendaticio adecuadamente estructurado y diversificado.

El Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, sobre medidas de política económica (19), trató de paliar esta situación, estableciendo que en los contratos celebrados a partir de su entrada en vigor la prórroga forzosa sería renunciable por acuerdo de las partes. Pero, con esta previsión se produjo un efecto penderular, ya que ahora los que se encontraban en situación de desprotección eran los arrendatarios, al no tener garantizada una duración mínima del contrato y quedar a expensas de la voluntad de los propietarios, a quienes interesaban contratos de corta duración, a fin de no comprometer a medio o largo plazo el uso de su propiedad.

Frente a ello, la LAU de 1994 trató de hallar un punto de equilibrio entre los intereses contrapuestos de arrendadores y arrendatarios, fundamentalmente en el caso de los inmuebles destinados a vivienda. Para ello, partiendo de la distinción entre los arrendamientos de vivienda y los arrendamientos para uso

(17) *BOE* núm. 282, de 25 de noviembre de 1994.

(18) Aprobado por el Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre.

(19) *BOE* núm. 111, de 9 de mayo.

distinto de vivienda (20), estableció una duración mínima para los arrendamientos de vivienda suscritos a partir de su entrada en vigor (21), a fin de garantizar una cierta estabilidad al arrendatario; pero sin comprometer indefinidamente las facultades del propietario, al prescindir de la prórroga forzosa.

Concretamente, con la finalidad recogida en el preámbulo de la Ley de «coadyuvar a potenciar el mercado de los arrendamientos urbanos como pieza básica de una política de vivienda orientada por el mandado constitucional consagrado en el artículo 47, del reconocimiento del derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada», la Ley establece una duración mínima de cinco años para los arrendamientos de vivienda, haciéndoles recuperar la estabilidad perdida con el Real Decreto-ley de 1985. A tal fin establece que la duración del contrato será libremente pactada por las partes. Si bien, en caso de ser inferior a cinco años, llegado el día de vencimiento del contrato, este se prorrogará obligatoriamente por plazos anuales hasta que el arrendamiento alcance una duración mínima de cinco años, salvo que el arrendatario manifieste al arrendador con treinta días de antelación como mínimo a la fecha de terminación del contrato o de cualquiera de sus prórrogas, su voluntad de no renovarlo (art. 9 LAU) (22). Además, una vez transcurrido el plazo mínimo de duración del contrato, si a la llegada de su vencimiento ninguna de las partes hubiese notificado a la otra, al menos con un mes de antelación a aquella fecha, su voluntad de no renovarlo, el contrato se prorrogará obligatoriamente por plazos anuales hasta un máximo de tres años más, salvo que el arrendatario manifieste al arrendador con un mes de antelación a la fecha de terminación de cualquiera de las anualidades, su voluntad de no renovar el contrato (art. 10 LAU).

En el caso de los arrendamientos de inmuebles destinados a un uso distinto al de vivienda, la LAU de 1994 suprimió la prórroga forzosa y, además, encomendó íntegramente la composición de los intereses de los contratantes a la libertad de pacto, salvada la posible aplicación supletoria del Título III de la Ley y, subsidiariamente, del Código Civil. De este modo, la Ley deja en situación precaria a los arrendatarios de locales de negocio, ya que legalmente no tienen garantizada una estabilidad mínima en la posesión de los locales que precisan para llevar a cabo su actividad económica. Situación que se hará particularmente

(20) Vid. artículo 2.1 y artículo 3 de la LAU.

(21) La LAU establece un régimen transitorio para los contratos suscritos con anterioridad, distinguiendo entre los sujetos al RDL de 1985 y al TRLAU de 1964 (vid. DT 1.ª a 4.ª).

(22) Hay que destacar que aunque el artículo 9.3 de la LAU contempla una posibilidad de excepcionar esta prórroga, la causa que recoge es predicable exclusivamente de personas físicas, y por tanto carece de toda virtualidad en el caso de los arrendamientos suscritos por las SOCIMI: cuando, al tiempo de su celebración, se haga constar en el mismo, de forma expresa, la necesidad para el arrendador de ocupar la vivienda arrendada antes del transcurso de cinco años para destinarla a vivienda permanente para sí o sus familiares en primer grado de consanguinidad o por adopción o para su cónyuge en los supuestos de sentencia firme de divorcio o nulidad matrimonial.

patente a partir del fin del 2014, fecha en la que se extinguirán los contratos aún vigentes al amparo del TRLAU de 1964 (DT 3.ª LAU). Esto es criticable, ya que tienen en ello un legítimo interés digno de tutela, cuya desprotección redundaría no solo en su perjuicio, al poner en peligro su medio de subsistencia, sino en el de la economía en general.

A fin de salvaguardar sus intereses, lo único que contempla la Ley es el derecho del arrendatario a una indemnización al término de la duración pactada del contrato, si se cumplen una serie de condiciones recogidas en su artículo 34.

Ahora bien, en el caso de los arrendamientos de local de negocio concertados por las SOCIMI, es evidente que el devengo a su término de una indemnización por clientela supondría un recorte a sus beneficios, y por tanto a los dividendos de los accionistas, poco deseable. Por ello, hay que destacar que este derecho del arrendatario es dispositivo. De modo que, a nuestro juicio, y a pesar de la bondad de la finalidad de esta indemnización, su exclusión probablemente deberá ser una cláusula tipo en los contratos de arrendamiento de local de negocio que celebren las SOCIMI.

Sin perjuicio de ello, como antes señalábamos, los profesionales y comerciantes que arriendan un inmueble urbano, con el propósito de desarrollar en él su actividad económica, tienen una necesidad de estabilidad merecedora de tutela. Aunque sus intereses en este punto no cuentan con amparo alguno en la LAU de 1994, al haber confiado todos los elementos del contrato a la autonomía de la voluntad de los contratantes, estimamos que la actividad de las SOCIMI producirá en este sector arrendaticio un considerable incremento del número y de la calidad de los inmuebles ofertados; de la transparencia en el precio y en las demás condiciones de los contratos; y una mayor estabilidad en la duración de los mismos. En relación a este último extremo hay que tener presente que, a diferencia de los arrendadores particulares, a las SOCIMI les interesará mantener arrendados los inmuebles de su propiedad, a fin de cumplir con su objeto social principal. De ello dependerá la propia rentabilidad y éxito empresarial de estas sociedades.

En todo caso, a fin de una mayor incentivación de la labor de las entidades a las que nuestro legislador confía el impulso y profesionalización del mercado arrendaticio (en particular, tanto las SOCIMI, como las IIC inmobiliaria), no estaría de más, aparte de los incentivos fiscales que prevén sus respectivas normas reguladoras, una reforma de la legislación arrendaticia, que contemplara las especialidades que presenta la relación arrendaticia en los supuestos en los que hay un arrendador profesional, y no un contrato suscrito entre particulares. A título ilustrativo, en estos casos cabría proponer la previsión de una mayor estabilidad en la duración de los contratos, en particular para aquellos inmuebles en los que el arrendatario lleve a cabo su actividad económica o profesional; una revisión de las causas de extinción del contrato, fundamentalmente en orden a facilitar en los supuestos de disolución de la entidad arrendadora la liquidación

de su patrimonio; y una agilización del proceso de desahucio por impago de rentas; entre otras previsiones.

4.3. LA AUTOCONTRATACIÓN

La Ley no hace referencia a la posibilidad de que los propios accionistas sean arrendatarios de inmuebles de la SOCIMI. De modo que para responder a esta cuestión podemos acudir por analogía a lo previsto en relación a las IIC inmobiliarias.

En un primer momento, la Orden Ministerial de 24 de septiembre de 1993, sobre fondos y sociedades de inversión inmobiliaria, prohibió a los partícipes y socios la posibilidad de arrendar bienes del Fondo o de la Sociedad de Inversión Inmobiliaria. No obstante, pronto se apreció que la rigidez de su regulación inicial, en este y otros extremos, suponía un lastre a la expansión de las entidades de inversión colectiva inmobiliaria (23), y por tanto a la consecución de los objetivos de política económica social que se les atribuían. Ello determinó sucesivas reformas dirigidas a flexibilizar su régimen jurídico (24). Y, entre los cambios más significativos, hay que destacar la admisión de la posibilidad de que los partícipes y socios pudieran ser arrendatarios de los inmuebles del activo de la entidad. Tan solo se exige que esta posibilidad esté contemplada en los estatutos de la SII o en el reglamento del FII, incluyendo normas de conducta específicas a fin de evitar los conflictos de interés, así como que los inmuebles arrendados por las IIC a socios y partícipes no podrán superar el 25 por 100 del patrimonio de la IIC (25).

(23) De forma particularmente ilustrativa, URETA, «Fondos de Inversión Inmobiliaria (I)», en *Actualidad Financiera*, mayo de 1993, pág. 133, llegó a sostener que «mutillar los FII de la forma que lo ha hecho la Ley 19/92, de 7 de julio, es, en nuestra modesta opinión, la fórmula más idónea para asegurar su fracaso».

(24) Las modificaciones han afectado a la LIIC, al Reglamento de la misma y a la Orden de 1993. Concretamente, la Ley 20/1998, de 1 de julio (BOE núm. 157, de 2 de julio), modificó los artículos 33, 34 bis y 35 bis de la LIIC de 1984, y el Real Decreto 845/1999, de 21 de mayo, modificó el Reglamento de esta Ley en sus artículos 72, 72 bis, 73, 74, 75 y 75 bis y parcialmente otros menos importantes, derogando también diversos preceptos de la Orden Ministerial de 24 de septiembre de 1993. Más recientemente, la LIIC de 1984 ha sido derogada y reemplazada por la nueva Ley 35/2003, de 4 de noviembre (BOE núm. 265, de 5 de noviembre). A la espera del desarrollo reglamentario de esta Ley, sigue en vigor el Reglamento de 1990, cuya última reforma tuvo lugar en virtud del Real Decreto 91/2001, de 2 de febrero (BOE núm. 42, de 17 de febrero).

(25) Con tal objeto, la Ley 20/1998 modificó la redacción originaria de las letras a) y b) del artículo 33 de la LIIC de 1984. A su vez, el Real Decreto 845/1999 dio nueva redacción a los artículos 72 y 74 del Real Decreto 1393/1990. Vid., también, el artículo 58.1 RIIC. A mayor abundamiento sobre la autocontratación y los conflictos de interés en las IIC, vid. ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R., «Las Sociedades Gestoras de Instituciones de Inversión

En coherencia con ello, y por analogía, estimamos que también es posible, e incluso conveniente, que los socios puedan arrendar bienes de la SOCIMI, siempre que se cumplan ciertas cautelas. En particular, que esta posibilidad esté contemplada en los estatutos de la sociedad, que la operación se celebre a precios y condiciones de mercado, y que se lleve una contabilización separada de las operaciones celebradas con socios. Asimismo, sería deseable que el futuro desarrollo reglamentario de su regulación prevea un límite cuantitativo a esta posibilidad. A falta del cual, los estatutos de las SOCIMI podrían adoptar el establecido para las IIC inmobiliaria.

5. CONCLUSIONES

Nacidas con la finalidad de impulsar el mercado inmobiliario y arrendatario, la coyuntura económica en la que el legislador ha introducido en nuestro ordenamiento y en nuestro sistema financiero las SOCIMI no puede ser más favorable para su despegue.

Por un lado, el estancamiento de la demanda de adquisición de inmuebles, hace que exista una elevada oferta que podría canalizarse a través de estas entidades, las cuales podrán hacerse con un patrimonio inmobiliario diversificado a un coste más moderado que en los últimos años. Las propias promotoras y constructoras inmobiliarias, así como las entidades de crédito, que han acumulado un excesivo *stock* de inmuebles en los últimos años, podrán promover la constitución de SOCIMI, a fin de darle salida.

Por otro lado, en una situación económica difícil para el consumidor y para la pequeña y mediana empresa, la opción del alquiler se muestra más atractiva que en otros momentos, frente a la adquisición de propiedad. Un factor importante en este cambio de tendencia lo constituye la mayor dificultad actual para acceder a la financiación externa, la alta tasa de paro actualmente existente y la mayor movilidad laboral que ello conlleva. Los propios poderes públicos tratan de fomentar el alquiler, incrementando las ayudas económicas a los arrendatarios y a los promotores que cedan sus inmuebles en alquiler, con o sin opción de compra, e incrementando la oferta de vivienda protegida en alquiler. E, incluso, alguna entidad bancaria ha puesto en el mercado productos específicamente orientados a fomentar el alquiler inmobiliario.

Para el pequeño y mediano inversor, al igual que las IIC inmobiliaria, estas entidades le ofrecen la posibilidad de invertir en un patrimonio inmobiliario diversificado, sin el coste económico ni fiscal de la inversión directa en bienes inmuebles; con una gestión y administración profesional de la inversión; y

Colectiva: régimen jurídico», en AA.VV., *Estudios sobre los Fondos de Inversión Inmobiliaria*, Ed. Aranzadi, 2008, págs. 226 y sigs.

sin la volatilidad de otros activos mobiliarios, ofreciéndole una rentabilidad estable a largo y medio plazo, asegurada de un lado a través de la explotación del patrimonio de la sociedad en alquiler y, de otro, por la obligación legal de esta de distribuir prácticamente la totalidad de sus beneficios entre sus accionistas. Además, frente a la inversión en IIC inmobiliaria, la exigencia de que las acciones de las SOCIMI estén admitidas a negociación en un mercado regulado garantizan al inversor la liquidez de su inversión, y frente a los FII, en particular, los inversores gozarán de facultades de control de la gestión, a través de los órganos sociales, de las que carecen los partícipes. Y todo ello, con un ventajoso trato fiscal.

Finalmente, para los arrendatarios la labor de las SOCIMI repercutirá en un incremento de la oferta y la calidad de los inmuebles en alquiler; en una mayor transparencia, profesionalidad y competitividad del mercado arrendaticio, y en una mayor estabilidad de los contratos. Pues, a diferencia de los arrendatarios particulares, interesados en no comprometer en el tiempo el uso de su patrimonio inmobiliario, las SOCIMI procurarán mantener su patrimonio en alquiler, en cumplimiento de su objeto social principal y con el propósito de obtener la máxima rentabilidad posible de su patrimonio (26).

RESUMEN

*SOCIEDADES COTIZADAS
DE INVERSIÓN INMOBILIARIA
ARRENDAMIENTO URBANO
INVERSIÓN COLECTIVA
EN INMUEBLES*

En un contexto de crisis, más que de mera recesión económica, particularmente notoria en los mercados inmobiliario y financiero, nuestro legislador confía en que la introducción de las SOCIMI en nuestro sistema financiero, llevada a cabo a través de la Ley 21/2009, contribuya a alcanzar dos objetivos de política económica y social, importantes de cara a superar la actual coyuntura. De un lado, incentivar y reactivar la inversión inmobiliaria. Y, de

ABSTRACT

*LISTED REAL ESTATE INVESTMENT
COMPANIES
URBAN LEASING
COLLECTIVE INVESTMENT
IN REAL ESTATE*

In a context that is a crisis rather than mere economic recession, and one that is resounding throughout the real estate and financial markets, our country's legislators trust that Act 21/2009's introduction of listed real estate investment companies in our financial system will help reach two objectives of economic and social policy that are important if we are to overcome the current economic situation. The first objective is to provide incentive for and

(26) Para una aproximación más completa al régimen jurídico y fiscal de las SOCIMI, véase la obra colectiva ya citada, *Las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario. Comentarios a la Ley 11/2009, de 26 de octubre, y análisis de Derecho Comparado*, coords.: GARCÍA GARNICA y ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, Ed. Aranzadi, 2010.

otro, impulsar el mercado arrendaticio en España, facilitando el acceso al uso de los inmuebles a través del alquiler, como alternativa a su adquisición en propiedad.

A través de ellas, tanto los promotores como las entidades financieras podrían encontrar una vía de salida al mercado de sus inmuebles, alternativa a la venta. Se podría incrementar la oferta y mejorar la calidad y profesionalidad de nuestro mercado de alquiler. El pequeño y mediano inversor podría encontrar un producto financiero seguro a largo y medio plazo. Y, sobre todo, los ciudadanos podrían ver facilitado el derecho de acceso a una vivienda digna y adecuada que proclama el artículo 47 de la Constitución, en la medida en que se confía que estas entidades contribuyan a tener un mercado de alquiler más profesionalizado, más eficiente y con una mayor transparencia.

Con tan importantes expectativas puestas en estas entidades, en este trabajo se analiza el papel de las SOCIMI en el mercado inmobiliario y arrendaticio, sus virtualidades frente a otras figuras próximas como las IIC inmobiliarias, los bienes que pueden integrar el patrimonio de estas entidades y las peculiaridades que plantea su explotación en alquiler por esta clase de sociedades.

reactivate investment in real estate. The second is to boost the rental property market in Spain by facilitating access to real estate use through renting as an alternative to buying.

(Trabajo recibido el 10-1-2011 y aceptado para su publicación el 27-3-2012)

DICTÁMENES Y NOTAS

El convenio de Ciudad del Cabo y su protocolo sobre bienes de equipo espacial

por

FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO

*Registrador de la Propiedad adscrito a la Dirección General
de los Registros y del Notariado.*

Vocal permanente de la Comisión General de Codificación

IVÁN HEREDIA CERVANTES

*Profesor Titular de Derecho Internacional Privado
(Universidad Autónoma de Madrid)*

SUMARIO

1. CUESTIONES PREVIAS.
2. EL CONVENIO DE CIUDAD DEL CABO: UNA BREVE INTRODUCCIÓN:
 - 2.1. CUESTIONES GENERALES.
 - 2.2. CARACTERÍSTICAS ESENCIALES.
 - 2.3. MODALIDADES DE GARANTÍAS.
 - 2.4. MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL DEUDOR.
 - 2.5. LA CREACIÓN DE UN REGISTRO INTERNACIONAL.
 - 2.6. REGLAS SOBRE INSOLVENCIA.
 - 2.7. REGLAS SOBRE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.
3. EL PROTOCOLO SOBRE LOS BIENES DE EQUIPO ESPACIAL:
 - 3.1. ¿POR QUÉ UN PROTOCOLO SOBRE BIENES DE EQUIPO ESPACIALES?
 - 3.2. BIENES SUSCEPTIBLES DE SER UTILIZADOS COMO GARANTÍAS INTERNACIONALES.
 - 3.3. IDENTIFICACIÓN DE LOS BIENES DE EQUIPO ESPACIALES.
 - 3.4. DERECHOS DEL DEUDOR.

3.5. REGISTRO DE GARANTÍAS INTERNACIONALES SOBRE BIENES DE EQUIPO ESPACIAL:

- a) *La futura Autoridad Supervisora y los puntos de acceso nacionales.*
- b) *Inscripción de ventas de bienes de equipo y de derechos de salvamento.*

3.6. REGLAS SOBRE PRIORIDAD REGISTRAL.

1. CUESTIONES PREVIAS

1. Los días 27 de febrero a 9 de marzo de 2012, ha tenido lugar en Berlín (Alemania), en la sede del Ministerio de Asuntos Exteriores, la Conferencia Diplomática para la adopción de un protocolo internacional sobre equipos móviles en temas relativos a bienes espaciales. Se trata del tercer protocolo complementario al Convenio base, el Convenio de UNIDROIT, relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, firmado en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001 (1). Con anterioridad al Protocolo de bienes espaciales, han sido aprobados ya dos Protocolos, adaptados a otros tipos de bienes de equipo. De un lado, el que versa sobre cuestiones específicas relativas a equipos aeronáuticos, que fue adoptado en el mismo lugar y fecha que el convenio base. Y de otro, el que se adoptó en Luxemburgo el 23 de febrero de 2007, centrado en las cuestiones específicas relativas a material rodante de transporte ferroviario.

De los tres protocolos solo está en vigor el primero, el relativo a equipo aeronáutico, pues los demás no han obtenido aún la ratificación de un número suficiente de Estados. El Reino de España todavía no ha ratificado ninguno de ellos —tampoco el Convenio base de Ciudad del Cabo— aunque siempre ha manifestado la conveniencia de su aprobación como un impulso a los sectores industriales afectados (2).

(1) La bibliografía sobre el Convenio de Ciudad del Cabo es ya muy abundante. Al margen de las referencias que se encontrarán a lo largo del trabajo, una amplia lista de los trabajos publicados puede consultarse en <http://www.unidroit.org/english/conventions/mobile-equipment/bibliography/2001convention.htm>.

(2) La posición actual de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la eventual adhesión de España al Convenio de Ciudad del Cabo, relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil adoptado el 16 de noviembre de 2011, contestando a escrito remitido por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia el 20 de marzo de 2012, a su vez, a requerimiento del Ministerio de Asuntos Exteriores, es la siguiente: 1.º Iniciar el procedimiento de ratificación del Convenio de Ciudad del Cabo, de 16 de noviembre de 2001. 2.º Impulsar, entretanto, una reforma legal del régimen de las garantías mobiliarias. 3.º Una vez aprobada en España una ley de garantías mobiliarias, proceder a la ratificación de los protocolos complementarios, relativos a material aeronáutico, material ferroviario y bienes espaciales.

2. Tanto el Convenio de Ciudad del Cabo como sus protocolos son textos internacionales de naturaleza mixta que se proyectan sobre competencias de los Estados y de la Unión Europea (3). Como consecuencia de esta especial naturaleza, la Unión Europea ha firmado el Convenio de Ciudad del Cabo y los protocolos aeronáutico y de material ferroviario, si bien haciendo reserva en materias de su competencia, como ocurre en el caso de las reglas sobre competencia judicial internacional y sobre determinación de la ley aplicable a las obligaciones contractuales y a los procedimientos de insolvencia, al estar ya reguladas tales materias por normativa europea (respectivamente, Reglamento 44/2001, Reglamento Roma I, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales y Reglamento 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia). La Comisión también ha intervenido en la Conferencia Diplomática para la redacción y aprobación del Protocolo sobre bienes espaciales, donde realizó una sesión de coordinación con los países miembros de la Unión participantes en ella. La posición de la UE es la de hacer manifestación de competencia reservada en su favor, excluyendo —al igual que en los protocolos anteriores— la aplicación del Protocolo (*opt out*) en las materias a las que se acaba de hacer referencia, ya reguladas por un instrumento europeo.

España, en la medida en que aún no ha firmado el Convenio de Ciudad del Cabo de 2001, y teniendo en cuenta el criterio de la Comisión expresado en la Conferencia Diplomática, se ha limitado a rubricar, pero no a firmar, el Protocolo (4).

3. A diferencia de los dos primeros protocolos que cuentan con el apoyo pleno de los sectores económicos afectados, la apuesta por extender el modelo instaurado por el Convenio de Ciudad del Cabo al ámbito de las garantías sobre bienes espaciales no ha sido bien recibido por un sector de la «industria», al considerarse que las soluciones contempladas actualmente en los ordenamientos nacionales resultan suficientes para dar una correcta solución a los problemas del sector y al entenderse que el gran tamaño y elevada solvencia de las entidades que operan en este ámbito constituyen elementos suficientes para ganarse la confianza de los inversores. Tales argumentos, no obstante, han sido criticados, fundamentalmente por representantes de países con una industria espacial menos desarrollada, al considerar que responden en realidad a un intento de no alterar el *status quo* e impedir el acceso a la financiación de nuevos Estados y de entidades de un tamaño medio. Sea como fuere, lo cierto es que en el caso del ordenamiento español la regulación de esta materia resulta inexistente y la

(3) Con relación a las implicaciones asociadas a la ratificación del Convenio de Ciudad del Cabo por la UE, vid. *in extenso*, CRANS, B., «The Implications of the EU Accession to the Cape Town Convention», in: *35 Air and Space Law*, 35 (2010), págs. 1-7.

(4) En la Conferencia Diplomática se ha hecho anuncio de reserva de soberanía sobre Gibraltar para el momento de la ratificación.

ratificación del Convenio y el Protocolo de bienes espaciales aportaría, cuando menos, un mínimo umbral de seguridad jurídica hoy en día inexistente.

4. El trabajo que ahora comienza tiene como finalidad esencial realizar una breve aproximación al Protocolo de Bienes Espaciales, describiendo las principales soluciones que aporta, identificando las dudas de más entidad que suscita y poniendo de relieve la incidencia que una eventual ratificación del Convenio de Ciudad del Cabo y del propio Protocolo puede tener en nuestro ordenamiento. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que no es posible hacerse una idea cabal de las aportaciones del Protocolo sin tener claras las líneas básicas del Convenio de Ciudad del Cabo. Por este motivo, las primeras páginas de este estudio se dedican a exponer a grandes rasgos el contenido del mencionado texto convencional.

2. EL CONVENIO DE CIUDAD DEL CABO: UNA BREVE INTRODUCCIÓN

2.1. CUESTIONES GENERALES

5. A diferencia de lo que acontece con el Derecho de Obligaciones y, en especial, con el Derecho de Contratos, los aspectos reales de las transacciones comerciales internacionales han sido, hasta fechas muy recientes, los grandes olvidados del proceso de armonización del Derecho Comercial Internacional. Los motivos de este retraso son muy diversos y entre los principales seguramente destaquen la excesiva preocupación por no interferir en las regulaciones nacionales relativas a la insolvencia, las grandes diferencias existentes entre las familias jurídicas o las tremendas limitaciones al ejercicio de la autonomía de la voluntad que, a diferencia de lo que acontece en el ámbito de los contratos, han impedido contar con el apoyo de normativa desarrollada por los operadores privados (5).

Frente a esta «realidad normativa», la «realidad material» nos ofrece un panorama cada día más internacionalizado en el que habitualmente se recurre como instrumento de financiación a bienes especialmente costosos caracterizados por su constante movilidad transfronteriza (aviones, material rodante ferroviario, bienes espaciales). Se trata, en definitiva, de bienes que no tienen una localización física en un solo Estado o que, como ocurre con los bienes espaciales lanzados al espacio, ni siquiera es posible ubicarlos en territorio terrestre (6).

(5) Vid., con mayor detalle, GOODE, R., «The protection of interests in movibles in Transnacional Commercial Law», en *Uniform Law Review*, 1998, vols. 2-3, pág. 453 y sigs., esp. págs. 435-438; WHINCOP, M. J., «Conflicts on the Cathedral: towards a theory of property rights in private international law», en *University of Toronto Law Journal*, vol. 50, núm. 1, pág. 1 y sigs., esp., págs. 1-4.

(6) Esta especial naturaleza se manifiesta incluso en la necesidad de acudir a nuevos métodos de ejecución forzosa, como ocurre en el protocolo sobre bienes espaciales, en el que

Paradójicamente la realidad material descrita no se ha visto acompañada en el Derecho Comparado de un equivalente desarrollo normativo. Es decir, frente a una realidad económica que opera al margen de las fronteras nacionales, las respuestas jurídicas siguen estando fraccionadas territorialmente. Y no cabe duda de que esta circunstancia plantea problemas de especial entidad a cualquier instrumento normativo que pretenda dar una respuesta satisfactoria en este ámbito. Uno de ellos, quizá el más sencillo de apreciar, se plantea a la hora de determinar cuál es el ordenamiento de acuerdo al cual deberá determinarse la constitución y eficacia de las garantías sobre estos bienes. Tradicionalmente las normas de Derecho Internacional Privado han sometido las cuestiones jurídico-reales a la regla *lex rei sitae*, es decir, a la ley del Estado de situación del bien en el momento que acontece el acto con relevancia jurídico-real (vid. art. 10.1 CC español). No obstante, la regla *lex rei sitae* constituye una mala solución en aquellos casos en los que el bien sobre el que se constituye el derecho real, o bien carece de ubicación física (bienes intangibles o incorpóreos), o bien se encuentra en desplazamiento constante de Estado a Estado, tal y como acontece con el material rodante ferroviario, los aviones y helicópteros o los bienes espaciales lanzados al espacio. Ello ha supuesto la coexistencia de diferentes normas de conflicto en el Derecho Comparado con la consiguiente incertidumbre para los actores del comercio internacional a la hora de determinar el marco jurídico de su operación.

6. Junto al problema anterior, una segunda complicación deriva de la posible falta de reconocimiento de un derecho real constituido en otro Estado. Las diferencias existentes en el Derecho Comparado son todavía de gran importancia y ello puede implicar que las autoridades de un Estado (judiciales, registrales, administrativas, etc.), se nieguen a reconocer eficacia a figuras no conocidas por su Derecho o que, incluso, podrían resultar contrarias a principios esenciales de su ordenamiento, en especial en los ordenamientos que apuestan por el principio de *numerus clausus* en materia de derechos reales, lo que sin duda constituye un serio riesgo a la hora de dotar de continuidad transnacional a las garantías reales (7) (8).

ante el impago de la obligación garantizada se regula la «toma de control» del satélite por el acreedor o por un tercero previamente designado.

(7) Sobre la incidencia del convenio en los ordenamientos que apuestan por el principio de *numerus clausus*, vid. con detalle, HONNEBIER, B. P., «The Convention of Cape Town on international interests in mobile equipment: the solution of specific european property law problems», en *ERPL*, 2002, pág. 388 y sigs.; STOUFLET, J., «L'avant-projet de Convention d'UNIDROIT: réflexions sur son insertion dans le système juridique français», en *Revue de Droit Uniforme*, 1999, pág. 365.

(8) En nuestro Derecho podría pensarse que se sigue un sistema de *numerus clausus* en la creación de Derechos reales. Sin embargo, los artículos 2 de la Ley Hipotecaria, y 7.º de su Reglamento, han llevado a la Dirección General de los Registros y del Notariado a admitir la creación de nuevos derechos reales —sistema de *numerus apertus*— si bien so-

7. Por otro lado, ningún legislador puede ignorar la estrechísima vinculación existente entre la regulación de los derechos reales y la de la insolvencia. Resulta indiscutible que la función de los derechos reales, y más en concreto, de los derechos reales de garantía, se aprecia en toda su magnitud en el ámbito del concurso. Mientras todas las partes implicadas sean solventes, el papel de los derechos reales es mucho menos importante, dado que la mayor parte de los objetivos que laten tras su constitución pueden ser logrados a través del derecho de obligaciones. En realidad, lo verdaderamente relevante para el acreedor no es si se ha llegado a constituir un derecho real sino poseer la confianza en cobrar en el caso de que incumpla la obligación garantizada. Ahora bien, las complicaciones surgen con el advenimiento de la situación de insolvencia, dado que junto con el titular del derecho real conviven otros acreedores y se corre el riesgo de no cobrar la deuda garantizada. A la hora de constituir o no el derecho, el futuro titular analiza la «calidad» de este (las probabilidades de realizarlo) y, sin duda, una circunstancia especialmente relevante a la hora de realizar esa operación es el grado de resistencia frente al concurso; esto es, en qué medida el ordenamiento jurídico les protege frente a una situación de insolvencia del titular del bien sobre el que se constituye el derecho real de garantía. Es, por tanto,

metido a determinados requisitos de orden público no sujetos a la autonomía de la voluntad (razón justificativa, carácter no perpetuo de las limitaciones, determinación de su extensión y forma de ejercicio). Así ha ocurrido con el derecho de tanteo convencional, aprovechamiento por turnos —antes de su regulación legal— o la comunidad organizada y funcional para la explotación de garajes, que sin tener regulación en nuestro Derecho fueron admitidos. Dice el Centro Directivo, en su Resolución de 8 de junio de 2011 —para admitir hipoteca en garantía de una pluralidad de créditos en mancomún sin distribución de responsabilidad hipotecaria (citando, a su vez, la de 21 de diciembre de 2007)—, que «en nuestro Ordenamiento el propietario puede disponer de sus bienes, y, por ende, constituir gravámenes sobre ellos, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes (art. 348 del CC). No solo se permite la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador (cfr. arts. 2.2.º de la LH y 7 del RH), sino también la alteración del contenido típico de los derechos reales legalmente previstos y, en concreto (cfr. arts. 647 del CC y 11, 23 y 37 de la LH) sujetarlos a condición, término o modo. Pero es también cierto que esta libertad tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes, dado su significado económico-político y la trascendencia *erga omnes* de los derechos reales, de modo que la autonomía de la voluntad debe atemperarse a la satisfacción de determinadas exigencias, tales como la existencia de una razón justificativa suficiente, la determinación precisa de los contornos del derecho real, la inviolabilidad del principio de libertad del tráfico, etc. (cfr. Resoluciones de 5 de junio y 23 y 26 de octubre de 1987, y 4 de marzo de 1993)». Esto ha llevado a rechazar ciertas figuras de derechos reales reconocidas en Derecho extranjero, que, según el Centro Directivo, no tenían homologación con arreglo al Derecho interno, por ejemplo, la hipoteca judicial provisoria francesa (Resolución de 12 de mayo de 1992, vid. nota de R. RUEDA VALDIVIA y A. LARA AGUADO, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1994 (1), págs. 330-335), o la hipoteca asegurativa alemana (Resolución de 23 de febrero de 2004, vid. la nota de E. TORRALBA MENDIOLA, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 67, enero-abril de 2005, págs. 79-89).

ante una situación de insolvencia cuando el derecho real «se activa» —cuando se encuentra frente a su «test ácido», en palabras de algún autor (9), y tiene oportunidad de desempeñar la función para la que fue creado, que no es otra que asegurar el resarcimiento de su titular por encima del resto de acreedores, incluido el propio administrador concursal (10).

El problema es que, aunque todos los Estados cuentan con diferentes instrumentos para aislar al titular del derecho real frente al resto de acreedores, el grado de resistencia —especialmente el grado de resistencia frente al concurso— varía de un Estado a otro. En los procedimientos concursales meramente internos esta circunstancia, evidentemente, carece de relevancia, pero en aquellas situaciones en las que el ordenamiento aplicable al procedimiento de insolvencia no coincida con el ordenamiento bajo cuya cobertura se constituyó el derecho real, puede poseer una especial trascendencia para su titular, que corre el riesgo de contemplar como su derecho se vería sensiblemente menoscabado en el caso de que se aplique el ordenamiento del Estado de apertura y este ofrezca a los titulares de los derechos reales una menor protección frente al resto de acreedores (11). O también podría suceder justamente lo contrario, es decir, que la *lex concursus* ofrezca un tratamiento más favorable al titular del derecho real y, en este caso, sean los demás acreedores los que empeorarían su posición (12). Además, no es el titular del derecho real el único perjudicado por esta incertidumbre relativa al marco legal de los derechos reales en el seno del concurso. Los derechos reales, al margen de proporcionar a su titular un eficaz instrumento contra el riesgo de insolvencia, cumplen una importante función de garantía en el tráfico, absolutamente esencial a la hora de reducir el coste de la financiación personal y empresarial. Por ello, las dudas sobre el ordenamiento que determinará el nivel de resistencia frente a la insolvencia implican una financiación a más alto coste o, en el peor de los casos, la imposibilidad de acudir a financiación externa.

2.2. CARACTERÍSTICAS ESENCIALES

8. La inexistencia de un adecuado marco normativo suponen un encarecimiento sustancial de las operaciones de financiación que en el caso de los bienes espaciales, tal y como se verá a continuación, puede llegar incluso a suponer la absoluta imposibilidad de llevarla a cabo. El Convenio de Ciudad del Cabo y

(9) GOODE, R., «The protection...», *op. cit.*, pág. 456.

(10) Vid., con mayor detalle: COHEN, N. B., «Harmonizing...», *op. cit.*, págs. 176-177; GOODE, R., «The protection...», *op. cit.*, págs. 455-456.

(11) FLETCHER, I., en MOSS, G.; FLETCHER, I., ISAACS, S., *The EC Regulation on insolvency proceedings: A commentary and Annotated Guide*, Nueva York, 2002, pág. 51.

(12) Vid. TAUPITZ, J. «Das zukünftige europäische internationale Insolvenzrecht —insbesondere aus international— privatrechtlicher Sicht», en *ZZP*, 1998, pág. 315 y sigs., pág. 331.

sus Protocolos complementarios intentan dar respuesta a estas cuestiones con la intención de fomentar la confianza de futuros inversores a la hora de conceder crédito en estos sectores y reducir los costes derivados de la financiación en los sectores materiales sobre los que se proyecta. Para ello, pone al servicio de los operadores una serie de herramientas entre las que destacan:

- a) La creación de una garantía internacional que deberá ser reconocida en todos los Estados contratantes.
- b) La puesta a disposición del acreedor o acreedores, de una serie de remedios en caso de incumplimiento del deudor y un elenco de medidas provisionales cuando se presente una prueba de tal incumplimiento.
- c) El establecimiento de un registro electrónico internacional en el que inscribir las garantías internacionales constituidas al amparo de la normativa del reglamento con la finalidad de informar de su existencia a los terceros y que permitirá al acreedor proteger el rango de su garantía sobre cualquier otra garantía inscrita con posterioridad o, en general, sobre toda garantía no inscrita, sea anterior o posterior, así como sobre el administrador de la insolvencia del deudor.

9. El Convenio de Ciudad del Cabo es eminentemente un texto de derecho sustantivo. Ello supone que dentro de su ámbito de aplicación, quedan desplazadas las soluciones de los ordenamientos internos y, consecuentemente con ello, las normas de conflicto estatales (art. 5.2), a menos que el propio Convenio se remita a ellas. En concreto, el texto convencional establece un elenco de reglas uniformes relativas a la constitución, eficacia y rango de las garantías sobre bienes de equipo móvil respecto de un deudor situado en un Estado parte (arts. 4 y 5), basadas en un sistema de registro internacional.

10. Como ya se ha avanzado, con la finalidad de adaptarse a cada tipo de bien, el marco regulatorio general contemplado en el Convenio se complementa mediante diversos protocolos sectoriales que intentan recoger las particularidades de cada tipo de bien. Los equipos móviles susceptibles de ser objeto de una garantía en aplicación de las reglas del texto convencional son aquellos que quedan incluidos dentro del ámbito de aplicación de cada protocolo, esto es: el material rodante ferroviario, células de aeronaves, motores de aeronaves y helicópteros y los bienes sobre los que se centra el presente trabajo, los bienes de equipo espacial.

La aplicación del Convenio a un tipo de bienes concreto no se produce hasta la entrada en vigor del protocolo correspondiente (13) y la aplicación

(13) El protocolo aeronáutico de Ciudad del Cabo de 2001 ya está en vigor en los Estados signatarios —como ya se apuntó, España no lo ha ratificado aún— al haber obtenido un número suficiente de ratificaciones, a diferencia todavía de los protocolos sobre material

de las reglas convencionales siempre debe realizarse del modo contemplado en el protocolo. Es más, en caso de discrepancia entre ambos textos prevalece el protocolo (art. 6). La relación entre el Convenio y sus protocolos ha sido calificada como heterodoxa o como «una nueva forma de hacer Derecho Internacional desde algún sector doctrinal, al margen de ser objeto de algunas críticas (14). Piénsese que, a diferencia de la función habitual que se suele atribuir a un Protocolo limitado a una mera función de mecanismo de incorporación de enmiendas, el Convenio se aplica a una determinada categoría de bienes cubierto por un protocolo solo entre los Estados contratantes de dicho protocolo y sujeto a los términos de dicho protocolo. Asimismo, en la medida en que el Convenio queda sometido a los términos de cada protocolo, ambos textos (convenio + protocolo) deben ser interpretados como un único instrumento sin que quepa hacer cualquier tipo de diferenciación entre los términos de uno y otro instrumento.

11. El presupuesto territorial de aplicación del Convenio es el lugar de situación del deudor de la garantía en un Estado contratante en el momento de constitución de esta (art. 3) (15). El Convenio introduce además unos criterios autónomos para fijar el lugar de situación del deudor, que se contienen en el artículo 4 (16). El domicilio del acreedor es irrelevante a efectos de aplicar el texto convencional al igual que lo es el hecho de que el bien nunca haya traspasado las fronteras de un determinado país. Puede suceder, por tanto, que un supuesto en el que todas las conexiones apunten hacia un único Estado al tener las partes todos sus intereses centrados en él, estar situado el objeto sobre el cual se proyecta la garantía en ese Estado en el momento de celebración del contrato e, incluso, haber sido inscrita una garantía sobre el bien en un registro

ferroviario de Luxemburgo de 2007 y de bienes espaciales recientemente aprobado en Berlín en 2012.

(14) Sobre la relación entre el Convenio de Ciudad del Cabo y sus Protocolos, puede consultarse: BACKOVIC, N., «Securing the Security Agreements. A possible Amendment to the Cape Town Convention through its Protocols», en *Revue de Droit Uniforme*, 12 (2007), págs. 715-717; SUNDALH, M. K., «The Cape Town approach; a new method of making International Law», en *Columbia Journal of Transnational Law*, 2005, págs. 339-378.

(15) No obstante, el artículo IV del Protocolo, sobre bienes de equipo aeronáutico, prevé también su aplicación cuando el helicóptero o la célula de una aeronave se encuentren inscritos en el Registro de un Estado contratante que es el Estado de inmatriculación.

(16) Artículo 4: «Para los efectos del párrafo 1 del artículo 3, el deudor está situado en cualquier Estado contratante:

- a) bajo cuya ley ha sido constituido o formado;
- b) en que tiene su sede social o su sede estatutaria;
- c) en que tiene su administración central; o
- d) en que tiene su establecimiento.

2. En el apartado d) del párrafo anterior, la referencia al establecimiento del deudor significa, si tiene más de un establecimiento, su establecimiento principal o, si no tiene establecimiento comercial, su residencia habitual».

nacional, quede dentro del ámbito de aplicación del Convenio (17). No obstante, en virtud del artículo 50.1, los Estados parte pueden realizar una declaración para excluir la aplicación del texto convencional a situaciones meramente internas (18). La exclusión puede abarcar la totalidad de bienes incluidos en el Convenio o solo una parte de ellos.

2.3. MODALIDADES DE GARANTÍAS

12. El Convenio de Ciudad de Cabo contempla la protección de cinco categorías diferentes de derechos de garantía (19):

Garantía internacional. Se trata de un «producto» específicamente diseñado por el Convenio, destinado a ser reconocido en todos los Estados contratantes y, sin duda, la principal categoría de derecho amparada por el texto convencional. La válida constitución de una garantía internacional queda sometida al cumplimiento de los requisitos formales contemplados en el artículo 7 (exigencia de forma escrita, relación con un objeto del cual el deudor, el otorgante, el vendedor convencional o el arrendador pueden disponer, posibilidad de identificar el objeto de acuerdo con el protocolo correspondiente y, en el caso de un contrato en virtud del cual se constituya una garantía, que sea posible identificar las obligaciones garantizadas, sin que resulte necesario declarar una cantidad determinada o una cantidad máxima garantizada) (20). Las normas convencionales sobre forma desplazan a las reglas nacionales. Ello supone que siempre que se verifiquen las condiciones contempladas en el artículo 7,

(17) Las razones que aconsejan incluir las situaciones meramente internas en el ámbito de aplicación del Convenio son muy numerosas. De un lado, pese a que en el momento de constituir la garantía el bien limitase su presencia a un solo Estado, el acreedor difícilmente podría evitar que en un momento determinado el bien se desplace a otro. Además, en el caso de que se produjera tal circunstancia, el acreedor podría tener grandes dificultades para conocerla. Y, finalmente, no puede olvidarse, tal y como se verá a continuación, que uno de los objetivos primordiales del Convenio es la creación de un registro internacional de garantías en el que puedan confiar los operadores y que conceda prioridad a las garantías inscritas sobre las no inscritas, incluso cuando estas últimas no cumplan los requisitos a los que el Convenio somete la inscripción en el mencionado registro. Es evidente, por tanto, que la exclusión de los supuestos meramente internos del ámbito de aplicación del Convenio y con ello la imposibilidad de que tengan acceso al registro y sean conocidas por el resto de operadores, atentaría frontalmente contra estos objetivos (vid. GOODE, R., «The Cape Town Convention on international interests in mobile equipment: a driving force for international asset-based financing», en *Revue de Droit Uniforme*, 2002-1, págs. 1-15 y 12-13).

(18) La definición de lo que cabe entender por transacción interna se contempla en el artículo 1.n) del Convenio.

(19) Vid. GOODE, R., «Convention...», *op. cit.*, págs. 9-10.

(20) Recuérdese, además, que en virtud del artículo 50, los Estados pueden declarar la inaplicación del Convenio a aquellas garantías que tengan su origen en una transacción interna.

la garantía se considerará válidamente constituida, incluso cuando el ordenamiento nacional aplicable a las cuestiones reales exigiera requisitos más duros. Del mismo modo, en el caso de que las condiciones del artículo 7 no se cumplieran, la garantía internacional no estaría válidamente constituida ni siquiera aunque el ordenamiento nacional aplicable estableciera menores condiciones. El resto de condiciones relativas a la validez del acuerdo de constitución de la garantía (capacidad para contratar, la validez en cuanto al fondo del contrato y la existencia de poder de disposición por parte del otorgante de la garantía, el vendedor condicional o el arrendador, siempre que esta última cuestión no se encuentre regulada por el propio Convenio (21).

Las garantías internacionales se extienden sobre los productos derivados de una eventual indemnización y únicamente pueden constituirse sobre un bien contemplado en el artículo 2.3 (células de aeronaves, motores de aeronaves y helicópteros, material rodante y ferroviario y bienes de equipo espacial).

El texto convencional parte de un modelo flexible de constitución de la garantía que permite que esta sea creada a través de tres técnicas: un contrato constitutivo de garantía, una reserva de propiedad, o un arrendamiento financiero u operativo. El artículo 2.4 realiza una remisión a la *lex causae* para determinar si un determinado supuesto se incluye en una de las tres categorías mencionadas.

Garantía internacional futura. Con este término se designa en el Convenio a las garantías internacionales que se pretenden crear o constituir en el futuro sobre un objeto ya existente e identificable. Estas garantías internacionales futuras se pueden registrar como tales, aunque no sea seguro que se vaya a producir el hecho del que derivará su creación (por ejemplo, las partes simplemente se encuentran negociando el contrato para constituir una garantía sobre el bien), si bien su eficacia se supedita a que llegue a convertirse en una garantía internacional (cumpliendo los requisitos contemplados en el art. 7). En el caso de que finalmente se constituya la garantía internacional, esta gozará de prelación desde el momento de inscripción de la garantía futura.

Garantía nacional. Se refiere este término a una garantía sobre un objeto creada por una transacción interna, es decir, en un supuesto en el que todas las conexiones se ubiquen en un único Estado (22). Estas garantías nacionales pueden tener eficacia internacional si se comunican al registro internacional, si bien pueden quedar al margen del sistema de registración previsto en el Convenio en el supuesto de que hayan sido excluidas de su ámbito de aplicación en virtud de una declaración de un Estado miembro formulada de acuerdo al artículo 50.

(21) Sobre la naturaleza del término «poder de disposición» en el Convenio, vid., GOODE, R., «Convention...», *op. cit.*, págs. 70-71.

(22) Como ya se señaló en páginas anteriores, la definición de transacción interna aparece en el artículo 1.n).

Derecho o garantía no contractual. El Convenio permite que los Estados, mediante la pertinente declaración, designen aquellos derechos o garantías no contractuales que, conforme a su ordenamiento nacional, gozarían de prioridad sobre garantías similares a la garantía internacional diseñada por el Convenio, a fin de que gocen también de prioridad sobre las garantías internacionales inscritas (art. 39.1) o, incluso, sobre garantías internacionales inscritas en el registro internacional antes de la ratificación, aprobación, adhesión o firma del protocolo correspondiente (23).

Derecho o garantía no contractual susceptible de inscripción. Al igual que en el caso anterior, el convenio permite hacer una declaración en los términos contemplados en el artículo 40 sobre garantías o derechos de naturaleza no contractual y creados bajo la cobertura del ordenamiento nacional. No obstante, a diferencia del supuesto previo, en este caso, la declaración del artículo 40 tiene como finalidad posibilitar la inscripción de tales garantías en el Registro internacional y someterlas al tratamiento dispensado por el Convenio a las garantías internacionales (24).

13. Según el artículo 2.1, el Convenio cubre no solo las categorías que se acaban de enumerar, sino también «los derechos accesorios», tal y como los define el artículo 1.c), es decir, todos los derechos al pago o a otra forma de ejecución por un deudor en virtud de un contrato y que están garantizados por el objeto o relacionados con el mismo (25). La importancia de estos derechos se limita casi de forma exclusiva a los supuestos en los que son objeto de una cesión. Dicha cesión puede ser con o sin transferencia de la garantía internacional. El Convenio solo se aplica a las primeras y asume que en defecto de pacto entre las partes, la cesión de los derechos accesorios implica también la de la garantía.

14. Debe quedar claro que el texto convencional no excluye la constitución de garantías en virtud del ordenamiento nacional. De hecho es perfectamente posible —y seguramente será el supuesto más común— que una garantía constituida de acuerdo al ordenamiento interno implique la constitución simultánea de una garantía internacional y que ambas coexistan, no obstante, como se verá a continuación, una garantía internacional dota de mayor protección a su acreedor que la que dispensa una garantía nacional.

(23) Se trata, por tanto, de verdaderas afecciones o hipotecas legales tácitas, que desde una perspectiva estrictamente registral deberían quedar circunscritas al mínimo. Entre ellas podrían estar algunas preferencias fiscales, como las tasas aeroportuarias.

(24) En el caso español se incluirían, dentro de esta categoría, las anotaciones de embargo o de demanda, si —como sería lo lógico— España, en caso de una eventual ratificación del Convenio, optara por someterlas al régimen general del registro internacional.

(25) Con relación a la definición de los derechos accesorios, puede consultarse DESCHAMPS, M., «Les règles de priorité de la Convention et du Protocole du Cap», en *Rev. Dr. Unif.*, 2002, págs. 17-48, esp. pág. 21.

2.4. MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL DEUDOR

15. El Convenio de Ciudad del Cabo presta también una especial atención a las medidas de protección del acreedor en caso de incumplimiento del deudor en el capítulo III. El artículo 11.1 da libertad a las partes para que acuerden por escrito en cualquier momento aquellos casos que deben ser considerados como incumplimiento o que permitirían el ejercicio de las medidas contempladas en los artículos 8 a 10 y 13. Si no existe tal acuerdo, el artículo 11.2 ofrece un concepto autónomo, según el cual: «incumplimiento» significa un incumplimiento tal «que priva sustancialmente al acreedor de aquello que tiene derecho a esperar en virtud del contrato».

Según el artículo 8, en caso de incumplimiento el deudor puede tomar la posesión o el control de cualquiera de los objetos gravados en su beneficio, vender o arrendar dicho objeto o percibir o recibir todo ingreso o beneficio proveniente de la gestión o explotación de dicho objeto. Será necesario para ello que el deudor haya consentido tal posibilidad en cualquier momento. En cualquier caso, el artículo 8 no impide al acreedor acudir a un tribunal para que autorice u ordene alguno de estos actos. Por su parte, el artículo 9 admite el pacto comisorio (26) y contempla la transferencia del objeto para el pago de la obligación ante el incumplimiento del deudor. En concreto prevé que el acreedor y cualquier persona interesada podrán acordar que la propiedad del objeto gravado por el derecho de garantía o cualquier otro derecho que pudiera tener el otorgante sobre ese bien se transfieran al acreedor para satisfacer total o parcialmente las cantidades adeudadas. Al igual que en el caso del artículo 8, el acreedor tiene también la posibilidad de acudir a los tribunales, si bien estos solo admitirán la petición cuando la cuantía de la obligación u obligaciones garantizadas correspondan al valor del objeto. Además, el artículo 10, limitado a los supuestos de reserva de dominio o de contratos de arrendamiento, estipula que el vendedor condicional o el arrendador podrán dar por terminado el contrato y tomar la posesión o el control del objeto al que se refiere el contrato o acudir a un tribunal para que autorice alguno de los actos mencionados. A diferencia del supuesto anterior, no hará falta el consentimiento del deudor para el ejercicio de estas medidas.

16. El Convenio, no obstante, no establece un *numerus clausus* de medidas en caso de incumplimiento. Por el contrario, y siempre que no se opongan a las disposiciones obligatorias del capítulo III, podrá ejercerse también cualquier tipo de medida permitida por la ley aplicable al supuesto, incluidas las previstas por las partes.

17. Finalmente, el artículo 13 contempla la adopción por los tribunales de medidas provisionales con anterioridad a la obtención de cualquier decisión

(26) Lo que significaría en nuestro Derecho una importante alteración, en el ámbito mobiliario, de la regla general de prohibición del pacto comisorio en Derecho común (cfr. art. 1859 CC).

definitiva sobre las consecuencias del incumplimiento. Dichas medidas consisten en la conservación del objeto y su valor, la posesión, el control, la custodia, su inmovilización y el arrendamiento o la gestión del objeto y deberán ser siempre ejercidas «de una forma comercialmente razonable» (art. 13.4). Además, el Convenio permite que el acreedor ejercite cualquier otra medida provisional aparte de las contempladas en el propio artículo 13. Aunque la redacción de este precepto no da indicación alguna sobre cuál debe ser el ordenamiento nacional de acuerdo al cual podrán adoptarse estas otras medidas provisionales, el Informe Oficial aclara que se trata de una remisión a la *lex fori* (27).

2.5. LA CREACIÓN DE UN REGISTRO INTERNACIONAL

18. Junto a la apuesta por un concepto amplio y flexible de garantía, la otra pieza esencial del sistema diseñado por el Convenio de Ciudad del Cabo es el establecimiento de un Registro internacional o, para ser más preciso, de un Registro internacional para cada categoría de bienes a los que se aplique cada uno de los Protocolos. Los diferentes registros contemplados en cada protocolo siguen las pautas marcadas en el Capítulo IV del Convenio.

Los registros internacionales diseñados por el juego conjunto del Convenio y los respectivos protocolos no son meras conexiones informáticas entre los registros nacionales sino registros independientes a los que deberán remitirse la información pertinente desde los Estados miembros. Son además registros electrónicos, disponibles y accesibles *on line*. Ello supone que los asientos registrales, las consultas y la aceptación de la práctica del asiento se realizarán necesariamente a través de medios electrónicos (28). Son además registros de publicidad noticia, en los que la entrada no se supedita a la calificación del registrador. Es decir, no son registros que recojan actos o contratos sino simplemente información relativa a la garantía. No son registros de titularidades sino de cargas aunque el objeto de la inscripción es el bien, no el deudor, por lo que resulta fundamental la correcta identificación del objeto (29).

(27) GOODE, R., «Convention...», *op. cit.*, pág. 85.

(28) Con más detalle: CUMMING, C., «Considerations in the design of an international registry for interests in mobile equipment», en *Rev. Dr. Unif.*, 1999, pág. 275; DESCHAMPS, M., «Les règles...», *op. cit.*, pág. 21; GOODE, R., «Convention...», *op. cit.*, págs. 16-17. Vid., asimismo, aunque centrado en el Registro de Aeronaves, MOONEY, C. W., «Relation between the prospective UNIDROIT international registry, revised Uniform Commercial Code art. 9 and national civil aviation registries», en *Rev. Dr. Unif.*, 1999, pág. 335.

(29) Un estudio sobre el funcionamiento del Registro de aeronaves, constituido de acuerdo al Protocolo en esta materia, puede encontrarse en ATWOOD, John, «The Cape Town convention: the new Dublin International Registration System in practice», en *Revue de Droit Uniforme*, 43 (2011) 2, págs. 637-653.

La misión del registro no se limita a informar de la existencia de una garantía internacional sino que, por el contrario, permite al acreedor preservar su rango y oponibilidad frente a terceros, incluido el administrador del concurso en caso de insolvencia del deudor, siempre que la garantía fuera inscrita con anterioridad a la declaración de apertura (30). Se trata, por tanto, de un registro con efectos jurídicos en el que una garantía inscrita tiene prioridad sobre cualquier otra que se hubiera inscrito con posterioridad, incluso cuando dicha garantía fuera anterior y quien solicitó la inscripción tuviera conocimiento de su existencia. No es, por tanto, un sistema registral de protección del tercero de buena fe, pues la protección frente a garantías no inscritas es indiferente a la buena o mala fe del adquirente o financiador. Más aún, la inscripción en el registro de una garantía internacional goza de prioridad sobre las garantías nacionales no inscritas en el Registro internacional ni cubiertas por una declaración realizada por un Estado contratante en virtud del artículo 39. Se permite además la inscripción de los pactos de subordinación de rango de las garantías.

19. La inscripción no es un requisito para la constitución de la garantía internacional. Las únicas condiciones que se exigen para la constitución son las requeridas por el artículo 7 en relación con los artículos 2, 3 y 4. En cuanto a la validez de la inscripción, las condiciones son las expresadas en los artículos 19 y 20. No es, por tanto, de nuevo debe señalarse, un registro de titularidades propiamente dicho, sino de garantías (31).

20. El Convenio, siempre en relación con su protocolo correspondiente, especifica los requisitos para realizar la inscripción, efectuar consultas, expedir certificados de consulta y asegurar el carácter confidencial y los documentos del registro internacional.

21. En virtud de los Protocolos, y sometido a sus condiciones, se permite que un Estado contratante, solo a efectos de inscripción y no de consulta (que podrá hacerse desde cualquier lugar) opte entre permitir que la inscripción se realice directamente ante el registro internacional o exija que tal inscripción deba realizarse a través de los organismos que designe como puntos de acceso obligatorios (art. 18.5). Los tres Protocolos adoptados han optado por esta posibilidad [art. XIII del Protocolo de material rodante ferroviario, art. XIX del Protocolo de aeronaves (32) y art. XXXI del Protocolo de bienes espaciales.

(30) Vid. MUÑIZ ESPADA, E., «El Convenio...», *op. cit.*, pág. 221. Según el artículo 1.d), la fecha de la declaración de apertura del concurso se determina de acuerdo a lo estipulado por la *lex concursus*.

(31) Aunque es cierto, no obstante, que indirectamente puede proclamar la titularidad, como ocurre en el protocolo espacial, donde son susceptibles de reflejo registral las ventas de satélites y demás bienes espaciales financiados.

(32) El Protocolo de aeronaves, en el caso de la transmisión de la información relativa a los motores de aeronaves, únicamente autoriza a los Estados a permitir, pero no a imponer puntos de acceso nacionales. Esta diferencia de trato deriva del hecho de que, a diferencia

En el caso español, lo más lógico es que el punto de acceso esté a cargo del Registro de Bienes Muebles (33)].

El funcionamiento de estos puntos de acceso plantea diversos interrogantes. Uno de ellos tiene su origen en la posibilidad contemplada en el artículo 18.5 del Convenio. En principio, el acceso al registro internacional se somete en exclusiva a la normativa convencional y las normas registrales nacionales quedan desplazadas. Pero según el citado precepto, los ordenamientos nacionales puedan especificar los requisitos a los que se someta la transmisión de la información al registro internacional. Es evidente que aunque el Convenio no lo señale de forma expresa, la entrada en juego de las condiciones impuestas por el ordenamiento nacional no puede atentar contra su efecto útil. Ello supone que los requisitos a los que se refiere el artículo 18.5 son simplemente aquellos que se consideren necesarios para garantizar el respeto a los procedimientos a los que el propio Convenio somete el acceso al registro internacional y que se contienen en el Capítulo V (34) o la imposición de algún tipo de tasa o arancel (35). Cualquier otro requisito nacional que traspase estos límites debe ser descartado. Y ello tiene una clara consecuencia sobre nuestro ordenamiento. No puede olvidarse que el texto convencional apuesta por un modelo de registro de mera publicidad noticia, por lo que el punto de acceso español no podría someter el título a una forma especial ni a una calificación previa en los términos previstos por nuestra legislación registral. Consiguientemente tampoco los efectos del registro van a ser de fe pública registral, sino de mera oponibilidad de las cargas inscritas y de inoponibilidad de las no inscritas.

Por otro lado, ni el Convenio, ni los Protocolos determinan cuáles son los criterios de conexión territorial que abrirían la competencia del punto de acceso español. Esta circunstancia puede dar lugar a que cada Estado asuma un criterio diferente a la hora de permitir o exigir el acceso a sus puntos nacionales, con el consiguiente riesgo de contradicción y la inseguridad que ello supondría. Esta circunstancia resulta especialmente criticable y, de hecho, el proyecto de uno de los Protocolos presentado a la Conferencia Diplomática, en concreto el de aeronaves, contaba con una regla que limitaba el acceso al registro internacional a través de un punto nacional únicamente cuando el helicóptero o la célula de

de lo que acontece con las células de aeronaves, el Convenio de Chicago no exige su inmatriculación (vid. GOODE, R., «Convention...», *op. cit.*, págs. 16-17 y 2294).

(33) Comparten esta opinión, GARCÍA SOLÉ, F., y GÓMEZ GÁLLEGO, J., *Derecho de los bienes muebles; financiación y garantías en la contratación mobiliaria*, Madrid, 2002, pág. 224.

(34) Vid., artículo 26 del Convenio, según el cual: «No se negará a nadie el acceso a las oficinas de inscripción y de consulta del Registro internacional por ningún motivo, salvo la falta de cumplimiento de los procedimientos prescritos en este capítulo».

(35) No obstante, si lo que se pretende es reducir los costes de transacción, el acceso al registro internacional por el punto de acceso nacional, no debería conllevar costes añadidos.

la aeronave estuviera matriculada en ese Estado en los términos definidos por el artículo I(2)(p) del Protocolo, si bien la redacción final eliminó esta regla (36).

22. La inscripción tiene efectos desde el momento en que puede ser consultada y no desde el momento en que los datos se transmiten o reciben en el Registro internacional. Lo contrario podría perjudicar a terceros que se creyeran amparados por una consulta que no reflejara la nueva situación. Evidentemente, una demora excesiva entre ambas fechas podría hacer incurrir en responsabilidad al registrador (37).

2.6. REGLAS SOBRE INSOLVENCIA

23. Por lo que se refiere a los efectos de un procedimiento concursal abierto contra el deudor, la regla general contenida en el Convenio estipula que una garantía internacional será oponible en un procedimiento de insolvencia abierto frente al deudor, siempre que hubiera sido inscrita con anterioridad a la apertura de tal procedimiento (art. 30.1). Para el Convenio «oponibilidad» significa que el derecho del acreedor garantizado titular de la garantía internacional será reconocido y que podrá reivindicar el bien para saldar la deuda sin tener que concurrir con los acreedores ordinarios.

24. El contenido de este precepto es, en realidad, muy limitado. El artículo 30.1 no establece ninguna consecuencia asociada a la oponibilidad de la garantía internacional. Por expresarlo de otro modo, el artículo 30.1 lo único que señala es que las normas concursales nacionales que resulten aplicables deben asumir que una garantía internacional constituida al amparo de las reglas del Convenio debe ser tratada en el marco del concurso como una garantía real. Cuestión distinta es cuál deberá ser tal trato. Esta segunda cuestión no la regula el Convenio sino que la deja en manos de la ley nacional que resulte aplicable (38).

(36) También crítico con esta circunstancia, GOODE, R., «Convention...», *op. cit.*, pág. 228. Para este autor, la inexistencia de un criterio territorial a la hora de fijar las competencias de los puntos de acceso nacionales resulta inadmisibles y considera que dichos puntos de acceso nacionales solo deben ser competentes para la inscripción de garantías sobre bienes de equipo aeronáuticos matriculados en dicho Estado.

(37) GOODE, R., «Convention...», *op. cit.*, pág. 98.

(38) En el caso español, en principio el tratamiento concursal de las garantías reales se somete al ordenamiento del Estado de apertura tanto en aplicación del Reglamento de Insolvencia (art. 4), como de la legislación internacional de la Ley Concursal (art. 200). No obstante, ambos textos establecen sendas excepciones a la aplicación de la *lex fori concursus* para los derechos reales constituidos con anterioridad a la declaración de apertura sobre bienes situados fuera del Estado de apertura. En el caso del Reglamento de insolvencia, la solución por la que se apuesta consiste en introducir una regla de inmunidad, lo que implica que tales derechos reales «no quedarían afectados por la declaración de apertura». Dicho de otro modo, es como si para el titular del derecho real nunca se hubiera iniciado un procedimiento de insolvencia

No obstante lo señalado, en el artículo 30.3 se contemplan dos supuestos en los que la oponibilidad de la garantía internacional registrada con anterioridad a la declaración de apertura sí se supedita a la normativa nacional a la que remitan las normas de conflicto nacionales. El primero es cuando la constitución de la garantía pudiera haberse producido en fraude de los derechos de los acreedores. En tal caso, la oponibilidad de la garantía queda sometida a lo que disponga el ordenamiento nacional que resulte aplicable. El segundo es el de las eventuales paralizaciones o restricciones a la ejecución de las garantías que pudiera contemplar el ordenamiento nacional que resultara aplicable en interés de los acreedores (por ejemplo, el caso en el que se suspende de forma automática la ejecución de las garantías para facilitar la reestructuración del deudor).

A ello hay que añadir que el artículo 30.2 dispone, además, que ninguna de las disposiciones contenidas en el propio artículo 30 disminuirá la eficacia de una garantía internacional en los procedimientos de insolvencia cuando dicha garantía tenga efecto en virtud de la ley aplicable. Con ello viene a decir que siempre que el Derecho nacional que determine el tratamiento concursal de la garantía internacional mantenga su oponibilidad en el concurso pese a que no hubiera sido inscrita antes de la declaración de apertura (o no hubiera sido inscrito nunca), el Convenio respetará las soluciones del ordenamiento nacional (39).

frente a su deudor, por lo que podrá ejecutar su garantía en las condiciones extraconcursales que le permita la ley del lugar en el que se pretenda tal ejecución (vid., *per omnia*, VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Comentario al Reglamento Europeo de Insolvencia*, Madrid, 2003, págs. 105-106), ley que en el caso de los inmuebles será la *lex rei sitae*, pero que resulta más difícil de determinar en el caso de los bienes muebles, especialmente los incorpóreos (vid. HEREDIA CERVANTES, I., «Derechos reales sobre créditos dinerarios y concurso internacional», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2008, núm. 8, págs. 559-570). Por el contrario, el artículo 201 LC apuesta por una solución que consiste en someter el tratamiento concursal de los derechos reales y reservas de dominio sobre bienes situados fuera del Estado de apertura y que se hubieran constituido con anterioridad a esta, a la ley del Estado de situación del bien.

(39) Téngase en cuenta, no obstante, con relación a los bienes aeronáuticos y a los bienes espaciales, que el artículo 30.3 debe aplicarse conjuntamente con los apartados 9 y 10 de la Variante A del artículo XI del Protocolo sobre aeronaves, y con los apartados 9 y 10 de la Variante A del artículo XXI del Protocolo relativo a bienes espaciales. La finalidad de estos apartados consiste en evitar en los Estados que han realizado una declaración destinada a aplicar esta Variante, cualquier suspensión u otro tipo de obstáculo al ejercicio de las medidas de ejecución contenidas en el Convenio o en el propio Protocolo, amparándose en la legislación concursal nacional que resulte aplicable. Los Estados tienen la posibilidad de hacer una declaración para complementar la aplicación del artículo 30.3 del Convenio con la mencionada Variante A, con otra Variante alternativa, la B, que simplemente permite, pero no obliga al administrador concursal a no oponerse a las medidas de ejecución o, finalmente, no decantarse por ninguna y optar por la aplicación sin modificación alguna del artículo 30.3. La mayor parte de Estados que hasta la fecha han ratificado el Protocolo de Aeronaves se han decantado por la Variante A (con relación a las supuestas ventajas de declarar la aplicación de la Variante A, puede consultarse WOOL, J., y LITTLEJOHS, A., «Cape Town Treaty in the

2.7. REGLAS SOBRE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

25. El Convenio de Ciudad del Cabo contiene una serie de reglas de competencia judicial internacional. De un lado, el artículo 42 permite que las partes elijan el tribunal competente ante el cual dirimir cualquier controversia incluida en su ámbito de aplicación, con independencia de que el tribunal elegido tenga relación alguna con las partes o con la transacción. Se admite además que las partes no atribuyan competencia exclusiva al tribunal o tribunales designados. El texto convencional solo se aplica a aquellas cláusulas de sumisión que atribuyan competencia a los tribunales de un Estado contratante. Si se seleccionan los tribunales de un tercer Estado, la validez y eficacia de la cláusula dependerá de lo que establezcan las normas de competencia judicial internacional del foro. En el caso español dichas reglas serán las contenidas en el Reglamento 44/2001 o, cuando el supuesto se encontrase fuera de su ámbito territorial (40) y no resultara aplicable ningún instrumento convencional en el artículo 22 de la LOPJ.

En cuanto a la forma de acuerdo atributivo de competencia, el apartado 2.º del artículo 42 exige la forma escrita pero da entrada a las reglas de competencia judicial internacional del tribunal elegido, de tal modo que si tales reglas permiten otras formas de celebración, la elección de tribunal sería también válida (41). Quede claro además que el Convenio de Ciudad del Cabo regula únicamente los aspectos formales de la cláusula de elección de foro. Cualquier otra cuestión que incida en la validez de esta (capacidad de las partes, vicios del consentimiento, representación o subrogación de terceros), se someten al ordenamiento que resulte aplicable en virtud de las normas de conflicto del

European context; the case for the Alternative A, article XI of the Aircraft Protocol», en *Airfinance Annual*, 302, 2007, págs. 1-3).

(40) Con carácter general, las reglas de competencia judicial internacional del Reglamento 44/2001 se aplican cuando el demandado tenga su domicilio en el territorio de un Estado miembro (art. 2). No obstante, en los casos de elección de foro, y siempre que el tribunal o tribunales elegidos sean los de un Estado miembro, bastará con que cualquiera de las partes de la cláusula de sumisión esté domiciliada en el territorio de un Estado miembro (art. 23).

(41) El apartado 2.º fue introducido, fundamentalmente, para evitar una contradicción con las normas del Reglamento 44/2001, cuyo artículo 23, al margen de la forma escrita, permite la celebración de la cláusula «verbalmente con confirmación escrita, en una forma que se ajustare a los hábitos que las partes tuvieren establecidos entre ellas o, en el comercio internacional» o, finalmente, «en una forma conforme a los usos que las partes conocieren o debieren conocer y que, en dicho comercio, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo, en el sector comercial considerado».

Téngase en cuenta además que, a diferencia de lo que acontece con los derechos reales sobre bienes inmuebles, para los que se establece la competencia de los tribunales del Estado miembro de situación del bien (art. 22), en el caso de los litigios jurídico-reales sobre bienes muebles, el Reglamento los somete a las reglas generales de competencia, lo que implica que permite la celebración de cláusulas de sumisión en este ámbito.

foro. En el caso español ello implica con carácter casi absoluto la remisión a las normas de conflicto del ya mencionado Reglamento Roma I, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (42).

Por otro lado, el Convenio renunció a incorporar una regla de competencia general para aquellos casos en los que las partes no hubieran seleccionado el tribunal competente (43). En consecuencia, en ausencia de cláusula de sumisión, serán, una vez más, las normas de competencia judicial internacional contenidas en el ordenamiento del foro las que reclamarán su aplicación.

26. El texto convencional también establece reglas de competencia para las medidas provisionales contempladas en el artículo 13 (art. 43.1 y 2), aplicables incluso cuando el procedimiento principal se estuviera tramitando ante los tribunales de otro Estado (art. 43.3). Para estos casos, además de los tribunales seleccionados por las partes, se abre la posibilidad de solicitar estas medidas ante los tribunales del Estado en cuyo territorio esté situado el bien, salvo cuando se pretenda el arrendamiento o la gestión del objeto, en cuyo caso, junto a los tribunales elegidos por las partes, se atribuye también competencia los tribunales en cuyo territorio esté situado el deudor. En ambos casos se trata de posibilidades alternativas, ya que las partes no tienen la posibilidad de derogar la competencia concurrente de los tribunales de situación del bien o del deudor (44).

El artículo 55 permite, no obstante, que al adherirse al Convenio los Estados declaren que no aplicarán las disposiciones de los artículos 13 y 43. En el caso de los Estados comunitarios, el hecho de que esta materia esté regulada por el Reglamento 44/2001 ha implicado una cesión de la competencia a la Unión por parte de los Estados miembros. Como consecuencia de ello, el Consejo, mediante la Decisión 2009/270 CE, de 6 de abril de 2009, autorizó la adhesión de la Unión al Convenio marco y al Protocolo de bienes aeronáuticos. En dicha decisión se hacía uso de la posibilidad contemplada en el artículo 55 y se señalaba que en aquellos casos en los que el demandado esté domiciliado en el territorio de un Estado miembro solo se aplicarán los artículos 13 y 43 cuando la solución alcanzada coincida con la dispensada por el Reglamento 44/2001 (45).

(42) Aunque el artículo 1 del mencionado Reglamento excluye de su ámbito de aplicación «los convenios de arbitraje y de elección del tribunal competente», tal exclusión únicamente se refiere a los aspectos «procesales» de la cláusula de sumisión, es decir, a sus condiciones de eficacia y efectos, pero no a los aspectos «materiales» de validez de la cláusula, que se someten al Reglamento, a menos que el ordenamiento del foro cuente con normas especiales que regulen esta materia.

(43) Vid. GOODE, R., «The Cape Town Convention...», *op. cit.*, págs. 11-12.

(44) GOODE, R., «Convention...», *op. cit.*, pág. 25.

(45) Por otro lado, mediante la Decisión 2009/270 también se hizo uso de la posibilidad contemplada en el artículo XXX del Protocolo de bienes aeronáuticos, precepto que permite a los Estados inaplicar total o parcialmente el artículo XXI del citado Protocolo, que a su vez complementa al artículo 43 del Convenio y que atribuye competencia alternativa para la adopción de las medidas contempladas en este último precepto a los tribunales de matrícula de

3. EL PROTOCOLO SOBRE LOS BIENES DE EQUIPO ESPACIAL

3.1. ¿POR QUÉ UN PROTOCOLO SOBRE BIENES DE EQUIPO ESPACIALES?

27. Como se avanzó al comienzo del trabajo, a diferencia de lo que acontece, por ejemplo, con el Protocolo sobre Equipos Aeronáuticos, existe una opinión bastante extendida entre los expertos y agentes económicos del sector que no comparten la necesidad de diseñar un texto específico para este tipo de bienes. Los argumentos más recurrentes a la hora de justificar este rechazo se basan tanto en la suficiencia de los instrumentos normativos existentes en la actualidad como en la especial naturaleza de la industria en este sector, caracterizada por estar copada por unas pocas empresas de gran envergadura económica y generalmente apoyadas por los propios Estados, motivo por el cual no suelen tener grandes problemas a la hora de obtener financiación (46).

Sin embargo, lo cierto es que un análisis detallado de la situación parece poner en duda esta idea y permite encontrar argumentos de peso que apoyan la existencia de un texto como el Protocolo sobre bienes de equipo espacial. Uno de los principales argumentos a favor de su adopción se encuentra en las particularidades que presenta este tipo de bienes. De un lado, una vez lanzado al espacio, un bien espacial no se encuentra situado en ningún Estado. Esta circunstancia pone en serios aprietos a las normas de Derecho Internacional Privado, que necesitarían de conexiones vinculadas con algún territorio para determinar tanto la competencia judicial internacional como la ley aplicable en un litigio derivado de una garantía y, por supuesto, convierten en inútil la conexión habitualmente utilizada en los litigios de naturaleza real; la *lex rei sitae*. A ello hay que añadir que en el futuro gran parte de los bienes espaciales ni siquiera serán fabricados en la superficie terrestre sino en el propio espacio.

28. Pero al margen de las particularidades inherentes a este tipo de bienes, lo cierto es que la mayor parte de Estados carecen de cualquier tipo de normativa relativa a la registración y perfección de una garantía sobre bienes espaciales y el caso español, sin duda, es paradigmático. A diferencia de lo que ocurre con las garantías sobre el resto de bienes contemplados por el Convenio

la célula de aeronave o del helicóptero. Según el Anexo II, el artículo XXI no se aplicará en la Unión Europea, y será el Reglamento 44/2001 el que se aplique en las materias reguladas por el artículo XXI a los Estados miembros vinculados por dicho Reglamento o por cualquier acuerdo destinado a ampliar sus efectos.

(46) Las opiniones manifestadas por la industria espacial pueden encontrarse en los comentarios y propuestas realizadas con ocasión de la cuarta sesión del Comité de expertos gubernamentales (vid.<http://www.unidroit.org/english/documents/2010/study72j/cge-session4/cge-4-wp04rev-e.pdf>; las opiniones del gobierno español se pueden consultar en un documento adicional, <<http://www.unidroit.org/english/documents/2010/study72j/cge-session4/cge-4-wp04revadd1-e.pdf>>).

de Ciudad del Cabo, el juego conjunto del propio Convenio y del Protocolo de bienes espaciales está llamado a cubrir una importante laguna sustantiva en muchos ordenamientos.

A ello hay que añadir la inexistencia de normas internacionales que regulen esta materia. El Tratado General sobre el Espacio de 1967, entre otras muchas cuestiones, regula una cuestión que solo de forma incidental puede proyectarse sobre estas operaciones —la responsabilidad por daños— y que además excluye a los sujetos de Derecho Privado como sujetos responsables. En la misma línea (exclusión de los sujetos de Derecho Privado como sujetos responsables) se encuentra el Convenio de 29 de marzo de 1972, sobre responsabilidad internacional de los daños causados por bienes espaciales.

En cuanto al Convenio de 14 de enero de 1975, sobre registro de objetos lanzados al espacio ultraterrestre, su aplicación implica la creación de un sistema de registro nacional obligatorio en el que deberá inscribirse todo objeto espacial lanzado en órbita terrestre o más allá (47). La creación de ese Registro se notificará al Secretario General de las Naciones Unidas, a quien también se le proporcionará información de cada objeto espacial lanzado referente a: nombre del Estado o Estados de lanzamiento; designación del objeto espacial o su número de registro nacional; fecha y territorio o lugar del lanzamiento; parámetros orbitales básicos y función general del objeto espacial (48). Sin embargo, la inscripción en el registro tiene una finalidad muy diferente de la perseguida por el Convenio de Ciudad del Cabo y el protocolo de bienes espaciales. No se trata de garantizar la prioridad del derecho de garantía inscrito como pretenden estos, sino de identificar cuál será el Estado que mantendrá su jurisdicción y control sobre el bien y que será responsable por los daños que este pueda producir. En el espacio es el dato del registro del objeto espacial lanzado el que, en principio, permite identificar al Estado responsable. Asimismo, hay que señalar la falta de fiabilidad de este registro, ya que no existe disposición alguna en el Tratado que obligue a notificar al Registro de Naciones Unidas los posibles cambios de titularidad sobre la propiedad del objeto que puedan llegar a producirse como consecuencia del tráfico comercial habitual.

Es cierto que el Convenio de 1988 de UNIDROIT, sobre arrendamiento financiero internacional, puede proyectarse sobre algunas de las operaciones cubiertas por el protocolo. No obstante, dicho convenio, que no ha sido ratificado por España, al margen de su limitación material (únicamente se aplica al

(47) Sobre las relaciones entre el Convenio de 1975 y el de 1972, puede consultarse entre los autores españoles, GARCÍA DEL POYO VIZCAYA, R., “Algunas consideraciones relativas al Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales en relación con el Convenio sobre el registro de objetos lanzados al espacio ultraterrestre”, en *Boletín del Centro Español de Derecho Espacial*, enero de 2008, núm. 18, págs. 6-10.

(48) España es parte de este Convenio y estableció su registro nacional mediante el Real Decreto 278/1995, de 24 de febrero de 1995.

arrendamiento financiero y no al resto de modalidades de garantía incluidas en el Convenio y el Protocolo) y de su falta de adaptación a las necesidades de este sector, no contempla la creación de un registro internacional de garantías, sin duda, una pieza esencial para garantizar la seguridad jurídica en este ámbito (49). Con el objetivo de subsanar estas carencias, el Protocolo sustituirá al Convenio de 1988 dentro de su ámbito material de aplicación (art. XXXIV) (50).

29. Por otro lado, las características de las operaciones de financiación de bienes espaciales han cambiado en los últimos años, en los que estamos asistiendo a una paulatina retirada del Estado de muchos de los nuevos programas y a una creciente comercialización de las misiones espaciales (51). De este modo, se ha pasado de un modelo de financiación en el que la propiedad de los bienes espaciales estaba en manos casi con carácter exclusivo de agencias públicas y *blue chip companies* y donde, en consecuencia, el respaldo estatal o de los diferentes bienes de la sociedad ofrecían un elevado nivel de confianza a los financiadores, a una nueva realidad en la que los propietarios de los bienes espaciales son *start up companies* con un capital limitado, un elevado nivel de riesgo y un brevísimo bagaje comercial y donde los únicos bienes susceptibles de ser ofrecidos como garantía son los propios bienes espaciales (el satélite, el transpondedor y sus derechos asociados, etc.). Ello supone que la posibilidad de constituir una garantía válida sobre este tipo de bienes constituye un elemento vital de cara al éxito de la operación de financiación.

3.2. BIENES SUSCEPTIBLES DE SER UTILIZADOS COMO GARANTÍAS INTERNACIONALES

30. Los bienes de equipo espacial, es decir, aquellos bienes a los que se aplica el Protocolo, se definen en el artículo I.2.k) como «todo bien de identificación inequívoca fabricado por el hombre, situado en el espacio o diseñado para su lanzamiento al espacio, que comprende:

(49) STANFORD, M. J., y DE FONTMICHEL, A., «Overview of the current situation regarding the preliminary draft Space Property Protocol and its examination by COPUOS», en *Revue de Droit Uniforme*, 2001, págs. 60-77 y pág. 68.

(50) Un breve panorama de los problemas que plantea la relación entre el Protocolo de Bienes de Equipo Espacial y otros instrumentos internacionales, incluidos los textos sobre Derecho del Espacio, puede encontrarse en: LYALL, F., y LARSEN, P., *Space Law, A Treatise*, 2009, págs. 453-454; STANFORD, M. J., y DE FONTMICHEL, A., «Overview...», *op. cit.*, pág. 67.

(51) Vid. LUEIRO GARCÍA, J., «España ante la negociación del Protocolo Espacial a la Convención del Cabo», en *Boletín del Centro Español de Derecho Espacial*, enero de 2008, núm. 18, págs. 15-18; PANAHY, D. A., y MITTAL, R., «The prospective UNIDROIT Convention on international interests in mobile equipment as applied to space property», en *Revue de Droit Uniforme*, 1999, págs. 303-312.

- i) un dispositivo espacial, por ejemplo, un satélite, una estación espacial, una cápsula espacial, un vehículo espacial o un vehículo de lanzamiento reutilizable, que forme parte o no de un bien de equipo espacial en el sentido de lo indicado en los apartados ii) o iii) *infra*;
- ii) una cabida útil (destinada a telecomunicaciones, navegación, observación, aplicaciones científicas u otras) para la cual se puede efectuar una inscripción independiente conforme al reglamento; o
- iii) una parte de un dispositivo espacial o una cabida útil tal como un transpondedor, para la cual se puede efectuar una inscripción independiente conforme al reglamento, con todos sus accesorios, piezas y equipos, integrados o fijos, así como todos los datos, manuales y registros correspondientes».

Como puede comprobarse, se trata de una definición amplia de bien espacial, que, dado su gran valor económico, abarca también —y por tanto se consideran como susceptibles de ser objeto de una garantía internacional— a los componentes o partes de los satélites, vehículos espaciales, transpondedores, etc. Esta concepción «amplia» puede chocar con aquellos ordenamientos nacionales que, tal y como sucede en España, exigen que el derecho real recaiga sobre las cosas y no sobre parte de las cosas. Para solucionar este problema, el Protocolo considera a estos componentes como bienes jurídicamente independientes, con independencia de que se encuentren física y funcionalmente vinculados a un bien compuesto. No obstante, tal y como señaló en la cuarta sesión de negociaciones la delegación rusa, en realidad, cualquier componente, por ínfimo que sea su valor, es perfectamente identificable e individualizable (por ejemplo, a través de datos como el número de serie), por lo que parecía recomendable que se restringiera de alguna manera el elenco de bienes que pueden ser objeto de una garantía internacional y que, por tanto, podrían acceder al Registro internacional. Esta opinión tuvo su reflejo en la versión del Proyecto de Protocolo alcanzada durante la cuarta sesión del Comité de Expertos al introducirse algunos criterios que permitían realizar tal limitación y que aludían a la susceptibilidad del bien de ser independientemente poseído, usado y controlado, de tal modo que aunque existiera cierta dependencia respecto de un determinado compuesto, resultase posible identificar una individualidad física y funcional que permita ejecutar la garantía. Sin embargo, tales criterios desaparecieron en el texto adoptado en la quinta reunión y tampoco han sido incorporados al texto definitivo alcanzado tras la Conferencia Internacional, por lo que cabe aventurar ciertas dificultades en la práctica en el caso de que se pretenda ejecutar una garantía sobre bienes que carecen de la posibilidad de ser usados y controlados de forma autónoma (52).

(52) Sobre esta cuestión, vid. con más detalle, CRUZ RIVERO, D., «Hacia un Protocolo sobre los bienes de equipo espacial al Convenio de Ciudad del Cabo», en *Revista del Derecho del Transporte*, núm. 5, 2010, págs. 125-159 y pág. 133.

31. Por otro lado, el Protocolo al considerar como bienes de equipo espaciales aquellos bienes diseñados para su lanzamiento al espacio, incluye en esta categoría a los equipos en fase de fabricación o ensamblaje con el objetivo de facilitar la financiación del proyecto cuando este se encuentra en su fase inicial. Es cierto, no obstante, que en otros preceptos del Protocolo sí se tiene en cuenta la circunstancia de que el bien se encuentre o no en el espacio, por ejemplo, a la hora de ubicar el equipo (art. 1.3) (53).

32. Otro dato a tener en cuenta es que el Protocolo utiliza el término «bienes espaciales», en lugar del que habitualmente se utiliza en los textos vigentes en materia de Derecho del Espacio y que generalmente emplean el término «objetos espaciales» (54). Con esta distinción se pretende poner de manifiesto el hecho de que el Protocolo únicamente se proyecta sobre las cuestiones relativas a la financiación comercial de estos bienes, sin querer entrar en ningún momento en conflicto con los instrumentos de Derecho Internacional público. Del mismo modo, el Protocolo optó por el término «bien espacial» (*space assets*) y no por «propiedad espacial» (*space property*) a fin de evitar potenciales conflictos con los ordenamientos de *civil law* a la hora de interpretar el término «propiedad» (*property*) (55).

3.3. IDENTIFICACIÓN DE LOS BIENES DE EQUIPO ESPACIALES

33. Para entender las normas sobre identificación de los bienes de equipo espaciales contempladas en el Protocolo es necesario ponerlas en relación con las reglas de las que traen causa en el Convenio de Ciudad del Cabo. Como ya se ha apuntado, el texto convencional exige la correcta identificación del bien en dos ámbitos: para considerar válidamente constituida la garantía y para proceder a su inscripción en el Registro internacional. En el primer caso, el artículo 7 del Convenio considera como uno de los requisitos formales a la hora de entender válidamente constituida una garantía internacional que el acuerdo celebrado por escrito permita identificar el objeto de conformidad con el Protocolo correspondiente. En cuanto al segundo, el artículo 18 del texto convencional señala que los criterios de identificación del objeto, con vistas a la práctica de la inscripción, serán determinados por el Protocolo correspondiente y el reglamento de la entidad a la que se atribuya la llevanza del Registro.

(53) Vid. CRUZ RIVERO, D., «Hacia un Protocolo...», *op. cit.*, págs. 133-134.

(54) De hecho, el Convenio de Ciudad del Cabo también emplea el término «objeto» a lo largo de su articulado.

(55) PORRAS, D., «The Preliminary Draft Protocolo to the Cape Town Convention on Matters Specific to Space Assets», en *Convergence*, vol. 5, núm. 2, octubre de 2009, págs. 200-216 y pág. 205.

34. Dentro del Protocolo de bienes de equipo espaciales, los preceptos que dan respuesta a las remisiones realizadas por el texto convencional son, respectivamente, los artículos VII y XXX. El primero señala que se considera satisfecho el requisito contemplado en el artículo 7 del Convenio, siempre que el contrato por el que se cree o prevea una garantía internacional contenga: «a) una descripción del bien por unidad; b) una descripción del bien por tipo; c) una declaración de que el acuerdo cubre todos los bienes de equipo espacial presentes y futuros, o d) una declaración de que el acuerdo cubre todos los bienes de equipo espacial presentes y futuros a excepción de las unidades o tipos especificados».

En cuanto al artículo XXX, su contenido ha sufrido grandes modificaciones a lo largo de su tramitación. De un lado, en el texto definitivo, al igual que en el Proyecto de Protocolo elaborado al término de la quinta reunión del Comité de Expertos Gubernamentales, celebrada en Roma del 21 al 25 de febrero de 2011, pero a diferencia de versiones anteriores del Proyecto, se apuesta por una solución única, con independencia de que el bien haya sido o no lanzado al espacio. De otro, y en este caso, a diferencia de la última versión del Proyecto de Protocolo, se opta, tras un amplio debate en el seno de la Conferencia Internacional de Berlín, por no exigir unos requisitos específicos de identificación en el Protocolo (como la indicación del nombre del constructor, el número de serie atribuido por este o la designación del modelo) y, coherentemente con la posición mantenida por la Delegación española remite al reglamento que regule el funcionamiento de la autoridad supervisora del futuro Registro internacional para que sea este el que determine los requisitos de identificación del bien de cara a su inscripción. Se permite, de este modo, incluir la financiación de material electrónico u otros componentes del satélite (financiación de *stocks*) y se apuesta por una solución que ya fue seguida en el Protocolo de Luxemburgo sobre material ferroviario (art. XIV) y que supondría una flexibilización de las soluciones contempladas en el Protocolo de bienes aeronáuticos (art. VII) (56).

3.4. DERECHOS DEL DEUDOR

35. El Protocolo introduce una nueva categoría que no se encuentra presente ni en el Convenio ni en el resto de protocolos: los «derechos del deudor» (*debtor rights*). Según el artículo I.2.a), por tales hay que entender: «*los derechos de pago o a otra ejecución debidos o que pueden llegar a ser debidos al deudor por cualquier persona con respecto a un bien de equipo espacial*». En definitiva, se trata de derechos cuya titularidad corresponde al deudor de la

(56) Sobre la evolución de los requisitos de identificación, puede consultarse PORRAS, D., «The Preliminary Draft...», *op. cit.*, pág. 212.

garantía (deudor) y que tienen su origen en una obligación frente a él de un tercero (obligado), relativa al bien de equipo espacial. El «deudor», en virtud de la obligación garantizada por el bien de equipo (o el comprador con pacto de reserva de dominio o el arrendatario) y el «obligado» a efectuar el pago o prestación frente a dicho deudor son, por tanto, dos figuras diferentes que coexisten a lo largo del Protocolo (57).

Los «derechos del deudor» pueden ser en la práctica de mucho más valor que el propio bien espacial a la hora de constituir la garantía. A ello hay que añadir que, dado que el bien en la mayor parte de los casos no regresará a la superficie terrestre o cuando menos permanecerá en el espacio durante una gran cantidad de tiempo y que la modificación de su funcionamiento puede resultar tremendamente costosa e, incluso, imposible, resultaría difícilmente aprehensible para el acreedor (58). Por ello, en un primer momento se planteó la posibilidad de registrar la cesión de estos derechos (*rights assignment*) como una garantía internacional independiente. No obstante, dicha posibilidad fue descartada al entenderse que atentaba contra la lógica general del Convenio, centrada en las garantías sobre los bienes corporales, no sobre créditos (59), y por el conflicto que podría llegar a plantearse con el Convenio de UNCITRAL sobre cesiones internacionales de créditos (60). Finalmente, la opción por la que se ha optado ha sido la inscripción de los «derechos del deudor», no de forma independiente sino como parte del registro de una garantía internacional sobre un bien de equipo espacial (61). Ello significa que una vez inscrita la cesión de derechos como parte de la propia garantía internacional, aquella se convierte en accesoria de esta. De este modo, en el caso de que se cancelase el registro de la garantía internacional correría la misma suerte el registro de la cesión de derechos. Análogamente, si se transmitiese la garantía internacional, el adquirente de esta adquiriría también todos los derechos del cedente en virtud de la cesión inscrita, salvo pacto en contrario (62).

36. Los requisitos formales a los que somete la cesión de los derechos del deudor se contemplan en el artículo IX y, al margen de la forma escrita, se

(57) Vid. CRUZ RIVERO, D., «Hacia un Protocolo...», *op. cit.*, 137.

(58) Vid., *in extenso*, LYALL, F., y LARSEN, P., «Space Law», *op. cit.*, pág. 448.

(59) Vid., con más detalle, PORRAS, D., «The Preliminary Draft...», *op. cit.*, págs. 211-212.

(60) Un comentario a este Convenio y un análisis de las cuestiones que plantearía su eventual ratificación por España puede encontrarse en SIGMAN, H.; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., y HEREDIA CERVANTES, I., «The United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade: A Comparative Analysis from Spanish and United States Perspectives», en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2006-2, págs. 236-282.

(61) El artículo XI permite también la cesión de derechos futuros. Según este precepto, la cesión conferirá al acreedor una garantía sobre los derechos cedidos en el momento en que se establecen, sin que sea necesario un nuevo acto de transferencia.

(62) CRUZ RIVERO, D., «Hacia un Protocolo...», *op. cit.*, págs. 141-142.

exigen tres requisitos acumulativos: la identificación de los derechos del deudor, que son objeto de la cesión de derechos; la identificación del bien de equipo espacial vinculado a esos derechos y, en el caso de que se trate de una cesión en garantía, la identificación de las obligaciones garantizadas por el contrato, sin que resulte necesario declarar una cantidad o una cantidad máxima garantizada. No rige, por tanto, en este ámbito —aunque hubiera sido conveniente de cara a fomentar segundas y posteriores garantías sobre el mismo bien— el cumplimiento del principio de especialidad registral que exige en nuestro ordenamiento interno la fijación de un máximo de responsabilidad (63).

37. La posibilidad de inscribir las cesiones de los derechos del deudor que cumplan los requisitos del artículo IX se contempla en el artículo XII.1 del Protocolo. Según este precepto, el titular de una garantía internacional o de una garantía internacional futura sobre un bien de equipo espacial que adquiera un derecho sobre derechos del deudor en virtud de una cesión de derechos o por medio de una subrogación puede, bien cuando inscriba la garantía internacional o la garantía internacional futura o bien con posterioridad, mediante una enmienda a dicha inscripción, registrar la cesión de derechos o la adquisición por subrogación como parte de la inscripción.

38. El Protocolo no contiene una regulación material relativa a las posibles excepciones y derechos de compensación que puede invocar el deudor cedido (el obligado), frente al tercero. Por el contrario, deja esta cuestión en manos de la «Ley aplicable», es decir, se remite al derecho nacional designado por las normas de conflicto de cada Estado (64). En el caso español y en el del resto de Estados comunitarios, dichas normas de conflicto deben buscarse en el artículo 14 del Reglamento Europeo Roma I, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento 593/2008), y, más en concreto, en su apartado 2.º (65). Dicho precepto, en aplicación del principio de «no alteración de la posición del deudor cedido, designa como aplicable para resolver esta

(63) Cfr. artículos 12 y 153 bis de la Ley Hipotecaria.

(64) No obstante, el artículo X.3 permite que el deudor cedido renuncie en cualquier momento, mediante acuerdo escrito, a todas o a cualesquiera de las excepciones y los derechos de compensación a que se refiere el párrafo anterior que no sean excepciones originadas en actos fraudulentos del acreedor.

(65) La bibliografía existente sobre el artículo 14 del Reglamento Roma I y sobre su antecedente inmediato, el artículo 12 del Convenio de Roma, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, es muy numerosa. No obstante, con relación al problema concreto de la compensación, puede consultarse entre la doctrina española: GARCÍA GUTIÉRREZ, L., *La compensación de créditos en el comercio internacional*, Madrid, 2002. La ley del crédito cedido desplaza por tanto, en este ámbito, a la ley designada por la normativa conflictual general en materia de compensación en vigor en cada Estado miembro [en nuestro ordenamiento, la ley que rige el derecho a compensar es la ley aplicable al crédito que se pretende extinguir mediante compensación (vid. art. 6 del Reglamento europeo de insolvencia, precepto que se debe extender con carácter general fuera del ámbito concursal)].

cuestión a la ley aplicable a la relación inicial entre el deudor cedido (obligado) y el cedente (deudor) (66).

3.5. REGISTRO DE GARANTÍAS INTERNACIONALES SOBRE BIENES DE EQUIPO ESPACIAL

a) *La futura Autoridad Supervisora y los puntos de acceso nacionales*

39. El Protocolo, en línea con el artículo 16 del Convenio, establece un Registro de garantías internacionales sobre bienes espaciales que será llevado por una Autoridad Supervisora. Dicha Autoridad Supervisora será la competente para regular el procedimiento administrativo del Registro. En la Conferencia Internacional de Berlín, la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) se postuló para asumir este papel (67).

40. Por otro lado, ya se ha avanzado que el artículo XXXI del Protocolo permite a los Estados que designen en cualquier momento una o varias entidades situadas en su territorio como punto de entrada o puntos de entrada a través de los cuales se transmita al Registro internacional la información necesaria para proceder a la inscripción. La admisibilidad de puntos de acceso nacional en el Protocolo constituye una novedad respecto de los trabajos previos y fue apoyada por nuestro país en la Conferencia Internacional. Parece evidente, además, que en el caso español la entidad que deberá actuar como punto de acceso nacional ha de ser el Registro Central de Bienes Muebles (68).

(66) El artículo 14 del Reglamento Roma I no regula la eficacia frente a terceros de la cesión que, a la espera de una futura reforma del Reglamento, queda regulada por el ordenamiento nacional al que remita la normativa conflictual de cada Estado. En el caso español dicha normativa se encuentra en el nuevo artículo 17.3 del RDL 5/2005, incorporado por la Ley 7/2011, de 11 de abril. La mencionada norma somete la eficacia frente a terceros de la cesión o la prenda a la ley que rige el crédito cedido o pignorado. Pese a su ubicación en una norma reguladora de las garantías financieras, las soluciones del artículo 17.3 son generalizables fuera de este ámbito y constituyen la norma de conflicto que con carácter general regula la determinación del Derecho aplicable a las prendas y cesiones de créditos en el ordenamiento español (sobre esta cuestión y, en general, sobre el nuevo art. 17.3, vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., y HEREDIA CERVANTES, I., «La ley aplicable a las prendas o cesiones de créditos», en *Diario La Ley*, núm. 7629, 13 de mayo de 2011).

(67) En cuanto a los requisitos de identificación del bien de equipo espacial para que pueda ser registrado, ya se ha señalado que el artículo XXX se remite a lo que establezca el Reglamento que regule el futuro Registro internacional.

(68) El precepto introduce, no obstante, una limitación análoga a la contemplada en los preceptos equivalentes de los otros dos Protocolos y según la cual los puntos de acceso nacionales no podrán ser utilizados para la inscripción de un aviso de garantía nacional o de un derecho o garantía no contractual susceptible de inscripción contemplado en el artículo 40 del Convenio, cuando uno y otro tengan su origen en el ordenamiento de otro Estado.

b) *Inscripción de ventas de bienes de equipo y de derechos de salvamento*

41. Junto a la cesión de las cesiones de los derechos del deudor sobre las que ya nos hemos centrado, el Protocolo sobre Bienes de equipo espacial permite también la inscripción en el Registro internacional de las ventas y ventas futuras de bienes de equipo espacial y de los derechos de salvamento (*salvage interests*).

En el caso de las primeras, el artículo 41 del Convenio de Ciudad del Cabo somete al texto convencional las ventas y las ventas futuras de un objeto sin finalidad de garantía (es decir, ventas sin pacto de reserva de dominio), de acuerdo a lo previsto en el correspondiente Protocolo y sus eventuales modificaciones. La función perseguida por este precepto es que un Protocolo pueda autorizar al comprador de bienes de equipo a beneficiarse del sistema instaurado por el Convenio y, en especial, de las reglas relativas a la inscripción y prelación (69), con lo que la posibilidad y, en su caso, la forma en la que se inscribirán estas compraventas deberán determinarlas cada protocolo. El Protocolo de Bienes Espaciales ha optado por admitir su inscripción y ha desarrollado el artículo 41 del Convenio a lo largo de sus artículos IV y V.

El concepto de compraventa al que hace referencia el artículo 41 del Convenio (o los arts. IV y V del Protocolo) no se corresponde con el de nuestro ordenamiento (título que seguido de un modo transmite la propiedad de un bien). Por el contrario, por compraventa en este caso se entiende aquel contrato por el que se trasmite al comprador el derecho del vendedor sobre el bien espacial de acuerdo a su contenido (art. V.2). Así, por ejemplo, en el caso de que el derecho que ostente el transmitente no sea el de propiedad sino el de uso, a través de la «compraventa» se cederá tal derecho de uso (70). Para que la venta tenga los efectos previstos en el Protocolo deberá celebrarse por escrito y en el documento deberá identificarse el bien de equipo de acuerdo a los requisitos contemplados en los artículos 7 del Convenio y VII y XXX del Proyecto de Protocolo.

Por otro lado, la expresión «de acuerdo a los términos del contrato», utilizada en el artículo V.2, permite incluir, no solo aquellos supuestos en los que se cedan todas las facultades del deudor, sino también aquellos otros en los que únicamente se cedan algunas de ellas. Más aún, la definición contemplada en el artículo V.2 parece obviar la necesidad de *traditio* contemplada en algunos ordenamientos al señalarse que «un contrato de venta transfiere al comprador los derechos del vendedor sobre el bien de equipo espacial» (71).

(69) Es cierto, no obstante, que por la propia naturaleza de la compraventa sin reserva de dominio, algunas prescripciones del Convenio no le resultan aplicables. El ejemplo paradigmático es el de las medidas en caso de incumplimiento del deudor contempladas en el Capítulo III.

(70) Vid. CRUZ RIVERO, D., «Hacia un Protocolo...», *op. cit.*, pág. 143.

(71) Vid. CRUZ RIVERO, D., *Ibid.*

Una vez cumplidos los requisitos exigidos por el juego conjunto del Convenio y el Proyecto de Protocolo, será posible la inscripción de la compraventa, incluso cuando sea futura [art. 16.1.a)] y tal inscripción será oponible frente a terceros que pudieran adquirir cualquier derecho sobre el bien tras la inscripción de la compraventa (art. 30 del Convenio).

42. En cuanto a los «derechos de salvamento», se trata de otra figura novedosa del Protocolo y la posibilidad de que sean inscritos en el Registro de garantías internacionales responde a la presencia en el proceso negociador de las compañías aseguradoras y a las particularidades de la práctica aseguradora en este sector, aunque el reconocimiento de estos derechos ha sido fuertemente criticada por la industria espacial al considerar, entre otras críticas, que beneficia arbitrariamente solo a uno de los sujetos involucrados en la financiación de los bienes espaciales (72).

En principio, el artículo 2.5 del Convenio establece que una garantía internacional sobre un objeto debe extenderse a los «productos de indemnización de dicho objeto», es decir, a la contraprestación recibida por el asegurado como consecuencia de la destrucción, expropiación o cualquier otro siniestro de un bien de equipo asegurado. Sin embargo, lo habitual en el caso de los bienes de equipo espaciales es que las compañías aseguradoras reconozcan el siniestro total del bien asegurado pese a que el bien siga teniendo un valor residual. A cambio de ello, las aseguradoras exigen, a través del propio contrato de seguro, la adquisición del «derecho de salvamento», que puede consistir en la propiedad del bien, en un determinado porcentaje sobre los ingresos futuros que deriven de la explotación de este o, en general, cualquier otra modalidad de derecho (derecho a usar los restos del bien, derechos sobre la venta del bien, etc.). El Protocolo de Bienes Espaciales ha optado por ello por establecer una regulación específica de esta materia que dé respuesta a las particularidades de este tipo de bienes.

La posición del Protocolo ante los derechos de salvamento se recoge en el artículo IV.3, según el cual ninguna disposición del Convenio o del Protocolo afecta los derechos contractuales o legales de un asegurador con respecto al derecho de salvamento reconocido por la ley aplicable. El artículo IV.3 es una mera regla de reconocimiento cuya función no es imponer la existencia de un derecho de salvamento regulado por el propio Protocolo sino únicamente «dejar valer» o, por decirlo de otro modo, no oponerse a cualquier derecho de salvamento de naturaleza legal o contractual a favor de un asegurador siempre que aquel fuera reconocido por el ordenamiento nacional que resultara aplicable. El propio precepto introduce una definición autónoma del término «salvamento» (73).

(72) Vid. las observaciones presentadas por la industria espacial en los comentarios y propuestas realizadas con ocasión de la cuarta sesión del Comité de expertos gubernamentales (<<http://www.unidroit.org/english/documents/2010/study72j/cge-session4/cge-4-wp04rev-e.pdf>>).

(73) Según el artículo IV.3 *in fine*: «Salvage» means a legal or contractual right or interest in, relating to or derived from a space asset that vests in the insurer upon the payment of a

En la última Propuesta de Protocolo presentada antes de la Conferencia Internacional de Berlín se incluía en el artículo IV un apartado 4.º en el que se indicaba que «Para los efectos del presente Protocolo, la adquisición de un bien de equipo espacial mediante el derecho de salvamento aplicable a un bien se considera una venta», con lo que se permitía la inscripción de los derechos de salvamento y, consecuentemente con ello, su oponibilidad frente a terceros de acuerdo a las reglas del Convenio. Sin embargo, este precepto ha desaparecido de la redacción final del Protocolo, con lo que resulta ahora dudoso que tales derechos puedan ser inscritos.

3.6. REGLAS SOBRE PRIORIDAD REGISTRAL

43. Como ya se ha apuntado, el artículo 29 del Convenio señala que las garantías inscritas en el registro internacional gozan de prioridad sobre cualquier otra garantía inscrita con posterioridad o no inscrita, incluso aunque la garantía inscrita se hubiera constituido con conocimiento de la existencia de otra garantía no inscrita anterior o cuando la garantía no inscrita en el Registro internacional tenga algún tipo de protección o esté inscrita en un registro conforme a un ordenamiento nacional. Del mismo modo, el párrafo tercero del propio artículo 29 establece que quien adquiere la titularidad o el uso de un determinado bien de equipo lo hace gravado con las garantías inscritas en el Registro internacional y libres del resto de cargas. Pues bien, el Protocolo complementa lo señalado en el artículo 29 del Convenio en lo relativo a las figuras inscribibles que específicamente contempla: las cesiones de «derechos del deudor» y las ventas de bienes espaciales (en los términos antes apuntados).

En el caso de las cesiones de los derechos del deudor, la prioridad se regula en el artículo XIII del Protocolo. Según este precepto, una cesión de derechos registrada tiene prioridad ante toda otra transferencia de derechos del deudor (se trate o no de una cesión de derechos), a excepción de una cesión de derechos registrada con anterioridad.

Por lo que se refiere a la inscripción de los contratos de compraventa, la cuestión se regula en el artículo XXIII del Proyecto de Protocolo. Tal y como señala este precepto, el comprador de un bien de equipo espacial en virtud de una venta inscrita adquiere su derecho sobre ese bien libre de una garantía inscrita ulteriormente y de toda garantía no inscrita, aun cuando el comprador tenga conocimiento de la garantía no inscrita. Asimismo, «el comprador de un bien de equipo espacial en virtud de una venta inscrita adquiere su derecho sobre ese bien con sujeción a una garantía inscrita anteriormente».

loss relating to the space asset». En los textos previos a la versión definitiva del Protocolo, la definición del término «salvamento» se ubicaba en el artículo I, el precepto en el que se recogen las definiciones de los términos clave del Protocolo.

44. Por otro lado, con la finalidad de adaptarse a las particularidades del lanzamiento y de la actividad de los bienes espaciales, el artículo III regula tres supuestos en los que la propiedad o cualquier derecho de garantía sobre los bienes no se verán afectados como consecuencia de las eventualidades a las que estuviera sometido el propio bien. En concreto el precepto regula los supuestos de acoplamiento de un bien de equipo espacial a otro en el espacio, la instalación o desinstalación del bien en otro bien espacial o el regreso del bien a la tierra.

45. Para finalizar, deben destacarse dos cuestiones:

La primera es que el artículo VIII regula la elección de ley aplicable a las cuestiones contractuales de la garantía. Según este precepto, «Las partes en un contrato, un contrato de venta, una cesión de derechos o una nueva cesión de derechos o en un contrato de garantía o un acuerdo de subordinación de rango accesorios podrán acordar cuál será la ley que regirá sus derechos y obligaciones contractuales, en todo o en parte». Por otro lado, el precepto no da solución alguna para aquellos supuestos en los que las partes no someten voluntariamente el contrato a un determinado ordenamiento o, pese a hacerlo, la elección no es válida, por lo que en tales casos, entrarán en juego las normas de conflicto nacionales. En el caso de España, la determinación del Derecho aplicable a las obligaciones contractuales está regulada por el ya mencionado Reglamento Roma I.

El Protocolo permite, no obstante, que los Estados realicen una declaración en virtud del párrafo I del artículo XL, en virtud de la cual renuncien a la aplicación del artículo VIII. En la medida en que la determinación de la ley aplicable a los contratos está regulada por un instrumento comunitario, corresponderá a la Unión Europea determinar si formula o no la Declaración. En cualquier caso, es necesario destacar que el Reglamento Roma I permite también la elección de Derecho con carácter general (art. 3).

46. Por último, el artículo XXXIX del Protocolo, igual que el artículo 52 del Convenio base, cuenta con una norma específicamente diseñada para los Estados en los que coexistan diferentes ordenamientos en las materias reguladas por el Protocolo. Para estos casos, el artículo XXXIX permite a los Estados declarar en el momento de la ratificación, aceptación, aprobación o adhesión que el Protocolo de bienes espaciales se extenderá a todas sus unidades territoriales o únicamente a una o más de ellas y, además, podrá modificar esta declaración presentando otra declaración en cualquier momento. Parece lógico que, en caso de una eventual ratificación del Protocolo por nuestro país, se realice tal declaración a fin de extender las reglas del Protocolo a todo el territorio nacional (74).

(74) No obstante, en el caso de no hacerse declaración alguna, el propio artículo XXXIX (apartado 3.º) estipula que el Protocolo se aplicará a «todas las unidades territoriales» del Estado.

RESUMEN

REGISTRO DE BIENES MUEBLES
BIENES ESPACIALES

Las dos herramientas fundamentales diseñadas por el sistema diseñado por el Convenio de Ciudad del Cabo y sus protocolos adicionales —la creación de una garantía internacional sobre bienes de equipo y la instauración de un registro internacional de garantías—, están llamadas a desempeñar una función esencial en la financiación internacional de bienes de gran valor.

En el caso de la garantía internacional, su constitución permite evitar uno de los mayores riesgos que acechan a las garantías reales en el ámbito transnacional: su discontinuidad transfronteriza, es decir, el riesgo a no ser reconocidas en el extranjero o a ser reconocidas con unos atributos diferentes. En cuanto al Registro internacional, pese a tratarse de un registro con una mera finalidad de publicidad-noticia y cuyos efectos no pueden equipararse al Registro de la Propiedad Inmobiliaria español —ni siquiera al Registro de Bienes Muebles, donde rigen principios de tracto sucesivo, legalidad, fe pública y legitimación— posee unos efectos jurídicos muy destacados entre los que destaca la atribución de prioridad a la garantía internacional inscrita sobre una garantía nacional anterior, aunque esta sea anterior con independencia de la buena o mala fe del adquirente. La existencia de un Registro de estas características resulta fundamental para la financiación internacional de determinados bienes y su inclusión en el Convenio y los protocolos supone un incuestionable acierto.

España no ha ratificado ni el Convenio base de Ciudad del Cabo de 2001 ni sus protocolos complementarios. No obstante, ya se han iniciado los trámites necesarios para ello, al considerarse esenciales para el desarrollo de las industrias afectadas.

ABSTRACT

PERSONAL PROPERTY REGISTRY
SPACE ASSETS

The two fundamental tools designed by the system designed by the Cape Town Convention and its additional protocols (the creation of an international interest in assets and the foundation of an international registry of interests) are destined to perform an essential function in international financing for assets of great value.

The creation of international interests makes it possible to avert one of the greatest risks threatening collateral in the transnational realm: the cross-border discontinuity of collateral, i.e., the risk that collateral will not be recognized abroad or will be recognized with different attributes. While the International Registry seeks only to provide publicity/disclosure, and its effects cannot be compared to those of the Spanish Property Registry (nor even the effects of the Personal Property Registry, which abides by the principles of chain of title, legality, conclusive title and legal standing), the International Registry does have some highly significant legal effects, the foremost of which is that a registered international interest takes priority over a prior national interest, even though the national interest predates the international interest, regardless of the good or bad faith of the acquiring party. The existence of a registry of this sort is fundamental for the international financing of certain types of property, and its inclusion in the convention and protocols is unquestionably a step in the right direction.

Spain has not ratified the basic Cape Town Convention of 2001 or its complementary protocols. Nevertheless, the necessary arrangements have already been begun, since they are regarded as essential for the development of the industries involved. Our country's accession to the Cape Town Convention and its catalogue

La incorporación de nuestro país al Convenio de Ciudad del Cabo y su elenco de protocolos tendrá importantes consecuencias en nuestro ordenamiento y supondrá además una magnífica oportunidad para proceder a una actualización de nuestra regulación interna sobre garantías mobiliarias o incluso, tal y como sucede con la inscripción de garantías sobre bienes espaciales, para ampliar, dentro de unos umbrales mínimos de seguridad jurídica, el espectro de bienes que pueden servir como instrumentos válidos de financiación.

of protocols will have important consequences in Spanish law and will in addition pose a magnificent opportunity for updating Spain's internal regulations on security interests or even (as occurs with the registration of interests in space assets) to broaden the spectrum of assets that can be used as valid instruments of financing, within certain minimum thresholds of legal certainty.

El actual marco normativo de la mediación electrónica (1)

por

EDUARDO VÁZQUEZ DE CASTRO

Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Cantabria

y

CARMEN FERNÁNDEZ CANALES

Profesora Ayudante de Derecho Civil, Universidad de Cantabria

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA SOBRE MEDIACIÓN.
- III. LA LEY ESTATAL DE MEDIACIÓN.
- IV. LAS PREVISIONES NORMATIVAS SOBRE MEDIACIÓN ELECTRÓNICA.
- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

España acaba de transponer la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. La transposición se materializó mediante la aprobación del Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, convalidado por el Congreso de los Diputados el 29 de marzo de 2012 y tramitado posteriormente como

(1) Este estudio ha sido realizado en el marco del Proyecto del Plan Nacional de I + D + i del Ministerio de Ciencia e Innovación con Referencia DER2010-19772 (subprograma JURI), que lleva por título RESOLUCIÓN DE DISPUTAS EN LÍNEA, del que es investigador principal el Prof. Dr. don Eduardo Vázquez de Castro.

Proyecto de Ley por vía de urgencia. Atrás queda la iniciativa legislativa, que inició su trámite parlamentario como Proyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, que quedó frustrada ante las sucesivas ampliaciones de plazos para la presentación de enmiendas y la sobrevenida disolución del Congreso de los Diputados al finalizar la legislatura por la convocatoria anticipada de elecciones generales para el 20 de noviembre de 2011. La Unión Europea ya había advertido de la posible infracción ante el incumplimiento del plazo marcado para la transposición, que venció el 21 de mayo de 2011. En julio de 2011 la Comisión envió «cartas de emplazamiento» (*letters or formal notice*) a nueve países: República Checa, España, Francia, Chipre, Luxemburgo, los Países Bajos, Finlandia, Eslovaquia y Reino Unido, tres de los cuales (Finlandia, Eslovaquia y Reino Unido) comunicaron a la Comisión sus medidas nacionales para la transposición de la Directiva. Este ha sido el motivo de la urgencia que justificó la vía del Real Decreto-ley para su aprobación (2).

No obstante, el hecho de que en España no se hubiese transpuesto antes la Directiva europea, no implica en absoluto que en España no existiese mediación. En realidad, el desarrollo de la institución ha venido siendo inicialmente desde la práctica, enmarcada en el régimen jurídico flexible que permite el marco de la autonomía de la voluntad (arts. 1091 y 1255 CC), para en un momento posterior abordar su regulación específica para consolidar su ejercicio otorgando seguridad jurídica. Así se desprende de las exposiciones de motivos de diversas leyes autonómicas de mediación, desde la primera hasta las más recientes (3).

(2) Noticia aparecida en EUROPA.EU, página oficial de la Unión Europea, fechada el 24 de noviembre de 2011: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/11/1432&format=HTML&aged=0&language=ES&guiLanguage=en>, consultada el 28 de noviembre de 2011.

(3) Por ejemplo, del Preámbulo de la ya derogada Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar de Cataluña, que se refiere al País Vasco y a la propia Cataluña, en los siguientes términos: «En Cataluña y el País Vasco la situación es diferente. En esta última comunidad funciona, desde hace unos años, un servicio de mediación familiar subvencionado por el Gobierno autónomo con la participación de los servicios sociales locales. En Cataluña, los equipos psicosociales, integrados por psicólogos y trabajadores sociales, adscritos a los juzgados de familia con la función de asesorar a la autoridad judicial, especialmente en la toma de decisiones relativas a los hijos menores de edad, han ampliado esta función con el asesoramiento a las partes en litigio (...). De esta forma, ha surgido de la práctica y la experiencia acumulada durante unos años de asesoramiento en la doble vertiente a la autoridad judicial y a las personas litigantes, un modelo de mediación familiar que se aplica en Cataluña con un resultado positivo. La presente Ley recoge y canaliza todas estas experiencias con la finalidad de institucionalizar, potenciar y extender a toda Cataluña la mediación familiar (...).».

Por lo tanto, Cataluña —que fue la primera Comunidad Autónoma que dictó una ley sobre mediación (familiar únicamente, en el caso de la primera ley catalana)— ya reconoce que, antes que la propia Ley, existían, de hecho, tanto en la propia Cataluña como en el País Vasco, servicios de mediación familiar. Nótese que, sin embargo, en el País Vasco la Ley de mediación familiar no llegó hasta siete años más tarde (Ley 1/2008, de 8 de febrero, de la Comunidad Autónoma del País Vasco, de Mediación Familiar).

Puesto que la mediación se ha implantado en España como forma alternativa de solución de los conflictos (4), no es de extrañar que la jurisprudencia refleje también esta realidad. En este sentido, la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo se hace eco de la expansión y eficacia de la mediación como instrumento para solucionar conflictos, fundamentalmente en el ámbito familiar, pero con vocación de aplicación generalizada a todos los campos del derecho civil y mercantil. Lo cierto es que, aunque en muchos casos, el objeto de la controversia sobre la que se sustenta el pleito no es propiamente familiar sino patrimonial, siempre subyace una problemática familiar.

Así, la sentencia de 2 de julio de 2009, se refería a una acción declarativa de dominio. El recurso se basaba en considerar que se había producido un negocio fiduciario y que quien aparecía como titular de una vivienda no era, en realidad su verdadero propietario. Se alegaba en el recurso que el inmueble figuraba a nombre de la suegra simplemente como garantía del pago de un préstamo que esta le había concedido a su yerno para la adquisición de ese piso. El problema se planteó cuando el matrimonio del recurrente entró en crisis: quien aparecía como titular de la vivienda era la exsuegra del recurrente, que ahora pretendía ser la propietaria real de la misma, y se ofrecía una cantidad de dinero en concepto de restitución del préstamo para deshacer el negocio. Ante la imposibilidad de probar el negocio fiduciario, no obtuvo el cambio de titularidad, y para una más sencilla solución de este caso, se hace la siguiente recomendación. «El presente caso se presenta como un simple tema de propiedad, como declaración del dominio o como un ejercicio de opción de compra, pero presenta un trasfondo del conflicto familiar, que se vislumbra, aunque no aparece con prueba suficiente para decidir sobre una u otra de las dos acciones contradictorias entre sí. Podría haber algo más que un simple contrato de arrendamiento urbano, que podría llevarse a una mediación, si las partes hubieran querido o una ley lo hubiera previsto, aunque no la hay, si bien todo apunta a una corriente favorable a la misma, como indica la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del

Si acudimos a un ejemplo más reciente, concretamente el más reciente, la —hasta el momento— última de las leyes autonómicas sobre mediación, la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria, también de su preámbulo deducimos que la mediación preexistía a la regulación sobrevenida: «Y todo ello sin perjuicio de otros sistemas de mediación que ya se vienen desarrollando por otras instituciones en nuestra Comunidad Autónoma como la realizada en conflictos intergeneracionales o entre familias de menores en casos de tutela por los Equipos de Evaluación e Intervención dependientes de la Consejería de Empleo y Bienestar Social».

(4) Respecto a los orígenes de la mediación familiar en España, vid., por todos, GARCÍA VILLALUENGA, L., *Mediación en conflictos familiares*, Madrid, 2006, págs. 315 y sigs. En cuanto al progresivo avance de la mediación, vid. VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «La mediación como método moderno de gestión del conflicto: expansión desde los EEUU», en el *Libro conmemorativo de los primeros veinticinco años de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria*. VV.AA., Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, año 2009, págs. 1045 a 1061.

Consejo, de 21 mayo de 2008; este caso se ha llevado al órgano jurisdiccional, cuya solución debe inexorablemente basarse en hechos probados».

Cabe citar también la sentencia de 3 de julio de 2009, que se refería a una donación modal conjunta de los cónyuges a uno de sus hijos de varias fincas, unas privativas del marido y otras gananciales. El modo impuesto consistía en que el hijo donatario debería formar una «sociedad civil» con los padres donantes. Esto significaba convivir en el caserío todos juntos y colaborar en las labores agrícolas que requirieran los bienes donados, así como suministrarse mutuamente alimentos. Al fallecer el padre, surgieron desavenencias del hijo con su madre, y se deterioró la convivencia hasta tal punto que el hijo abandonó el caserío. La madre, fallecido el esposo y sucedido el incumplimiento del modo después del fallecimiento, tenía la facultad originaria de revocar la donación por sí misma y la ejercitó, volviendo los bienes donados a los donantes. Pues bien, en esta sentencia se establece una interesante recomendación del uso de la mediación: «Se trata, pues, de un fuerte enfrentamiento familiar, con la consecuencia jurídica de un largo y enconado proceso y la consecuencia económica, según la sentencia recurrida, de la pérdida de una larga serie de bienes por el demandado donatario que había sido objeto de la mencionada donación. No es baldío tener presente que en este, como en otros tantos conflictos, tanto familiares, como civiles o mercantiles en general (así, Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles), podría una mediación llegar a soluciones menos traumáticas que el proceso y el acuerdo a que se podría llegar siempre sería menos duro que la resolución judicial, que se apoya exclusivamente en la aplicación de la norma jurídica».

También la sentencia de 17 de septiembre de 2009 aboga por la utilización de la mediación para cierto tipo de conflictos, al permitir este método alternativo una flexibilidad que le está vedada al órgano judicial. En este caso, el litigio se refería a una sucesión hereditaria en la que surgían divergencias en cuanto a la partición realizada. Realmente, el causante —padre de los coherederos— hizo una adjudicación antes de su muerte y los hijos tan solo plasmaron en escritura pública el reparto de la norma particional del testador. El problema surgió porque en el testamento se hacía una adjudicación de un bien concreto a una hija, y al considerar sus hermanos que les resultaba perjudicial, fue motivo para solicitar la rescisión de la partición. De nuevo, esta sentencia alude a la idoneidad de la mediación para resolver este tipo de conflictos al considerar que: «Se trata de un enfrentamiento familiar por razón —más frecuente de lo que debiera— de la herencia paterna y ha provocado un largo y costoso proceso que, como ya observaba la sentencia de esta Sala, de 3 de julio del presente año, podría una mediación haber evitado. Este, como otros tantos conflictos, tanto familiares como civiles o mercantiles en general (así, Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de

mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, y Ley de Cataluña 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho Privado) puede ser objeto de una mediación que llega a soluciones menos traumáticas que el proceso y el acuerdo final siempre sería menos duro que una resolución judicial que se apoya exclusivamente en la aplicación de la norma jurídica».

Volviendo a la sentencia citada en primer lugar, efectivamente, muchos conflictos podrían ser resueltos en un procedimiento de mediación «si las partes hubieran querido o una ley lo hubiera previsto, aunque no la hay». No significa esta afirmación que todos los casos sean susceptibles de ser mediados; hay casos que necesariamente deberán ser resueltos judicialmente (5).

En la reunión de Presidentes de Tribunales Superiores de Justicia, celebrada en Pamplona del 20 al 23 de noviembre de 2011, concretamente, en la conclusión II.5.^a, después de plantear que la agilización de la justicia es el reto más urgente, y como solución a las dilaciones indebidas, se afirma que debe promoverse el uso de los medios alternativos de solución de conflictos, esencialmente la mediación, y que para ello se debe contar con un instrumento legal a nivel estatal que unifique los criterios de la legislación autonómica. Efectivamente, una concordancia entre las leyes autonómicas y la estatal será necesaria para armonizar el régimen jurídico de la mediación.

A continuación se expondrá el marco normativo en el que la mediación en general se desenvuelve actualmente en España, para después analizar específicamente la regulación de la mediación electrónica.

II. LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA SOBRE MEDIACIÓN

Existen en España diecisiete Comunidades Autónomas, de las cuales trece cuentan con su propia ley autonómica sobre mediación; por orden cronológico, tales Comunidades Autónomas son: Cataluña, Galicia, Valencia, Canarias, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Islas Baleares, Madrid, Asturias, País Vasco, Andalucía, Aragón y Cantabria. De hecho, dos de estas Comunidades Autónomas han dictado ya su segunda ley sobre mediación, Cataluña e Islas Baleares, si bien por motivos bien diferentes, como después se expondrá.

No obstante, el hecho de que no exista una ley de mediación, no significa que no existan algunas referencias normativas en las que se aborda o menciona puntualmente la práctica de la mediación en el territorio autonómico.

(5) En este sentido, vid. PÉREZ VALLEJO, A. M.^a, «Conflictividad matrimonial y acuerdo para divorciarse. Propuestas para la implantación de la mediación familiar intrajudicial», en *Actualidad Civil*, núm. 16, Sección A, Fondo, quincena del 16 al 30 de septiembre de 2009, pág. 1880, tomo 2, Editorial La Ley; laleydigital.es, referencia 13806/2009.

Así, por ejemplo, la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de la Comunidad Autónoma del País Vasco, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia, que en su artículo 1 definía como objeto de la Ley, «la atención y protección a la infancia y la adolescencia en garantía del ejercicio de sus derechos y de sus responsabilidades». Pues bien, la Ley sobre mediación familiar del País Vasco llega tres años más tarde, y, sin embargo, la Ley 3/2005 ya aludía a la mediación en diversos preceptos: en el artículo 47, cuando —al regular la convivencia y relación entre progenitores e hijos—, prevé que el Gobierno Vasco regule y promueva la mediación familiar como una vía alternativa de solución de conflictos familiares; en el artículo 84, para el caso de que la persona que ha sido adoptada desee conocer su filiación biológica; en el artículo 87, etc.

Otro ejemplo puede encontrarse en Aragón, que no ha contado con ley de mediación hasta el año 2011. Sin embargo, la Ley 4/2007, de 22 de marzo, de Violencia de Género de Aragón, ya contemplaba en su artículo 25 un servicio de mediación familiar, concebido como «un proceso alternativo de resolución de conflictos familiares en el que la persona mediadora, de una manera cualificada, neutral e imparcial, facilita la comunicación entre la pareja para que ellos mismos lleguen a acuerdos en todos los temas relacionados con su situación de conflicto», siendo el objeto de dicho servicio «la búsqueda de soluciones amistosas a los conflictos derivados de los procesos de separación, divorcio, nulidad matrimonial o ruptura de la unión de hecho, al objeto de evitar potenciales conflictos o desavenencias entre las partes».

También Cantabria ha ejemplificado esta realidad. Muy poco antes de que contase con la Ley de Mediación (marzo de 2011), dos leyes autonómicas se referían a esta institución. Así, la Ley 8/2010, de 23 de diciembre, de garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia de Cantabria, cuenta, entre otras referencias, con la contenida en el artículo 39 («Medidas específicas de apoyo en la resolución de conflictos familiares»), a tenor del cual y «con el fin de favorecer el recurso a una vía alternativa de resolución de conflictos familiares, la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria regulará y promoverá la creación de recursos de mediación familiar, que no deberán actuar en los supuestos en que se haya detectado violencia de género (...)». Y la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de personal estatutario de Instituciones Sanitarias de Cantabria, cuyo artículo 92 establece que: «(...) 3. Con independencia de las atribuciones fijadas por las partes a las comisiones paritarias de seguimiento de los pactos y acuerdos, la Administración y las organizaciones sindicales a que se refiere este capítulo, podrán acordar la creación, configuración y desarrollo de sistemas de solución extrajudicial de conflictos colectivos, ya sean de mediación o arbitraje, en los términos previstos por la normativa básica estatal».

Más anecdóticos todavía resultan los casos de La Rioja y Navarra, Comunidades Autónomas que todavía no tienen ley reguladora de la mediación. Sin

perjuicio de lo cual existe en La Rioja un Decreto (el Decreto 2/2007, de 26 de enero, de la Comunidad Autónoma de La Rioja, por el que se regulan los puntos de encuentro familiar), que en su Parte Expositiva alude a la Recomendación número R (98) del Consejo de Europa sobre mediación familiar, que destacaba la necesidad de reducir la conflictividad familiar, y al Plan Integral de Apoyo a la Familia, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de noviembre de 2001, que pretendía la promoción en todas las Comunidades Autónomas de la orientación y mediación familiar y los puntos de encuentro familiar. Así, en el Capítulo II, al regular el ámbito de actuación de los Puntos de Encuentro Familiar, establece entre sus actuaciones fundamentales (art. 6) la mediación entre las partes, para que alcancen acuerdos que permitan cumplir el régimen de visitas de forma estable e independiente del Punto de Encuentro Familiar; y en el Capítulo V, que se ocupa de la estructura y organización de los Puntos de Encuentro Familiar, exige al equipo técnico (art. 20), formación básica en mediación y orientación.

Por lo que respecta a Navarra, la Orden Foral 147/2007, de 23 de julio, de la Consejera de Bienestar Social, Deporte y Juventud de la Comunidad Autónoma de Navarra, clasificó el Servicio de Mediación Familiar. No obstante la carencia de una ley de mediación familiar, y al existir sin embargo un servicio de mediación familiar que era preciso clasificar a efectos administrativos, se dictó la citada Orden Foral, que introduce la definición de lo que debe entenderse por servicio de mediación familiar, considerándolo «un Servicio Social Especializado»; continúa indicando que «es un sistema para la resolución de conflictos entre los miembros de una familia, en sentido extenso, que a través de un proceso voluntario y confidencial, posibilita la comunicación entre las partes en conflicto para llegar a acuerdos viables que sean satisfactorios para todos, y garanticen la atención a las necesidades del grupo familiar. El profesional mediador es el responsable del proceso de mediación y actúa de manera neutral e imparcial». Además, establece los objetivos del servicio, las personas usuarias, y los requisitos exigibles al personal, requiriendo que los profesionales mediadores tengan formación específica en mediación familiar.

En todo caso, la actual situación legislativa a nivel autonómico, como ya se ha avanzado, es de una extendida regulación sobre la mediación. Hoy en día son trece las Comunidades Autónomas que cuentan con ley sobre mediación, habiéndose dictado hasta la fecha quince leyes autonómicas, puesto que Cataluña e Islas Baleares han legislado ya en dos ocasiones sobre esta materia.

Por orden cronológico, las leyes autonómicas que específicamente han regulado la mediación son (6):

(6) Descartamos, por tanto, en esta relación aquellas que solo de manera incidental se refieren, o de algún modo aluden, a la mediación.

- La Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña, posteriormente derogada por la Ley catalana 15/2009.
- La Ley 4/2001, de 31 de mayo, de la Comunidad Autónoma de Galicia, sobre mediación familiar (7).
- La Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la Mediación Familiar en el ámbito de la Comunidad Autónoma valenciana (8).
- La Ley 15/2003, de 8 de abril, de la Comunidad Autónoma de Canarias, de mediación familiar.
- La Ley 4/2005, de 24 de mayo, de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar.
- La Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León.
- La Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de la Comunidad Autónoma de Islas Baleares, de mediación familiar (9). Esta ley ha sido derogada por la Ley 14/2010 de las Islas Baleares.
- La Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid.
- La Ley 3/2007, de 23 de marzo, del Principado de Asturias, de Mediación Familiar.
- La Ley 1/2008, de 8 de febrero, de la Comunidad Autónoma del País Vasco, de Mediación Familiar.
- La Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía.
- La Ley de la Generalidad de Cataluña 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho Privado.
- La Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de Mediación Familiar de las Islas Baleares.

(7) FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.^a B., «Comentario a la Ley de Mediación Familiar de Cataluña. Ley 1/2001 de 15 de marzo (BOE de 1 de abril de 2001). Comentario a la Ley Reguladora de la Mediación Familiar en Galicia. Ley 4/2001, de 31 de mayo (BOE de 2 de julio de 2001)», en *Actualidad Civil*, núm. 44, Sección Legislación comentada, 2001, Ref. LEG.II, pág. 21, tomo 4, Editorial La Ley; laleydigital.es, referencia 1311/2001, realizó un estudio comparado de las mencionadas leyes autonómicas que se sucedieron en espacio de poco más de dos meses.

(8) Un año después de su entrada en vigor, llevó a cabo una revisión crítica de la misma, HERNÁNDEZ PÉREZ, J., «El derecho y la mediación familiar: a propósito de la Ley valenciana», en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, Año XXIV, Editorial La Ley, 2003; laleydigital.es, referencia 1197/2003.

(9) Partiendo de la actualmente derogada Ley balear 18/2006, DE LA TORRE OLID, F., «El contrato de mediación familiar. Aspectos relevantes desde su positivización por la Ley balear 18/2006», en *Diario La Ley*, núm. 6765, Sección Doctrina, de 25 de julio de 2007, año XXVIII, Ref. D-180, Editorial La Ley; laleydigital.es, referencia 2758/2007, elaboró en su momento un estudio jurídico sobre diversos aspectos de la mediación, como la naturaleza jurídica del acuerdo, la capacidad de obrar para intervenir en un procedimiento de mediación, el régimen de responsabilidad del mediador, etc.

- La Ley 9/2011, de 24 de marzo, de Mediación Familiar de Aragón.
- La Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

Como ya se ha anunciado, el hecho de que tanto Cataluña como las Islas Baleares hayan dictado en dos ocasiones leyes sobre mediación, responde a motivos bien diferentes.

En el caso de Cataluña, según el Preámbulo de la Ley 15/2009, tres fueron los factores que hicieron necesario superar la regulación establecida en su momento por la Ley catalana 1/2001: la experiencia obtenida desde la entrada en vigor de la Ley del año 2001; la modificación de la LEC por la Ley del Estado 15/2005; y, finalmente, la normativa europea sobre la materia, y en especial, la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Efectivamente, la Directiva fijó como su ámbito objetivo de aplicación los asuntos civiles y mercantiles, quedando a salvo únicamente aquellos derechos y obligaciones que las partes no pudieran decidir por sí mismas en virtud de la legislación aplicable, los procedimientos de carácter cuasi-jurisdiccional, las reclamaciones de consumo, el arbitraje, la determinación por experto y los procesos administrados por personas u órganos que formulen recomendaciones formales sobre la solución del conflicto.

Siguiendo esta tendencia de la mencionada norma europea (la expansión de la regulación de la mediación no solo a los conflictos de naturaleza familiar, sino a cualquier asunto civil o mercantil), la Ley 15/2009 dio un importante salto cualitativo con respecto a todas las leyes autonómicas vigentes en aquel momento. La ley catalana del año 2009 consideró la mediación como método apto para la solución de conflictos familiares, incluyendo los generados por procesos de discapacidad psíquica o por enfermedades degenerativas limitativas de la capacidad de obrar, pero también para la solución de otro tipo de conflictos: todos aquellos surgidos genéricamente en materia de derecho privado, que puedan conocerse en un proceso judicial y se caractericen porque se ha roto la comunicación personal entre las partes, debiendo estas mantener relaciones en el futuro (10).

La Ley balear del año 2010, sin embargo, sigue siendo una ley reguladora únicamente de la mediación familiar. ¿Por qué entonces se dictó esta segunda ley

(10) Más extensamente, sobre el objeto de la Ley catalana 15/2009 y sobre la diferencia cualitativa entre esta Ley y las demás leyes autonómicas entonces vigentes, vid. FERNÁNDEZ CANALES, C., «La ley catalana 15/2009: de la mediación familiar a la mediación en Derecho Privado», en *Mediación, Arbitraje y Resolución Extrajudicial de Conflictos en el siglo XXI*, VV.AA., codir.: GARCÍA VILLALUENGA, L.; TOMILLO URBINA, J., y VÁZQUEZ DE CASTRO, E., coord.: FERNÁNDEZ CANALES, C., 2010, Editorial Reus, S. A., Colección de Mediación y Resolución de Conflictos, Tomo I, págs. 415 a 431.

sobre mediación, si no fue para seguir los dictados de la Directiva? Según su Exposición de Motivos, porque la Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de mediación familiar, optó por dar a la mediación familiar un carácter privado, no público. La mediación familiar no se consideraba un servicio público, y ante el constante proceso de universalización de los servicios sociales, se entendió que el de los servicios sociales era el marco idóneo en el que se debía incluir la institución de la mediación familiar. Así, desde la entrada en vigor de la norma, la actividad de mediación familiar se desarrollaría básicamente mediante la red pública de mediación, sin perjuicio de las iniciativas privadas que pudieran surgir, que, no obstante, habrían de someter su actuación a las disposiciones de la nueva ley.

En todo caso, y de todas las leyes autonómicas citadas, son posteriores a la Directiva 2008/52/CE, únicamente las siguientes: la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía; la Ley de la Generalidad de Cataluña 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho Privado; la Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de Mediación Familiar de las Islas Baleares; la Ley 9/2011, de 24 de marzo, de Mediación Familiar de Aragón, y la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

Pues bien, no solo la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares desperdició en su momento la oportunidad de legislar más allá de la mediación familiar; tampoco lo han hecho Andalucía ni Aragón. Cantabria, sin embargo, no solo ha seguido la tendencia iniciada por la Ley catalana del año 2009, sino que ha ido más allá, llegando incluso a regular ámbitos no contemplados por la Directiva europea. Reconoce el preámbulo de la Ley cántabra al referirse a la Ley catalana 15/2009, que se posiciona «en línea con esta última, pero tratando de superarla y dar un ámbito absolutamente integral a esta institución (11)»; en definitiva, «al estar inspirada fundamentalmente en el deseo de fomentar la cultura del arreglo amistoso y de evitar el número de asuntos que llegan a los órganos judiciales», no constriñe su regulación única y exclusivamente a los conflictos sobre materia de Derecho Privado, sino que pretende regular la mediación con carácter integral. Así, el artículo 43 de la Ley cántabra, al referirse al efecto de los acuerdos adoptados durante la mediación, alude en su apartado primero a los ámbitos civil y social, en el apartado segundo al administrativo y en el apartado tercero al penal.

Resumiendo, podemos entresacar tres características de la legislación autonómica:

- en total, y desde el año 2001, ha habido quince leyes autonómicas sobre mediación, de las cuales trece están actualmente vigentes;
- de las trece Comunidades Autónomas que cuentan con ley sobre mediación —a pesar de que cinco leyes autonómicas son posteriores a la

(11) Por institución se refiere a la mediación.

- Directiva 2008/52/CE— en once únicamente se contempla la regulación sobre mediación familiar;
- y, finalmente, la regulación más amplia en materia de mediación, se puede encontrar en Cataluña (cuya Ley comprende la mediación en cualquier conflicto de Derecho Privado), y en Cantabria (que ha llevado a cabo una regulación de carácter integral).

III. LA LEY ESTATAL DE MEDIACIÓN

La Ley estatal de mediación en asuntos civiles y mercantiles deja fuera de su ámbito de aplicación la mediación penal con las Administraciones Públicas, laboral y en materia de consumo (art. 2.2). Ciertamente, se excluyen las materias que no afectan al ámbito civil y mercantil, salvo en lo referente al consumo. En realidad, no se incluye la mediación en materia de consumo, al igual que en la Directiva transpuesta, puesto que la mediación en consumo implica unas especificidades que requieren una regulación especial. La Recomendación 98/257/CE, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo fue el primer impulso que la Unión Europea aportó a los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos de consumo. La Comisión elabora una nueva Recomendación, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo, siendo incluida, esta vez, la mediación.

De otro lado, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Violencia de Género, contenía una referencia, siquiera tangencial, a la mediación, puesto que adicionó un artículo 87.ter a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para excluir la mediación en los supuestos que la Ley establece; ahora bien, la voluntad de redactar una ley de mediación no se plasma hasta la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modificó el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

La mencionada Ley 15/2005, al referirse a los conflictos generados por la separación y el divorcio, contemplaba en su Exposición de Motivos la mediación como «un recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador, imparcial y neutral», y modificó la redacción de los artículos 770 (introduciendo una regla 7.^a) y 777 (apartado 2) de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para dar cabida a la mediación en el sistema procesal civil español (12). Además, la Disposición Final tercera de la

(12) La reforma procesal operada por la Ley 15/2005 no estuvo exenta de polémica, dando lugar a diversos pronunciamientos sobre el papel que los abogados debían cumplir en función de las nuevas circunstancias.

repetida Ley 15/2005, ordenó al Gobierno remitir a las Cortes un «proyecto de ley sobre mediación basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas»; no obstante, la legislatura correspondiente finalizó sin que se hubiese aprobado una ley estatal de mediación, al igual que sucedió con la IX Legislatura, como a continuación se expondrá.

Así, UTRERA, J. L. («Nuevo divorcio: ¿nuevos abogados?», en *Abogados de Familia*, núm. 46, Sección Tribuna Abierta, cuarto trimestre de 2007, Editorial La Ley; laleydigital.es, referencia 5749/2007), afirmaba que *«el nuevo divorcio no es que exija “nuevos” abogados (...) pero sí desde luego un posicionamiento o un “estar” en el proceso de familia distinto, no solo al que fomentaba el viejo proceso escrito y culpabilístico, sino también muy diferente al que se puede tener en cualquier otro proceso civil, dadas las especialidades de los procesos de familia, de los conflictos que subyacen bajo los mismos y de los intereses en juego»*. Concretamente, entendía que en la fase preprocesal: *«no debería descartarse por el letrado facilitar a su cliente una información básica sobre la mediación familiar que le permita a este valorar la posibilidad de optar por este método como forma de resolver su conflicto, bien sentado que ello no debe suponer en absoluto una disminución o pérdida del papel que el abogado desempeña, pues la intervención letrada sigue siendo esencial en la configuración jurídica de los acuerdos mediacionales totales o parciales que se alcancen»*.

Por su parte, ACEVEDO BERMEJO, A. («El abogado y la mediación como fórmula de gestión de conflictos», en *Abogados de Familia*, núm. 44, Sección Doctrina, Primer Trimestre de 2007, Editorial La Ley; laleydigital.es, referencia 1650/2007), de manera más rotunda, concluía que el nuevo reto que *«los abogados debemos afrontar —sin recelos ni complejos— en el futuro: (es) asumir la mediación familiar como sistema más adecuado para solucionar el conflicto de la familia, liderando esta nueva técnica de gestión, donde el abogado represente el canal para ejercer la labor mediadora en beneficio de la familia y dé la solución más adecuada para un problema que afecta a los aspectos legales e íntimos del ser humano, y ello sin rechazar valiosas aportaciones de otros sectores profesionales ni permitir nuestra exclusión de la Mediación, que algunos abogados llevamos ejerciendo durante años con un talento “mediador” en el propio desarrollo de nuestro oficio en la resolución de conflictos»*.

No obstante, la labor «mediadora» del abogado no es pacífica. Según PÉREZ VALLEJO, A. M.^a («Conflictividad matrimonial y acuerdo para divorciarse. Propuestas para la implantación de la mediación familiar intrajudicial», en *Actualidad Civil*, núm. 16, Sección A, Fondo, quincena del 16 al 30 de septiembre de 2009, pág. 1880, tomo 2, Editorial La Ley; laleydigital.es, referencia 13806/2009), *«En la práctica forense diaria es muy habitual que los abogados y jueces utilicen recursos y técnicas de conciliación o negociación con la finalidad de conseguir acuerdos seguros, válidos y duraderos para las personas inmersas en un litigio. Queda, pues, fuera de toda duda, el buen hacer del abogado respecto a su labor conciliadora y negociadora para satisfacer los intereses de sus clientes, pero esto no es mediación (...) Esta encomiable labor de los letrados, con fructíferas o no negociaciones para la conclusión del acuerdo, no constituyen propiamente mediación, por más que parte de este colectivo insista en afirmar que “ellos ya median con sus clientes”; afirmación que puede obedecer al desconocimiento o ignorancia acerca de lo que sea la mediación como vía de resolución de conflictos familiares»*.

Vid., también, sobre esta cuestión, MAGRO SERVET, V. («La mediación familiar», en *Práctica de Tribunales*, núm. 23, Sección Práctica Procesal, año 2005, Editorial La Ley; laleydigital.es, referencia 5216/2005) quien, ateniéndose a que las estadísticas judiciales denotan un aumento de la litigiosidad, considera conveniente apostar por mediación, conciliación y arbitraje. Es interesante el estudio que realiza, tanto desde el punto de vista sustantivo, como procesal, de las novedades introducidas por la Ley 15/2005, en relación con la mediación.

La Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, entró en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, siendo su ámbito objetivo de aplicación los asuntos civiles y mercantiles en litigios transfronterizos (quedando a salvo únicamente aquellos derechos y obligaciones que las partes no puedan decidir por sí mismas en virtud de la legislación aplicable, los procedimientos de carácter cuasi-jurisdiccional, las reclamaciones de consumo, el arbitraje, la determinación por experto y los procesos administrados por personas u órganos que formulan recomendaciones formales sobre la solución del conflicto). Y, aunque la Directiva se refiere a los procedimientos de mediación en litigios transfronterizos, indica expresamente que «nada debe impedir que los Estados miembros apliquen dichas disposiciones también a procedimientos de mediación de carácter nacional» (13). Por otra parte, el artículo 12 («Incorporación al ordenamiento jurídico de los Estados miembros»), en su apartado primero, establecía el correspondiente plazo de transposición: «Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la presente Directiva antes del 21 de mayo de 2011, con excepción del artículo 10, al que deberá darse cumplimiento el 21 de noviembre de 2010 a más tardar. (...). Cuando los Estados miembros adopten dichas disposiciones, estas harán referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial (14)».

(13) Parte expositiva (8).

Se manifiesta sobre la deseable extensión de la Directiva a los procedimientos de mediación de carácter nacional, ORDÓÑEZ SOLÍS, D. («La Directiva sobre mediación y sus efectos en el Derecho español: “fuera de los tribunales también hay justicia”», en *Diario La Ley*, núm. 7165, Sección Doctrina, 30 de abril de 2009, Año XXX, Ref. D-154, Editorial La Ley, laleydigital.es, referencia 11679/2009), en los siguientes términos: «*La Directiva europea sobre la mediación se refiere únicamente a los litigios civiles y mercantiles con dimensión transfronteriza. Sin embargo, esta armonización legislativa de mínimos no puede ser un freno de la expansión de la mediación en los Derechos nacionales. De hecho, la propuesta de la Comisión Europea consideraba inapropiado limitar la armonización a los litigios transfronterizos; y también el Comité Económico y Social Europeo no duda en que “en un futuro, y vistos los resultados de la aplicación de la mediación contenida en esta propuesta, se podría estudiar la posibilidad de ampliar el ámbito de aplicación a competencias procedimentales administrativas y fiscales” (...)* La recepción de la Directiva sobre mediación en el Derecho español requiere ineludiblemente, bien una ley estatal de mediación, bien una reforma específica de la LEC. La primera opción parece la más apropiada, dado que permitiría establecer un marco legislativo español ofreciendo las distintas dimensiones de la mediación en el ámbito civil y mercantil y superando, desde luego, los mínimos establecidos en relación con los litigios con dimensión transfronteriza. En el caso de que se optase por una transposición de mínimo, probablemente fuese suficiente con la adaptación de la LEC, en su condición de ley procesal común».

(14) Sobre el incumplimiento por parte de España del plazo de transposición de la Directiva, vid., las consideraciones efectuadas en la Introducción del presente trabajo.

Así, el 19 de febrero de 2010 se aprobó el Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, que en su Exposición de Motivos reconocía que: «La Ley incorpora al Derecho español la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Sin embargo, su regulación va más allá del contenido de esta norma de la Unión Europea. La Directiva 2008/52/CE se limita a establecer unas normas mínimas para fomentar la mediación en los litigios transfronterizos en asuntos civiles y mercantiles. En cambio, la regulación de la Ley conforma un régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España, y pretenda tener un régimen jurídico vinculante, si bien circunscrita al ámbito de los asuntos civiles y mercantiles».

Este Anteproyecto dio lugar a un Proyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, de 8 de abril de 2011, cuya Exposición de Motivos alude igualmente a la transposición de la Directiva, pero también a la previsión en su momento contenida en la Ley 15/2005: «La ley incorpora al Derecho español la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Sin embargo, su regulación va más allá del contenido de esta norma de la Unión Europea, en línea con la previsión de la disposición adicional tercera de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, en la que se encomienda al Gobierno la remisión a las Cortes Generales de un proyecto de ley sobre mediación. Con la aprobación de esta ley también se da cumplimiento a ese mandato de la Ley 15/2005. La Directiva 2008/52/CE se limita a establecer unas normas mínimas para fomentar la mediación en los litigios transfronterizos en asuntos civiles y mercantiles. En cambio, la regulación de la Ley conforma un régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España, y que pretenda tener efectos jurídicos vinculantes, si bien circunscrita al ámbito de los asuntos civiles y mercantiles y con arreglo a un modelo que ha tenido en cuenta las previsiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional del año 2002». Y, en fin, reconocía, una vez más, la existencia de procedimientos de mediación que se realizan sin cobertura legal específica: «Es importante señalar que la mediación regulada en esta ley y que puede concluir con un acuerdo que constituye un título ejecutivo y con efectos de cosa juzgada entre las partes, no condiciona ni impide la existencia de otros tipos de mediaciones, que podrán seguir realizándose como hasta ahora y a las que no serán de aplicación los requisitos aquí establecidos».

Como puede observarse, tanto el Anteproyecto como el Proyecto aludían al ambicioso ámbito de aplicación de la Ley de Mediación española, que pretendía ir más allá del contenido de la Directiva 2008/52/CE. Tal extralimitación no hubiera estado mal vista por los órganos de la Unión Europea, si nos atenemos al apartado 9 del Informe sobre la aplicación de la Directiva sobre la mediación

en los Estados miembros, su impacto en la mediación y su aceptación por los Tribunales [2011/2026(INI)], aprobado el 11 de julio de 2011, a tenor del cual: «los Estados miembros cuya legislación nacional va más allá de los requisitos básicos de la Directiva sobre la mediación parecen haber logrado resultados importantes en la promoción del tratamiento no judicial de los conflictos en materia civil y mercantil».

Sin embargo, el Proyecto de Ley español no llegó a cristalizar en Ley. Su tramitación parlamentaria estuvo sembrada de diversas ampliaciones del plazo de presentación de enmiendas, la última de las cuales vencía el 27 de septiembre de 2011. Precisamente, el *BOE* número 232 de esa misma fecha (27 de septiembre de 2011) dio publicidad al Real Decreto 1329/2011, de 26 de septiembre, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones. Resultado de todo ello es que en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, número 648, de 28 de octubre de 2011, el Proyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles figura relacionado entre las iniciativas ya calificadas que se hallaban en tramitación en el momento de la disolución de las Cámaras, y que han caducado como consecuencia de dicha disolución.

En definitiva, la IX Legislatura finalizó con la caducidad del Proyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, seis años después de la aprobación de la Ley 15/2005 y meses después de transcurrida la fecha límite para la transposición de la Directiva 2008/52/CE.

En el comienzo de la X Legislatura se ha transpuesto, finalmente, la Directiva mediante la aprobación del Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, convalidado por el Congreso de los Diputados el 29 de marzo de 2012, tramitado posteriormente como Proyecto de Ley por vía de urgencia. El texto normativo aprobado se ha construido, en buena parte, sobre la base del malogrado Proyecto de la legislatura anterior.

IV. LAS PREVISIONES NORMATIVAS SOBRE MEDIACIÓN ELECTRÓNICA

Antes de exponer las previsiones normativas sobre mediación electrónica, parece conveniente clarificar el sentido de un término de aparición relativamente reciente.

La mediación electrónica es uno de los métodos de ODR, y las siglas ODR se refieren a los *Online Dispute Resolution (methods)*, es decir, a métodos de solución de disputas en línea o a través de Internet (15).

(15) Respecto de los diversos tipos de ODR, RUGGERI, L., «ADR y ODR y su taxonomía. La identificación de caracteres», en *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 10, 2010, UOC. <http://idp.uoc.edu>, págs. 32 a 41. Vid., pág. 36. En cuanto a los orígenes de los

Por otra parte, el acrónimo ODR es muy parecido a otro, ADR, con el que tiene un cierto parentesco, si bien no significan lo mismo. ADR alude a las modalidades alternativas de solución extrajudicial de conflictos (negociación, mediación, arbitraje y conciliación), y viene a ser un género dentro del cual el ODR es una especie que se caracteriza por la utilización de una herramienta muy concreta, Internet (16). El ODR, a su vez, comprende diversas modalidades: mediación electrónica, arbitraje electrónico, negociación electrónica asistida y negociación electrónica automatizada.

Todos los ODR necesitan una plataforma de gestión de expedientes de solución de conflictos a través de web, y, de todas las modalidades de ODR citadas, la mediación electrónica es la que requiere una mayor complejidad técnica (17).

Una definición clara y sencilla de mediación electrónica sería la siguiente: procedimiento de mediación que se desarrolla en una plataforma de gestión de expedientes de solución de los conflictos, a través de web. Por lo demás, la mediación electrónica no altera el concepto de mediación, sus principios ni características esenciales; simplemente, introduce una especialidad en cuanto al medio del que se sirven mediador y partes para desarrollar el procedimiento de mediación.

En definitiva, la mediación no ha permanecido ajena a la influencia de las nuevas tecnologías de la información. Por una parte, las aplicaciones informáticas capaces de automatizar, agilizar y registrar los procesos, han facilitado la gestión de los profesionales de la mediación; por otra parte, los sistemas de telecomunicaciones y, en especial, la red de Internet han posibilitado la comunicación superando las barreras de la presencialidad, condicionada por los factores del tiempo y del lugar.

La mediación electrónica tiene orígenes recientes, localizándose su nacimiento en Estados Unidos a partir del año 1995 (18) (El CyberTribunal se fundó

ODR: RABINOVICH-EINY, O., «Mejorar la responsabilidad y el aprendizaje en la resolución de disputas a través de la tecnología», en *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 10, 2010, UOC. <http://idp.uoc.edu>, págs. 24 a 31. Vid., págs. 25 y 26.

(16) Se pueden señalar también otras diferencias entre los ADR y los ODR: POBLET, M., «¿ODR 3.0? Lecciones desde Sri Lanka, la India, Kenia o Haití», en *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 10, 2010, UOC. <http://idp.uoc.edu>, págs. 42 a 51. Vid., págs. 43 y 44.

(17) Sobre los requisitos que debe cumplir la plataforma de gestión de expedientes en el caso de la mediación electrónica, vid. VÁZQUEZ DE CASTRO, E., y FERNÁNDEZ CANALES, C., «La mediación familiar desarrollada por medios electrónicos», en *Aportaciones de la mediación en el marco de la prevención, gestión y solución de conflictos familiares*. VV.AA., Editora LÓPEZ SAN LUIS, R., Editorial Comares, Granada, en prensa, págs. 171 a 196.

El grupo de I+D+i Derecho e Innovación de la Universidad de Cantabria, está desarrollando un prototipo de plataforma para la resolución electrónica de disputas: <http://derechoinnovacion.unican.es>.

(18) La descripción de los Proyectos de 1995 y 1996 puede encontrarse en EGYED, A., y BOEHM, B., «Comparing Software System Requirements Negotiation Patterns», en *Systems Engineering Journal*, Volume 6, Number 1, June 1999, págs. 1-14.

en 1996, esencialmente como una aventura académica experimental del Centre for Information Technology and Dispute Resolution) (19). Desde entonces se ha podido observar un enorme desarrollo de los sistemas de mediación electrónica y un crecimiento del consenso sobre la conveniencia y eficacia en su uso, de manera que en Estados Unidos parece que este consenso es ya generalizado (20); de hecho, se ha enfatizado la ventaja de estos sistemas de mediación electrónica, más accesibles económicamente para «las clases medias y clases trabajadoras» que la vía judicial o los sistemas de mediación presencial (21). España, sin embargo, se caracteriza por una escasísima experiencia en solución electrónica de disputas. En general, quienes se dedican a las ciencias sociales y, especialmente a las jurídicas, no parecen especialmente proclives a incorporar el uso de las nuevas tecnologías a sus actividades e incluso podría hablarse de una generalizada reticencia. Ahora bien, a medida que se avanza en conceptos como los de modernización de la justicia, se va sintiendo la necesidad de incorporar las nuevas tecnologías a la solución de las disputas (22).

Desde el punto de vista normativo, en Europa no existe inconveniente para el uso y expansión de la mediación electrónica; es más, el legislador europeo se ha manifestado claramente a favor del empleo de medios electrónicos en los procedimientos de mediación. Donde más se ha desarrollado la posibilidad de mediación electrónica, ha sido en materia de propiedad intelectual a través de la actividad de la OMPI. En este sentido, la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001, relativa a los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información, aconseja la mediación para la solución de litigios entre titulares de derechos y usuarios. Además, en este sentido, la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, en su parte expositiva, Considerando (9), afirma que: «La presente Directiva no debe impedir, en

(19) KATSH, E., y RIFKIN, J., *Online Dispute Resolution*, San Francisco, 2001, pág. 4 y sigs., RULE, C., *Online Dispute Resolution for Business*, San Francisco, 2002, págs. 21-23.

(20) Pueden encontrarse, entre quienes recomiendan el uso de estas herramientas, Organizaciones Internacionales, Asociaciones de Consumidores, Administraciones Públicas, Asociaciones y Colegios Profesionales, Organizaciones Empresariales, etc. (RULE, C., *Online...*, cit., págs. 6-7).

(21) TEITZ, L. E., «Providing Legal Services for the Middle Class in Cyberspace: The Promise and the Challenge of On-Line Dispute Resolution», en *Fordham Law Review*, 2001, 70 (3), págs. 985-1016.

(22) Más extensamente, sobre los orígenes de la mediación electrónica, las posturas doctrinales a favor y en contra, las modalidades y el estado de la cuestión en España, vid. VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «Las nuevas previsiones de mediación electrónica en España», en *Estudios Jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, T. II., VV.AA., coord. por F. BLASCO *et al.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 2737-2763, y «Mediación electrónica y solución extrajudicial de disputas en línea (O.D.R.)», en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 27, 2011, págs. 17-33.

modo alguno, la utilización de las nuevas tecnologías de comunicaciones en los procedimientos de mediación».

Por esa razón, no es de extrañar que tanto el Anteproyecto como el Proyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, contemplaran la mediación electrónica —incluso anteponiéndola a la mediación presencial para las reclamaciones dinerarias—, y la permitieran genéricamente para la solución de cualquier conflicto civil o mercantil susceptible de ser mediado, con la sola observancia de dos limitaciones: que quedase garantizada la identidad de los intervinientes y que se respetasen los principios de mediación previstos en la ley.

El Anteproyecto español, de 19 de febrero de 2010, contenía diversos pronunciamientos sobre mediación electrónica, que se reproducen a continuación:

Artículo 5: «(...) 3. Las instituciones de mediación implantarán sistemas de mediación por medios electrónicos, en especial para aquellas controversias que consistan en reclamaciones dinerarias».

Artículo 29: «1. Las partes podrán acordar que todas o alguna de las actuaciones de mediación se lleven a cabo por medios electrónicos, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación previstos en esta ley.

2. La mediación que consista en una reclamación de cantidad que no exceda de 300 euros se desarrollará por medios electrónicos, salvo que el empleo de estos no sea posible para alguna de las partes».

Y Disposición Final 3.^a: «Procedimiento simplificado de mediación por medios telemáticos para reclamaciones de cantidad.

El Gobierno promoverá la resolución de los conflictos que versen sobre meras reclamaciones de cantidad a través de un procedimiento de mediación simplificado que se desarrollará exclusivamente por medios electrónicos. Las posiciones de las partes, que en ningún caso se referirán a argumentos de confrontación de derecho, quedarán reflejadas en los formularios de solicitud del procedimiento y su contestación que la institución de mediación facilitará a los interesados. El procedimiento tendrá una duración máxima improrrogable de un mes, a contar desde el día siguiente a la recepción de la solicitud por la institución de mediación».

Tales preceptos del Anteproyecto encuentran su correspondencia, respectivamente, en los artículos 5 (apartado 2), 25 y Disposición Final quinta del Proyecto estatal de 8 de abril de 2011, que reproducen, en la parte que aquí interesa, literalmente su contenido, con la salvedad del título de la Disposición Final quinta, que pasa a ser «Procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos para reclamaciones de cantidad».

Por último, del Real Decreto-ley 5/2012 (arts. 5 y 24 y Disposición Final cuarta) se puede deducir que el legislador estatal pretende dar un importante

respaldo normativo a la mediación electrónica y fomentar su uso: se ordena a las instituciones de mediación (23) implantar sistemas de mediación por medios electrónicos, en especial —pero no exclusivamente— para aquellas controversias que consistan en reclamaciones dinerarias; se impone la mediación electrónica para reclamaciones de cantidad cuando la cantidad controvertida no exceda de 600,00 euros (salvo que el empleo de medios electrónicos no sea posible para alguna de las partes); se prevé que el Gobierno promueva un procedimiento simplificado de mediación desarrollado exclusivamente por medios electrónicos, con una duración máxima e improrrogable de un mes, para reclamaciones de cantidad en las que no exista confrontación respecto del fondo del asunto; y, finalmente, se permite a las partes acordar que todas o alguna de las actuaciones de mediación se lleven a cabo por medios electrónicos, siempre que se garantice la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación previstos en la ley.

Efectivamente, como ya se ha indicado, mediación electrónica es, sencillamente, mediación desarrollada en una plataforma de gestión de expedientes de solución de conflictos a través de web; la mediación electrónica se caracteriza por el especial medio (Internet) del que se sirven las partes y el mediador para el desarrollo del procedimiento de mediación, pero no altera el concepto de mediación, ni sus principios ni sus características esenciales. Por eso es totalmente lógica la previsión normativa de que la mediación electrónica respete los principios de mediación previstos en la ley; aquella pretendida mediación electrónica que no cumpla este mandato, simplemente no es mediación (24).

Lógico es también que se exija garantizar la identidad de los intervinientes; al no reunirse las partes y el mediador presencialmente, se debe arbitrar un mecanismo que permita evitar suplantaciones de personalidad. Actualmente, este requisito es sencillo de cumplir con la utilización del DNI electrónico (25), que solo exige a la persona usuaria la instalación de un lector.

Por lo tanto, ni el legislador europeo ni el estatal han puesto trabas o especiales dificultades para el empleo de la mediación electrónica. Muy al contrario, del Real Decreto-ley 5/2012 se desprende la voluntad de generalizar su uso e incluso imponerlo para la solución de determinados conflictos.

(23) El concepto de instituciones de mediación viene recogido en el artículo 5.1 del Real Decreto-ley 5/2012 y debe entenderse por tales «las entidades públicas o privadas y las corporaciones de derecho público que tengan entre sus fines el impulso de la mediación, facilitando el acceso y administración de la misma, incluida la designación de mediadores».

(24) Con más detalle, sobre la relación entre la mediación electrónica y los principios propios de la mediación —concretamente de la mediación familiar—, vid. VÁZQUEZ DE CASTRO, E. y FERNÁNDEZ CANALES, C., «La mediación familiar desarrollada...», *op. cit. infra*, págs. 171 a 196.

(25) Sobre el DNI electrónico, es interesante un artículo divulgativo de CHINEA LÓPEZ, J., «El DNI electrónico, imprescindible para empresas y ciudadanos», en *La Gaceta del empresario. Revista del Colegio Oficial de Titulados Mercantiles y Empresariales de Cantabria*, núm. 9, año 3, octubre de 2010, pág. 42.

Procede, pues, analizar ahora la posición de las distintas leyes autonómicas respecto de la mediación electrónica. La mayor parte de las leyes autonómicas no contienen pronunciamiento alguno sobre el particular y esta ausencia de pronunciamiento implica permisividad: lo que no está prohibido está permitido; *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemos*. El problema lo plantean las cuatro leyes autonómicas que —de modo más o menos evidente— se refieren a la mediación electrónica, puesto que —como a continuación se explicará— todas ellas introducen restricciones que atentan contra el espíritu de la Directiva 2008/52/CE y del Real Decreto-ley 5/2012, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. Tales leyes, por orden cronológico, son: la Ley 3/2007 de Asturias, la Ley 15/2009 de Cataluña, la Ley 14/2010 de las Islas Baleares y la Ley 1/2011 de Cantabria.

El artículo 8 de la Ley 3/2007 de Asturias, al regular el principio de inmediatez, dispone: «1. Las partes y el mediador familiar deben asistir personalmente a las reuniones de mediación, sin que se puedan valer de representantes o intermediarios. 2. Lo anterior no obsta a que, si las circunstancias así lo requieren y de forma excepcional, puedan utilizarse medios electrónicos en alguna de las reuniones de mediación, siempre que quede garantizada la identidad del mediador familiar y de las partes. La presencia física de las partes deberá producirse, en todo caso, en el momento de la firma de los acuerdos adoptados».

Por su parte, el artículo 8 de la Ley catalana se refiere al principio de carácter personalísimo de la mediación en los siguientes términos: «1. En la mediación, las partes y la persona mediadora deben asistir personalmente a las reuniones sin que puedan valerse de representantes o de intermediarios. En situaciones excepcionales que hagan imposible la presencia simultánea de las partes, pueden utilizarse medios técnicos que faciliten la comunicación a distancia, garantizando los principios de la mediación. 2. En la mediación civil entre una pluralidad de personas, las partes pueden designar portavoces con reconocimiento de capacidad negociadora, que representen los intereses de cada colectivo implicado».

En cuanto a la Ley balear, su artículo 9, apartado *a*), establece como obligación de los sujetos de la parte familiar en conflicto: «Asistir personalmente a las reuniones de mediación sin personas que los representen o hagan de intermediarias. En situaciones excepcionales que imposibiliten la presencia simultánea de las partes, pueden utilizarse medios técnicos que faciliten la comunicación a distancia, garantizando los principios de la mediación».

Finalmente, por lo que respecta a Cantabria, la referencia a la mediación electrónica se contiene en el artículo 12, dedicado a los principios de inmediatez y presencialidad, que en su apartado segundo prevé que: «Las instituciones de mediación fomentarán la implantación de sistemas de mediación por medios electrónicos en aquellas mediaciones donde se pudiera realizar».

Como puede apreciarse, existe una característica común a los tres preceptos citados en primer lugar (el asturiano, el catalán y el balear): la mediación elec-

trónica es contemplada como un recurso residual, al que solo debe acudir en situaciones excepcionales, con los riesgos de interpretación que son inherentes a la utilización de un concepto jurídico indeterminado como es la «excepcionalidad». Por un lado, se admite la posibilidad de mediación electrónica, pero al mismo tiempo se desincentiva su uso. No obstante, existe una sutil diferencia entre estas normas: el precepto asturiano parece más laxo, puesto que solo exige que las circunstancias requieran el uso de medios electrónicos; sin embargo, tanto el artículo catalán como el balear exigen que sea imposible la presencia simultánea de las partes.

En cuanto a los requisitos que debe observar la mediación electrónica, también se pueden encontrar diferencias entre estas normas: la Ley asturiana se refiere a la garantía de la identidad del mediador y de las partes, en tanto que la Ley catalana y la balear aluden a la garantía de los principios de la mediación.

Otra diferencia que puede apreciarse es que, en el caso de la norma asturiana, solo se permite la utilización de la mediación electrónica para alguna de las reuniones de mediación, exigiendo la presencia física de las partes en el momento de firmar los acuerdos. Sin embargo, el precepto catalán y el balear autorizan que la totalidad del procedimiento se lleve a cabo de manera virtual, al no existir la exigencia expresa de que la firma se realice con la presencia física de las partes. Esta diferencia nos conduce a una paradoja: precisamente las normas más estrictas en cuanto a la excepcionalidad —la catalana y la balear—, son las que, sin embargo, permiten que el procedimiento sea íntegramente electrónico.

Pues bien, la redacción de estos tres preceptos dificulta extraordinariamente que en estas Comunidades Autónomas puedan llevarse a cabo procedimientos de mediación por medios electrónicos, por varias razones: todas ellas contemplan la mediación electrónica con carácter excepcional, lo que exigiría, en cada caso, concretar las circunstancias que permitan fundamentar la excepcionalidad; el precepto catalán y el balear exigen, además, que la presencia física simultánea de las partes sea imposible, con el consiguiente inconveniente de tener que demostrar tal imposibilidad; y, finalmente, el artículo de la Ley asturiana no permite que todo el procedimiento se desarrolle por medios electrónicos, lo que reduciría considerablemente la utilidad de una plataforma de mediación electrónica.

Debe hacerse notar que esta desconfianza hacia la mediación electrónica parte de una premisa equivocada: la consideración de que la mediación virtual atenta contra el principio de inmediatez (que la Ley catalana denomina «carácter personalísimo», la Ley asturiana «Inmediación» y la Ley balear regula entre las obligaciones de los sujetos de la parte familiar en conflicto).

Debe observarse que este pretendido principio de mediación no se encuentra recogido ni en la Recomendación número R (98) del Consejo de Europa sobre mediación familiar ni en la Directiva 2008/52/CE (que, por el contrario, advierte en su considerando 9.º, que no se debe impedir la mediación por medios electrónicos), ni en la Ley 15/2005, cuando enumera los principios que debe tener

en cuenta el Gobierno estatal para llevar a cabo una iniciativa legislativa en materia de mediación (DA 3.^a). Precisamente, por la falta de correspondencia de este principio con los recogidos en el marco normativo europeo, se aprecia que en la formulación del mismo existen diferencias terminológicas entre las distintas leyes autonómicas.

No obstante, es evidente que, bajo diferentes denominaciones, las Leyes de Asturias y de Cataluña están aludiendo a la exigencia de que las partes y el mediador asistan personalmente a las reuniones de mediación, sin que puedan valerse de representantes o intermediarios. Más curioso es el caso de Baleares, que solo exige la asistencia personal a las partes, y no al mediador, aunque puede interpretarse que también entra dentro de sus obligaciones. En todo caso, del espíritu de estas normas se desprende que solo admiten la mediación electrónica con carácter excepcional, por considerar que vulnera el principio de inmediatez. En Baleares se da, además, la siguiente paradoja: la mediación electrónica le está vedada a las partes (salvo situaciones excepcionales), pero parece que no al mediador.

Considerar —como se desprende de la Ley de Asturias, de Cataluña y de Baleares—, que la mediación electrónica atenta contra este principio, equivale a equiparar la plataforma de gestión de expedientes de solución de conflictos a través de web por medio de la cual se lleva a cabo la mediación, a un representante o intermediario de las partes o del mediador.

Sin embargo, lo cierto es que la plataforma no es un representante o intermediario, es un puro instrumento, una herramienta a disposición de las partes y del mediador. Quienes intervienen en el procedimiento de mediación son las partes en conflicto y el mediador; cuestión distinta es como decidan llevar a cabo ese procedimiento: si, en todo o en parte, presencial o telemáticamente. Esta cuestión debería depender, atendiendo a las circunstancias de cada caso, de la voluntad de las partes y del consejo del mediador.

Hay que ser conscientes de que la plataforma en sí no es un representante, aunque es necesario que la plataforma prevea la posibilidad de que los usuarios utilicen la institución de la representación para determinadas mediaciones (por ejemplo, en controversias mercantiles en las que intervienen personas jurídicas será esencial la representación). Negar el carácter personalísimo o inmediato de la actuación de unas partes y de un mediador debidamente identificados que utilizan medios electrónicos, sería tanto como considerar que quienes contratan a través de dispositivos automáticos, en realidad no están contratando ellos mismos, sino que están siendo representados por el mecanismo del que se sirven. En la sociedad actual, aceptamos con absoluta naturalidad que las personas no necesiten reunirse físicamente para firmar un contrato y que se compren y vendan mercaderías, productos y servicios a través de Internet. Cuando dos personas contratan en su propio nombre a través de la red, son ellas quienes están contratando directamente y sus actos producen efectos. ¿Por qué razón

no vamos a aceptar con la misma naturalidad que el mediador y las partes que deciden llevar a cabo un procedimiento de mediación por medios electrónicos, están actuando personalmente, sin representantes ni intermediarios?

Por lo que respecta a Cantabria, su regulación de la mediación electrónica, aunque escueta, plantea algunas dudas.

Por un lado, ordena a las instituciones de mediación fomentar la implantación de sistemas de mediación por medios electrónicos, sin atribuir a la mediación electrónica el carácter excepcional que tiene en las otras tres leyes autonómicas citadas. Por otra parte, al exigir en su primer apartado que las personas mediadoras asistan siempre personalmente a las reuniones de mediación y regular, no obstante, en su segundo apartado la mediación electrónica, pone de manifiesto que el principio de inmediatez no es incompatible con la mediación electrónica; es decir, no parece que el legislador cántabro padeciera la confusión sufrida por los otros tres legisladores autonómicos. Todo ello constituye un acierto de la norma cántabra.

Sin embargo, el precepto no contempla ninguna de las dos elementales cautelas que deben observarse: no exige que se garantice la identidad de los intervinientes ni que se respeten los principios del procedimiento de mediación. Y, sobre todo, el principal escollo a la mediación electrónica se encuentra en el último inciso del artículo 12 de la Ley de Cantabria al apostillar que los medios electrónicos se utilizarán «en aquellas mediaciones donde se pudiera realizar», dejando absolutamente abierto e indeterminado el criterio que debe decidir que sea o no posible la mediación electrónica.

Pudiera pensarse que el inciso está excluyendo de la mediación electrónica algunos conflictos por razón de la materia (así, por ejemplo, hay opiniones en contra de que la mediación familiar se desarrolle por medios electrónicos); no somos proclives a esta interpretación, y, por lo tanto, no se va a apoyar aquí la postura de que solo determinados conflictos sean susceptibles de ser resueltos en un procedimiento de mediación electrónica (26).

Por el contrario, debe considerarse que la mediación electrónica es un instrumento o herramienta más en manos del mediador y de las partes para facilitar el proceso y la comunicación. De otro lado, efectivamente, es cierto que determinadas Leyes excluyen de su ámbito de aplicación a «los contratos que regulan relaciones familiares y contratos sucesorios». Concretamente, el artículo 4 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, excluye estos contratos, pero precisamente para evitar los contratos de adhesión y considerar que este tipo de contratos deben obedecer a un modelo negociado o pactado y no mediante condiciones generales de la contratación. La mediación electrónica no puede asimilarse a la contratación mediante condiciones generales

(26) Vid., de nuevo, a este respecto, VÁZQUEZ DE CASTRO, E., y FERNÁNDEZ CANALES, C., «La mediación familiar desarrollada...», *cit. infra*, págs. 171 a 196.

de la contratación sino que, al contrario, promueve la negociación de las partes. Del mismo modo, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, excluye en su artículo 23.4 «los contratos relativos al derecho de familia y sucesiones». En este último caso, debe observarse que la exclusión viene motivada por las peculiaridades formales que, normalmente, implican puesto que a continuación el precepto añade que tampoco será de aplicación a «Los contratos, negocios o actos jurídicos en los que la Ley determine para su validez o para la producción de determinados efectos la forma documental pública, o que requieran por Ley la intervención de órganos jurisdiccionales, notarios, registradores de la propiedad y mercantiles o autoridades públicas, se regirán por su legislación específica». Es evidente que para la separación o el divorcio se requiere una sentencia judicial que así lo declare y que los acuerdos de las partes deben integrarse en un «convenio regulador» que reúna las formalidades y pase los trámites necesarios para la homologación judicial. Resulta evidente, además, la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal para el caso en el que se vean afectados menores de edad (arts. 90 y 92 del Código Civil); de hecho, en estos casos creemos que no es suficiente la elevación a escritura pública, sino que necesariamente debe solicitarse la homologación judicial a la que se refiere el artículo 25.4 del Real Decreto-ley 5/2012. Sin embargo, la mediación a la que se puede recurrir para alcanzar acuerdos sobre todos y cada uno de los extremos que componen el contenido de un «convenio regulador» no tiene porqué excluir el uso de los medios electrónicos.

Otra posible interpretación, que parece más acertada, es considerar que la mediación electrónica no será posible cuando alguna de las partes, o el mediador, no puedan emplear medios electrónicos (por ejemplo, el caso de una persona que no esté familiarizada con el uso de las nuevas tecnologías, o que se encuentre en una zona remota en la que no exista conexión a Internet...). En todo caso, parece necesario que el reglamento que desarrolle la Ley, clarifique el sentido de este último inciso del artículo 12 de la Ley de Cantabria.

Por último, la mediación electrónica en el ámbito de consumo, que queda fuera del ámbito de la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, parece inevitablemente asociada al arbitraje de consumo (art. 38 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo). Desde la Unión Europea es precisamente en este ámbito donde se pretende impulsar, fomentar y unificar los sistemas de solución extrajudicial de conflictos en línea, como demuestran sus últimas propuestas: la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo (Reglamento sobre RLL en materia de consumo) y la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, por la que se modifica el Reglamento (CE) número 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre RAL en materia de consumo).

V. CONCLUSIONES

La mediación electrónica encuentra sus orígenes en Estados Unidos a partir del año 1995. A pesar del poco tiempo transcurrido desde su aparición (ni siquiera dos décadas), se ha podido observar un enorme desarrollo de los sistemas de mediación electrónica en ese país, en el que la mediación ha sido permeable a la influencia de las nuevas tecnologías. Estas han facilitado la gestión de los profesionales de la mediación y han permitido ampliar las posibilidades de comunicación, al superar las barreras de la presencialidad, condicionada por los factores del tiempo y del lugar.

No parece conveniente que Europa desperdicie la oportunidad de incorporar también las nuevas tecnologías a los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos; y en este sentido, con mucha coherencia, la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, declara expresamente que: «La presente Directiva no debe impedir en modo alguno la utilización de las nuevas tecnologías de comunicaciones en los procedimientos de mediación».

También el legislador español, durante la tramitación del fallido intento de una ley estatal de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, fue consciente de las posibilidades que las nuevas tecnologías de la información ofrecen a la mediación. Así, se ordenaba a las instituciones de mediación implantar sistemas de mediación por medios electrónicos, en especial —pero no exclusivamente— para aquellas controversias que consistan en reclamaciones dinerarias; se imponía la mediación electrónica para reclamaciones de cantidad cuando la cantidad controvertida no exceda de 300,00 euros (salvo que el empleo de medios electrónicos no fuera posible para alguna de las partes); se preveía que el Gobierno promoviese un procedimiento simplificado de mediación desarrollado exclusivamente por medios electrónicos, con una duración máxima e improrrogable de un mes, para reclamaciones de cantidad en las que no existiera confrontación respecto del fondo del asunto; y, finalmente, se permitía a las partes acordar que todas o alguna de las actuaciones de mediación se lleven a cabo por medios electrónicos, siempre que se garantizase la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación previstos en la ley. El Real Decreto-ley 5/2012 mantiene estas previsiones (arts. 5 y 24 y Disposición Final cuarta) en idénticos términos, con la única excepción de que la obligatoriedad del uso de la mediación por medios electrónicos para reclamaciones de cantidad, se refiere ahora a una cuantía de hasta 600,00 euros.

Sin embargo, el panorama en el ámbito de la legislación autonómica es bien diferente.

De las diecisiete Comunidades Autónomas existentes en España, trece cuentan con su propia ley autonómica sobre mediación (Cataluña, Galicia, Valencia,

Canarias, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Islas Baleares, Madrid, Asturias, País Vasco, Andalucía, Aragón y Cantabria).

La mayor parte de las mencionadas leyes autonómicas no contienen pronunciamiento alguno sobre la mediación electrónica, de manera que esta ausencia de pronunciamiento implica permisividad (*Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemos*).

Ahora bien, el problema lo plantean las cuatro leyes autonómicas (la Ley 3/2007 de Asturias, la Ley 15/2009 de Cataluña, la Ley 14/2010 de las Islas Baleares, y la Ley 1/2011 de Cantabria), que se refieren a la mediación electrónica, puesto que todas ellas introducen restricciones que atentan contra el espíritu de la Directiva 2008/52/CE y del Real Decreto-ley 5/2012, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. Así, en Asturias, Cataluña e Islas Baleares, la mediación electrónica es contemplada como un recurso residual, al que solo debe acudir en situaciones excepcionales, con los riesgos de interpretación que son inherentes a la utilización de un concepto jurídico indeterminado como es la «excepcionalidad». En cuanto a Cantabria, solo admite la mediación electrónica «en aquellas mediaciones donde se pudiera realizar», dejando absolutamente abierto e indeterminado el criterio que debe decidir que sea o no posible la mediación electrónica, lo que plantea un serio problema de interpretación de la norma, que es deseable que sea resuelto cuando se produzca su desarrollo reglamentario (27).

Por otra parte, el legislador estatal, acertadamente, somete la mediación electrónica al cumplimiento de dos requisitos: que se garantice la identidad de los intervinientes y que se respeten los principios de mediación previstos en la ley. Parece lógico de todo punto, y necesario, introducir estas dos cautelas. La primera (cuyo cumplimiento se consigue con la utilización del DNI electrónico), porque evita suplantaciones de personalidad. La segunda, porque impide que aquellos procedimientos telemáticos que no observen los principios de la mediación (y, en su caso, las prescripciones normativas en cuanto a obligaciones de información, plazos, tramitación de actas...), pretendan ser denominados procedimientos de mediación electrónica. La mediación electrónica no altera el concepto de mediación, sus principios ni características esenciales; simplemente, introduce una especialidad en cuanto al medio del que se sirven mediador y partes; el procedimiento electrónico que no respete los principios propios de la mediación, sencillamente no es mediación.

En fin, con la doble finalidad de dar un impulso definitivo a la introducción en España de la mediación electrónica que aquellas Comunidades Autónomas

(27) Respecto de la interpretación que se sostiene en este trabajo que debiera darse al inciso (considerar que la mediación electrónica no será posible únicamente cuando a alguna de las partes, o al mediador, no le resulte posible el empleo de medios electrónicos), nos remitimos a lo indicado en el apartado anterior.

que aún no se han pronunciado expresamente sobre la mediación electrónica, regulen esta cuestión.

En cuanto a las cuatro leyes autonómicas que ya se refieren a la mediación electrónica, cabe proponer su reforma, en dos aspectos. En primer lugar, para que se exijan los dos requisitos antes señalados (garantizar la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de mediación); actualmente, en Asturias solo se contempla la garantía de la identidad del mediador y de las partes, en Cataluña e Islas Baleares solo se alude a la garantía de los principios de la mediación, y en Cantabria a ninguno de los dos. En segundo lugar, para que se suprima el carácter excepcional con el que Asturias, Cataluña e Islas Baleares contemplan la mediación electrónica, puesto que esa excepcionalidad atenta contra el espíritu de la Directiva y del Real Decreto-ley 5/2012 y puede dificultar la implantación de la mediación electrónica en estos territorios autonómicos; por lo que se refiere a Cantabria, no se cree necesario en este aspecto la reforma de la Ley, sino que bastaría con una simple aclaración del inciso que plantea dudas interpretativas por medio de su desarrollo reglamentario.

Con estas palabras, a modo de sugerencia a los órganos legislativos autonómicos, ponemos punto y final a este trabajo, confiando en que algún día sean convertidas en realidad normativa.

RESUMEN

*MEDIACIÓN ELECTRÓNICA
SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL
DE CONFLICTOS
NUEVAS TECNOLOGÍAS*

La mediación electrónica nació en Estados Unidos a partir del año 1995 y, desde entonces, se ha podido observar un enorme desarrollo de los sistemas de mediación electrónica en ese país. No parece conveniente que Europa desperdicie la oportunidad de incorporar también las nuevas tecnologías a los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos; en este sentido, la Directiva 2008/52/CE, declara expresamente que: «La presente Directiva no debe impedir en modo alguno la utilización de las nuevas tecnologías de comunicaciones en los procedimientos de mediación». Por su parte, el Real Decreto-ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mer-

ABSTRACT

*ELECTRONIC MEDIATION
OUT-OF-COURT CONFLICT
RESOLUTION
NEW TECHNOLOGIES*

Electronic mediation began in the USA in 1995, and electronic mediation systems have developed by leaps and bounds in that country ever since. It seems inadvisable for Europe to waste its opportunity to bring new technologies into out-of-court conflict resolution procedures, too. In this sense, Directive 2008/52/EC expressly declares, «This Directive should not in any way prevent the use of modern communication technologies in the mediation process». For its part, the Spanish Act on Mediation in Civil and Commercial Affairs has offered major legislative backing for electronic mediation. In the autonomous communities of Spain, the situation is quite

cantiles, ha ofrecido un importante respaldo normativo a la mediación electrónica. En cuanto a las Comunidades Autónomas la situación es bien diferente. En el presente trabajo se hace un recorrido por las distintas previsiones normativas sobre mediación electrónica a nivel europeo, estatal y autonómico, y se propone su integración y mejora.

different. This paper reviews the different European, national and regional laws on electronic mediation and offers a proposal for integrating and improving them.

(Trabajo recibido el 6-2-2012 y aceptado para su publicación el 27-3-1012)

DERECHO COMPARADO

Contornos de la ejecución de las garantías patrimoniales en el Derecho argentino

por

MAURICIO BORETTO (1)
Doctor en Derecho
Universidad Nacional de Córdoba (Argentina)

SUMARIO

1. PUNTO DE PARTIDA.
2. LA SITUACIÓN EN SUDAMÉRICA Y, EN ESPECIAL, EN LA REPÚBLICA ARGENTINA.
3. SURGIMIENTO DE LAS GARANTÍAS DE EJECUCIÓN PRIVADA, EXTRAJUDICIAL O AUTOLIQUIDABLES.
4. ALGUNOS CASOS DE GARANTÍAS AUTOLIQUIDABLES.
5. LAS GARANTÍAS AUTOLIQUIDABLES A LA LUZ DEL DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO Y EL FENÓMENO DE LA «CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO».
6. CONCLUSIONES.

(1) Premio en Derecho Privado Castán Tobeñas (edición 2008) otorgado por la Academia Aragonesa de Legislación y Jurisprudencia. Premio Joven Jurista otorgado por la Academia de Ciencias Jurídicas y Sociales de Córdoba (edición 2007). Especialista en Sindicatura Concursal y Entes en Insolvencia (Universidad Nacional de Cuyo). Especialista en Derecho de Daños (Universidad Nacional de Cuyo y Universidad Nacional del Litoral). Miembro del Instituto de Derecho Empresario de la Academia de Ciencias Jurídicas y Sociales de Buenos Aires. Dirección de mail: mboretto@asesorescuyo.com.ar

1. PUNTO DE PARTIDA

En general, las legislaciones de los países sudamericanos recibieron la influencia del Derecho Romano a la hora de regular la ejecución de las garantías patrimoniales (es lo que ocurre, por ejemplo, en la República Argentina con la hipoteca (2), la prenda civil (3), el aval (4), la fianza (5), etc.), reconociéndole al ejecutado —con amplitud suficiente— el ejercicio del derecho de defensa en el marco de un proceso judicial iniciado en su contra (con posibilidad de ser oído dentro de él, de ofrecer prueba sobre los hechos alegados, de invocar el derecho que tutela sus intereses, etc.).

Efectivamente, el Derecho Romano prohibió la defensa privada de los derechos sin previa intervención judicial (6). Por ejemplo, desde la época de Constantino se abolió el pacto comisorio —en tanto cláusula que autorizaba al acreedor a apropiarse sin más de la cosa prendada— por considerarlo una forma de fraude e, inclusive, se lo hizo con mayor severidad que en la legislación actual, al invalidarse directamente la prenda por el solo hecho de haber concertado dicho pacto; quedando el titular del crédito reducido a la categoría de quirografario (7).

El sistema romano no permitió la ejecución privada por parte del acreedor en la persona o en los bienes del deudor; era necesaria la previa sentencia dictada por un juez. Es más, tampoco admitió la ejecución directa de la sentencia, exigiendo un nuevo proceso (*litis contestatio*) cada vez que el demandado se oponía —afirmando la nulidad del proceso, el pago u otra excepción— a la *actio iudicati*, que era la acción que entregaba el pretor al acreedor y que nacía de la sentencia, tendiente a obtener el cumplimiento de esta última ante el juez.

En suma, el sistema romano se basó, esencialmente, en el desenvolvimiento de una acción que tenía origen en la sentencia, de modo que los romanos resolvieron el problema de la relación entre el «conocimiento judicial» y la «ejecución patrimonial» dando precedencia al primero. El deudor no pudo ser

(2) Artículo 3108 del Código Civil: «La hipoteca es el derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero, sobre los bienes inmuebles, que continúan en poder del deudor».

(3) Artículo 3204 del Código Civil: «Habrà constitución de prenda cuando el deudor, por una obligación cierta o condicional, presente o futura, entregue al acreedor una cosa mueble o un crédito en seguridad de la deuda».

(4) Artículo 32 del Decreto-Ley 5965/63: «El pago de una letra de cambio puede garantizarse total o parcialmente por un aval. Esta garantía puede otorgarla un tercero o cualquier firmante de la letra».

(5) Artículo 1986 del Código Civil: «Habrà contrato de fianza cuando una de las partes se hubiere obligado accesorariamente por un tercero y el acreedor de ese tercero aceptase su obligación accesoría».

(6) PODETTI, Ramiro, *Tratado de las ejecuciones*, 2.^a ed., act. por Víctor A. GUERRERO LECONTE, Ediar, Bs. As., 1968, t. VII-A, pág. 21.

(7) PEÑA GUZMÁN, Luis A., *Derecho Civil. Derechos reales*, Tea, Bs. As., 1973, t. III, págs. 518 y 519.

ejecutado sin «juicio previo» y la sentencia recaída en este juicio tampoco podía ser ejecutada *directamente* contra él; existía un nuevo periodo de conocimiento judicial breve en el cual el deudor podía oponerse nuevamente a la agresión patrimonial con fundamento en hechos posteriores a la sentencia (8).

A diferencia del sistema romanista, por el contrario, el Derecho germánico —que influyó en la legislación francesa (9) y fue ajeno a los ordenamientos procesales sudamericanos— tuvo un concepto distinto del derecho de defensa del deudor. La ejecución del crédito fue eminentemente privada, entendida como pura coerción sobre los bienes del deudor en virtud de un título judicial o de un título convencional privado.

La ejecución germana no se asimilaba a lo que hoy entendemos por «juicio» que exige, indefectiblemente, bilateralidad. No había posibilidad de contienda *dentro* de la misma ejecución patrimonial que se le seguía al deudor. Este último, si se consideraba injustamente perseguido, podía comparecer ante el juez e instar un juicio de conocimiento por *separado* donde podía cuestionar la ejecución que se seguía en su contra. En otras palabras, se puede decir que recién en esta instancia se «judicializaba» la ejecución del crédito, aunque a cargo del ejecutado, que tenía la iniciativa del contradictorio.

En la Edad Media, el sistema imperante constituyó una solución intermedia entre el Derecho Romano y el Derecho Germánico; recibiendo, además, la impronta del Derecho Canónico.

En este régimen era necesaria una sentencia previa a la ejecución; es decir, existía una etapa de conocimiento judicial que precedía a la agresión patrimonial del deudor (similitud con el sistema romano). Pero la propia ejecución de la sentencia fue privada, sin intervención jurisdiccional (similitud con el sistema germánico); no se requirió el ejercicio de una nueva acción o un nuevo proceso al estilo romano (*litis contestatio*).

Sin embargo, con posterioridad, la Iglesia rechazó la violencia y la defensa privada de los derechos, razón por la cual aún la propia ejecución de sentencia

(8) BORETTO, Mauricio, *Las garantías autoliquidables*, ed. Rubinzal Culzoni, 2010, Santa Fe, págs. 34 y 35.

(9) El sistema francés asimiló en sus efectos el documento notarial de reconocimiento de deuda a la sentencia, confiriéndole carácter extrajudicial a la ejecución de ambos (ordenanzas de Villers-Cotterets). De esta manera, la ejecución patrimonial prescindió de toda intervención judicial. Tanto el documento notarial como la sentencia pudieron ser ejecutados directamente por el acreedor, con el auxilio de funcionarios administrativos (*sergents du roi* y *los huissiers*), que eran los encargados de intimar al deudor y de disponer las correspondientes medidas sobre el patrimonio de aquel. En conclusión, el proceso ejecutivo se desenvuelve sin intervención judicial y no existe en él un periodo de conocimiento en el cual el deudor puede articular ciertas defensas. Los órganos jurisdiccionales intervienen en la oposición a la ejecución, que constituye un proceso de conocimiento que tramita independientemente de esta. Con estas mismas características (ejecución pura sin intervención judicial), la ejecución francesa fue regulada en el Código Napoleón (ampliar en FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, «Estudios de Derecho Procesal», en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1955, pág. 568).

debía contener un periodo de conocimiento en el cual el deudor podía nuevamente defenderse.

De esta manera, en la etapa de cumplimiento de la sentencia se injertaba una de tinte cognoscitivo; ejecutándose la misma a través del *procesus executivus* en el cual se volvía a citar al deudor para que oponga excepciones fundadas en la nulidad del título o en hechos nacidos con *posterioridad* a la sentencia.

Sin perjuicio de lo expuesto, para determinados créditos (10) y aunque no resultasen de documentos, se estableció en el Derecho medieval el uso de no citar al deudor, sino de obtener directamente del juez la orden de la prestación que abría la ejecución. Pero esta orden iba acompañada y justificada por la cláusula según la cual, si el deudor quería hacer valer excepciones, podía hacer oposición dentro de un determinado término; cláusula que se llamó *cláusula iustificativa*.

De algún modo, este fenómeno fue el germen del primer instrumento ejecutivo privado (forjado por los particulares sin notario, ni pretor, ni juez) bajo la forma de la letra de cambio (ejecutable originariamente sin intervención judicial). Nacen así los títulos ejecutivos convencionales por «asimilación» a la sentencia, mediante un procedimiento de confesión o de la autorización para ejecutar o garantía dada por el deudor al constituir el título (11).

Cabe destacar también, a todo evento, que actualmente las distintas formas del proceso monitorio en los derechos modernos —ante el interés general del rápido cumplimiento de las obligaciones— tienen sus cimientos en estos antecedentes que mencionamos.

En efecto, en esta especie de proceso el mandato de prestación jurisdiccional dirigido contra el deudor es dictado *inaudita parte* y sin conocimiento judicial completo; dirigiéndose, básicamente, a preparar la ejecución. El ordenamiento jurídico, partiendo de la base del inútil retraso que sufre la ejecución en el proceso ordinario con conocimiento completo, habilita esta estructura procesal monitoria en los casos en que el demandado adhiere a la demanda o permanece en rebeldía, o bien, no opone excepciones.

De este modo, la posibilidad de excepcionar y, por consiguiente, del conocimiento judicial completo no está excluida, sino aplazada; en otras palabras, es posterior, en lugar de anterior, a la resolución del juez.

Con posterioridad a la Edad Media, la suerte de la relación entre «conocimiento judicial» y «ejecución patrimonial» tuvo diversos matices.

A partir de la sanción en 1806 del Código de Procedimientos Civiles francés, junto con el predominio de las huestes napoleónicas, fue posible que aquel

(10) CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, trad. del italiano y notas del Derecho español por E. GÓMEZ ORBANEJA, 2.^a ed., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, vol. 1, pág. 262.

(11) PODETTI, Ramiro, *Tratado de las ejecuciones*, 2.^a ed., act. por Víctor A. GUERRERO LECONTE, Ediar, Bs. As., 1968, t. VII-A, pág. 23.

proceso ejecutivo —fuertemente influenciado por la ejecución germana— se extendiera a toda Europa aunque con rasgos particulares (12).

Se trata, básicamente, de una ejecución pura que no puede aspirar al nombre de juicio, que supone bilateralidad o contradictorio. Consiste en la ejecución por la fuerza de los bienes del ejecutado, con sustento en un título judicial (sentencia) o extrajudicial (asimilado este último a la sentencia en sus efectos, v.gr., letras de cambio) que trae aparejado ejecución según la ley. El acreedor, en consecuencia, puede promover directamente la ejecución forzada sin obtener previamente una declaración judicial de la responsabilidad del deudor.

Por el contrario, España y Portugal no recibieron la influencia directa del sistema francés de raíz germana y mantuvieron el esquema procedimental de la Edad Media con algunas variantes. El aspecto característico de estos ordenamientos fue que la ley no reconoció eficacia ejecutiva a ningún otro título que no sea la sentencia judicial. La etapa genuinamente ejecutiva solo podía instarse con esta última.

2. LA SITUACIÓN EN SUDAMÉRICA Y, EN ESPECIAL, EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

El Derecho procesal vigente en diversos países de Sudamérica, incluido el Derecho procesal argentino, siguió las aguas del Derecho español y, con algunas peculiaridades, fue también heredero del *procesus executivus* medieval.

La ejecución pura de las ordenanzas francesas —de raigambre germana— no fue conocida en estas latitudes y la tradición fue la del respeto total al principio de dependencia de la ejecución y, en consecuencia, de necesaria precedencia del conocimiento judicial a la agresión patrimonial.

Para el Derecho argentino en particular, el único título —*ejecutorio*— que habilita la etapa genuina de ejecución patrimonial del deudor (que llamamos *apremio*) es la sentencia judicial de condena; la que está precedida de un periodo de conocimiento judicial consistente en un verdadero juicio *previo*.

(12) En Italia, por ejemplo, se proyectó el proceso monitorio en el Código de procedimiento civil de 1940, que siguió —a su vez— los lineamientos del Código de 1865. En este ordenamiento procesal se instauró un proceso ejecutivo monitorio autónomo a cargo de un juez y no de funcionarios administrativos como el sistema francés. Sin embargo, esta intervención judicial no implicaba abrir una etapa de conocimiento en la cual se conociera sobre las defensas del deudor; el juez se limitaba a prestar el auxilio necesario al acreedor para llevar a cabo la ejecución. El deudor que pretendía discutir el derecho a la ejecución del acreedor debía deducir sus defensas por separado, iniciando un proceso de amplio conocimiento. Excepcionalmente, este proceso ordinario podía suspender la ejecución; para ello era necesario que el actor (deudor ejecutado) contara a su favor con una sentencia ejecutoriada que le dé la razón (ampliar en LIEBMAN, Enrico T., *Manual de Derecho Procesal Civil*, trad. de S. SENTÍS MELENDO, Ejea, Bs. As., 1980).

De esta manera, la sentencia judicial de condena pone fin a un juicio *previo*, el que puede consistir en un proceso de conocimiento ordinario, un proceso de conocimiento limitado o compulsorio o ejecutivo, un proceso sumario, etc.; según las diversas materias objeto de cada uno de esos procesos (por ejemplo, simulación de actos jurídicos, accidentes de tránsito, cobro de títulos de crédito, etc.).

En suma, para el Derecho argentino, en principio, la ejecución patrimonial del deudor no goza de autonomía (*apremio*) sino que constituye una etapa —la última— de un proceso de conocimiento de condena.

Por el contrario, los títulos —*ejecutivos*— extrajudiciales (v.gr.: títulos de crédito, título prendario, título hipotecario, etc.) solo tienen aptitud para abrir la instancia de un proceso de conocimiento limitado al propio título que se ejecuta, que denominamos proceso compulsorio (v.gr.: proceso ejecutivo cambiario, proceso ejecutivo prendario, proceso ejecutivo hipotecario, etc.), que no autoriza a ejecutar directamente al deudor a quien se la da la posibilidad de ser oído y de defenderse en forma previa.

De esta manera, el Derecho procesal argentino no tolera que el acreedor ejecute privadamente al deudor sin que exista un juicio *previo*. Si bien se reconoce eficacia ejecutiva a ciertos títulos extrajudiciales, estos, no son equiparados en sus efectos a una sentencia judicial de condena —que sí autoriza sin más a ejecutar patrimonialmente al deudor (mediante el *apremio*)— pues dicha eficacia se limita a habilitar una vía procesal acelerada compulsoria para obtener el cumplimiento de la obligación, en la que se invierte la iniciativa del contradictorio y se acentúa la carga de la oposición en cabeza del ejecutado; todo lo cual desemboca en la formación del título —ejecutorio— judicial (sentencia de remate) que recién autoriza la ejecución patrimonial (*apremio*).

Por último, cabe mencionar entre otras de las características del juicio ejecutivo argentino, aquella consistente en que los recursos contra la sentencia que resuelve el litigio son limitados, y la posibilidad de consideración y prueba sobre todo aquello que no puede ser materia de articulación en el proceso ejecutivo, se desplaza en el tiempo a un proceso de conocimiento posterior (13) [(por ejemplo, es lo que ocurre en la ejecución de títulos de crédito en los cuales solo pueden discutirse cuestiones vinculadas al cheque o pagaré que se ejecuta —se puede controvertir si está pagado o si es hábil para ser ejecutado— debiendo postergarse la discusión de cuestiones vinculadas con la causa jurídica de su libramiento o endoso (por ejemplo, si no hay negocio jurídico que lo sustente o este es simulado o falso) para un juicio de amplio conocimiento posterior a la ejecución cambiaria)].

(13) KAMINKER, Mario E., «Reflexiones sobre los juicios ejecutivos, la cosa juzgada, los procesos de conocimientos posteriores y los causales», en *Revista de Derecho Procesal*, 2001-1, «Procesos de ejecución» - 1, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, pág. 38.

A su turno, la realidad en otros países sudamericanos no es muy diferente a la argentina, por cuanto la ejecución patrimonial contra el deudor presupone también la existencia de un *juicio previo*.

Efectivamente, si analizamos la ejecución prendaria en algunos países de Sudamérica, se advierte que —en general— la legislación impone la *venta en subasta pública de la cosa pignorada*; poniendo en evidencia la necesaria existencia de un *juicio previo* a la agresión patrimonial del constituyente de la prenda:

- *Código boliviano (art. 1409)*: El acreedor no pagado puede pedir la *venta judicial* de la cosa dada en prenda en la forma y con los requisitos previstos por el Código de Procedimiento Civil, o *pedir judicialmente* que la cosa se le asigne en pago hasta la cantidad adeudada, según estimación de peritos, o según el precio corriente si la cosa tiene un precio de mercado.
- *Código chileno (art. 2397)*: El acreedor prendario tendrá derecho de pedir que la prenda del deudor moroso se venda en *pública subasta* para que, con el producido, se le pague; o que, a falta de postura admisible, sea apreciada por peritos y se le adjudique en pago, hasta la concurrencia de su crédito; sin que valga estipulación alguna en contrario, y sin perjuicio de su derecho para perseguir la obligación principal por otros medios. Tampoco podrá estipularse que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda o de apropiársela por otros medios que los aquí señalados.
- *Código paraguayo (art. 2303)*: *Artículo 2303*.—No efectuando el deudor el pago de la obligación y sus accesorios a su vencimiento, podrá el acreedor pedir la venta en remate público de la cosa dada en prenda. El juez deberá oír previamente al deudor, y al tercero propietario, en el caso de que la prenda se hubiere constituido por este. Si el valor de la cosa no excediere de diez jornales mínimos legales establecidos para trabajadores de actividades no especificadas de la capital, podrá el juez autorizar la venta en privado. El acreedor podrá adquirir la cosa prendada por la compra en remate, o en venta privada autorizada, o por adjudicación judicial, en caso de no existir postores.

3. SURGIMIENTO DE LAS GARANTÍAS DE EJECUCIÓN PRIVADA O EXTRAJUDICIAL O AUTOLIQUIDABLES

Con el tiempo, la realidad económica sudamericana en general y la argentina en particular, fue imponiendo la necesidad de una pronta tutela del crédito para evitar que el tiempo diluya su particular eficacia.

En Argentina, por ejemplo, en algunos casos fue la propia legislación de fondo (v.gr.: *warrants*, ley 9643; *prenda con registro privado*, art. 39 del *Decreto-ley 15348/46*, ratificado por la Ley 12.962), y en otros casos, el ingenio propio de los operadores económicos con algún respaldo normativo [v.gr.: *garantías a primera demanda al amparo del art. 1197 del Código Civil* (14)] los que comenzaron a forzar la idea de igualar en sus efectos —pese a la diferencia sustancial del contenido (15)— a ciertos títulos ejecutivos extrajudiciales con la sentencia judicial (título ejecutorio); *confiriéndoles aptitud para ejecutar en forma directa al deudor sin posibilidad de juicio previo*.

Nacen así las garantías autoliquidables o autoejecutables.

Héctor ALEGRÍA explica: «*que la necesaria recurrencia a la actuación judicial previa o la exigencia de formalidades especiales para la ejecución de la prenda (dentro de un proceso judicial o fuera de él) no resuelven hoy eficazmente los problemas específicos que se pueden presentar. Así la subasta judicial o el remate público no aseguran el mejor precio objetivo de los bienes (y en verdad no podría exigirse ese resultado). Por el contrario, esos procedimientos necesariamente conllevan demoras y costos que, lamentablemente, inciden sobre aquel a quien pretenden proteger. Las demoras, en particular, en cuanto permiten que se sigan devengando intereses y el crédito aumente; los costos, porque a veces insumen gran parte de lo que realmente se obtiene en subastas o remates*» (16).

(14) Dispone este artículo: «*Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma*».

(15) En efecto, mientras la sentencia es el resultado de un proceso que debe ajustarse a las formalidades que aseguran la defensa de los derechos (audiencia y prueba) y consta siempre en un instrumento público, el título ejecutivo convencional (v.gr., una letra de cambio, la escritura hipotecaria, el certificado *warrant*, el certificado prendario, etc.) se forma, en general, de acuerdo a lo que libremente convengan los interesados, y en cuanto al instrumento, puede ser público o privado. La sentencia, por su origen y forma, es indiscutible (salvo que proceda el recurso de revisión en caso de cosa juzgada fraudulenta o irrita) y, por ello, en los trámites de su ejecución solo pueden oponerse las defensas nacidas con posterioridad a la fecha de ser dictada; en cambio, el título ejecutivo convencional, al carecer de iguales garantías, puede y debe ser examinado oficiosamente por el juez y sufrir la oposición de defensas anteriores y posteriores a su nacimiento, ya que surge de un acto privado. Asimismo, la sentencia tiene un efecto exclusivo y propio, cual es el de la cosa juzgada, que la convierte en inimpugnable e indiscutible, poniendo fin a la controversia en forma definitiva, impidiendo que sea motivo de nueva discusión, y permitiendo la ejecución de la resolución judicial. Por el contrario, no es posible extender los efectos de la cosa juzgada a los negocios jurídicos concluidos por los particulares al dar nacimiento a los títulos ejecutivos, pues estos no encuentran sustento en una declaración oficial de certeza proveniente de un imparcial relevamiento de la situación jurídica discutida (cfr. PODETTI, Ramiro, *Tratado de las ejecuciones*, 2.^a ed., act. por Víctor A. GUERRERO LECONTE, Ediar, Bs. As., 1968, t. VII-A, págs. 78/81).

(16) «Las garantías autoliquidables», en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, núm. 2, «Garantías», ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1993, págs. 160 y 161.

La idea del juicio previo a la ejecución patrimonial ha generado, según algunos autores, una tremenda desprotección al crédito, pues la duración del proceso —que tiene por fin la declaración de certeza de la voluntad legal— ha actuado en desmedro de una rápida tutela. La consecuencia más importante de esta realidad es el encarecimiento del crédito, de los bienes y servicios, la disminución de la calidad de vida de los miembros de la comunidad y, en última instancia, la ausencia de competitividad de su economía.

Refiriéndose al Código de Comercio italiano de fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX, un autor sostuvo que la venta judicial —que presupone el *juicio previo*— es el más dañoso a los intereses del comercio, porque la intervención de la autoridad judicial con toda la secuela de formalidad que tiene detrás, puede retardar mucho el día en que el acreedor reciba el pago del crédito y se reembolse de todo lo que ha gastado por causa de la prenda. Este no es, por cierto, el modo de alentar las operaciones de crédito (17).

La actividad económica moderna habría impuesto, entonces, la necesidad de optimizar la utilización de los recursos y/o factores de la producción, forjando una importante variedad de instrumentos y mecanismos de crédito que tratarían de brindar respuesta a las necesidades de los operadores económicos, especialmente, el empresario moderno, brindándole nuevas alternativas para el mejor desarrollo de sus emprendimientos y un más fácil acceso al crédito.

Se advierte un profundo cambio en las condiciones socioeconómicas del que no es ajeno el continente sudamericano. Se hace hincapié en la necesidad de acordar especial protección a los derechos patrimoniales, garantizando a los capitales que deciden financiar actividades productivas o de servicios, seguridad y facilidad en la generación y percepción de utilidades que reeditúan los emprendimientos que promuevan. La tutela del crédito ha venido a adquirir así una superlativa trascendencia como factor de desarrollo económico.

La necesidad de inmediatez en la efectivización de los reclamos y cierta constatación en la inseguridad jurídica que resultaría de la demora en el reconocimiento judicial del derecho y la ejecución de la sentencia judicial habrían generado nuevos requerimientos de seguridad, que aparecen en esta llamada *lex mercatoria* o usos del comercio internacional (18).

Esta circunstancia es la que habría originado —en la realidad negocial mundial y también en la sudamericana— la idea de *independizar* la ejecución patrimonial del conocimiento judicial, autorizando a cierta especie crediticia a obtener su realización aún sin que medie juicio previo a la agresión patrimo-

(17) VIDARI, Ercole, *Corso de Diritto Commerciale*, 5.ª ed., t. 5, Milán, Hoepli, 1904, pág. 92.

(18) RICHARD, Efraín H., «La garantía a primera demanda y el crédito *stand by*», en *Derecho Mercantil Contemporáneo*, obra dirigida por PIAGGI, Ana I., y ESTOUP, Luis A., Bs. As., ed. La ley, 2001, pág. 283.

nial que fije los hechos y declare el derecho que le es aplicable; procediéndose directamente a la etapa ejecutiva.

Se reclama mayor efectividad, más rapidez, más agilidad, mayor rigor; lo que trae como consecuencia menos márgenes defensivos, como así también, el desplazamiento de la actividad jurisdiccional por la extrajudicial y privada del acreedor, a quien se le reconocen nuevas potestades: ejecutar por sí el bien objeto de la garantía, aprobar sus propias liquidaciones, entregar bienes y transferir el dominio de los mismos sin control judicial alguno.

Si el deudor o el tercero garante quieren «quejarse», deberán instar un proceso amplio de conocimiento donde puedan denunciar los excesos del acreedor y obtener la reparación de los daños.

Se produce así, reiteramos, un giro de ciento ochenta grados en la concepción del procedimiento con el cual el acreedor cuenta para cobrar a su deudor la acreencia adeudada.

Se consolida, poco a poco, la idea de admitir que el acreedor pueda agredir al deudor (o tercero garante) sin que este pueda defenderse en forma previa, privándolo en forma inmediata de la tenencia del bien asiento de la garantía (sin necesidad de esperar, hasta el momento de la subasta, como ocurre en el «juicio»), para realizarlo privadamente y cobrarse con su producido.

Frente a la «imprevisible» duración del proceso judicial (ante la existencia con carácter previo a la ejecución patrimonial de la posibilidad de discusión por parte del ejecutado, como así también, debido a los engorrosos trámites pre y post subasta del bien realizado, etc.) se erige esta nueva tendencia que legitima al acreedor para que autoliquide su garantía de manera más rápida y económica.

Para ello, se saca de la escena «ejecutiva» al juez, y se deja en manos del acreedor todo el procedimiento de cobro de su crédito a través de la ejecución privada de la garantía que se procuró con tal finalidad. El juez solo podrá intervenir, en principio, si el deudor lo convoca con posterioridad, una vez culminada la ejecución del acreedor.

4. ALGUNOS CASOS DE GARANTÍAS AUTOLIQUIDABLES

Si analizamos el ordenamiento jurídico *argentino* vemos algunos casos en los cuales ciertos documentos —en cuanto representan determinados actos o negocios jurídicos— se encuentran «equiparados» en sus efectos ejecutivos a la sentencia judicial, adjudicándole la misma eficacia generadora de un poder de actuación por parte del acreedor contra los bienes del deudor *sin previa injerencia jurisdiccional*.

A guisa de ejemplo podemos mencionar, entre otros, los siguientes:

- (i) la *prenda comercial común*, que consiste en una garantía real con desplazamiento constituida en seguridad de una obligación mercantil, en la cual la cosa dada en garantía queda en poder del acreedor (19). El Código de Comercio autorizó al acreedor para que procediera directamente a la venta de la cosa pignorada sin intervención jurisdiccional (art. 585 del Código de Comercio) (20).
- (ii) También tenemos el caso de la garantía *back to back* o *cash collaterals* o *escrow accounts*, que se erige en un depósito bancario de dinero en efectivo con fines de garantía de tal modo que, verificado el incumplimiento de la obligación garantizada, el banco acreedor puede disponer de los fondos depositados por el deudor o el garante en cuentas a la vista o a plazo fijo para cancelar la obligación contraída por el cliente, sin necesidad de requerir el pago en forma previa al deudor; pudiendo el banco aplicar directamente los fondos a la cancelación de la deuda. Es más, la comunicación A 3918 del Banco Central de la República Argentina (Lisol-Liquidez y Solvencia) la califica como garantía preferida tipo «A» (21).

5. LAS GARANTÍAS AUTOLIQUIDABLES A LA LUZ DEL DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO Y EL FENÓMENO DE LA «CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO»

Uno de los aspectos principales de estas garantías «autoliquidables», como hemos dicho, 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*.

(19) Dispone el artículo 580 del Código de Comercio: «*El contrato de prenda comercial es aquel por el cual el deudor o un tercero a su nombre, entrega al acreedor una cosa mueble, en seguridad y garantía de una operación comercial*».

(20) Expresa la norma: «*En defecto de pago al vencimiento, y cuando no se hubiere pactado un modo especial de enajenación, el acreedor podrá proceder a la venta de las cosas tenidas en prenda, en remate, debidamente anunciado con 10 (diez) días de anticipación. Si la prenda consistiese en títulos de renta, acciones de compañías u otros papeles de comercio negociables en las bolsas o mercados públicos, podrá hacerse la venta por medio de corredor, al precio de cotización al día siguiente del vencimiento*».

(21) Desde la óptica bancaria presentan menos riesgos en cuanto a las posibilidades de recupero por parte del ente bancario. Es decir, las obligaciones garantizadas por este tipo de garantías permiten que el banco efectúe una menor previsión de fondos —que se traduce en que el BCRA no requerirá al ente financiero que los inmovilice en resguardo de un eventual incumplimiento del deudor— lo cual reducirá la tasa de interés que el banco cobrará al deudor, dado el costo que significaría la indisponibilidad de fondos para la tesorería de la entidad.

Ello trajo aparejado el siguiente interrogante: *si 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, según la cual nadie puede ser privado de su libertad y de su propiedad sin sentencia judicial fundada en ley* [arts. 17 (22) y 18 (23)].

En nuestra opinión, entendemos que no son inconstitucionales.

En efecto, el deudor autoejecutado por cualquiera de las garantías de ejecución privada ostenta la titularidad del derecho constitucional de detener u oponerse a la ejecución en casos de *abuso o fraude manifiesto* del acreedor que surjan de prueba instrumental u otra de fácil y rápido examen (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.) (24).

Así las cosas, el deudor agredido por estas garantías de ejecución privada se encuentra facultado para solicitar cautelarmente ante un órgano jurisdiccional que ordene la no ejecución de la garantía o, en su defecto, que condicione la misma a que el acreedor satisfaga previamente la constitución de una caución suficiente para evitar daños irreparables al garante autoejecutado.

Este aserto no implica soslayar el *principio de libre demandabilidad* comprendido en la garantía constitucional de la propiedad privada (art. 17 de la Constitución Nacional) según el cual no se le puede impedir al acreedor que ejecute su garantía (25). Efectivamente, resulta asimismo violatorio del derecho de propiedad impedir que el *acreedor* ejecute por vía privada la garantía cuya constitución ha sido prevista —precisamente— para recuperar el crédito concedido, en caso de incumplimiento de la deuda garantizada.

Sin embargo, cuando existe fraude o abuso manifiesto en la ejecución *privada o extrajudicial*, que ponen en duda la legitimidad del derecho del acreedor que autoliquida la garantía, en virtud de los artículos 18 (garantía del debido

(22) Expresa el artículo: «*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.*»

(23) «*Ningún habitante de la nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso.*»

(24) El proyecto de reformas al Código Civil argentino elaborado por la Comisión designada por decreto 468/92 previó en el artículo 1479 (que regulaba las garantías a primera demanda o a primer requerimiento o garantías autónomas también consideradas «autoliquidables») un párrafo final que decía: *En caso de fraude o abuso manifiesto del acreedor beneficiario que surjan de prueba instrumental u otra de fácil y rápido examen, el garante o el ordenante podrán requerir que el juez fije una caución adecuada que el beneficiario deberá satisfacer antes del cobro.*

(25) Conf. PEYRANO, Jorge W., «Enfoque procesal de las acciones de revisión y de rectificación de la cuenta corriente bancaria», en *Revista Jurisprudencia Argentina* 1995-III-899, esp. pág. 901.

proceso legal), 19 (principio de reserva) (26), 17 (inviolabilidad del derecho de propiedad) y 43 de la Constitución Nacional (principio de la tutela inhibitoria y prevención del daño) (27) todo aquel 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; pudiendo solicitar medidas cautelares para detener o suspender la ejecución.

En esta misma línea argumental no debemos olvidar que —desde la reforma constitucional argentina 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 Argentina (28)— y, principalmente, los Tratados Internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22 de la Constitución Argentina) (29), 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.

Estamos en presencia, de este modo, ante el fenómeno de la «Constitucionalización del Derecho Privado», razón por la cual: *la legislación ordinaria debe partir de este «sistema» para interpretar y aplicar el derecho.*

(26) Expresa la norma: «Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados».

(27) Expresa el artículo: «Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto u omisión lesiva».

(28) Esta Constitución, las leyes de la nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.

(29) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre 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 la 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; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

Como consecuencia de ello, los casos que rija la legislación del Derecho Privado 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 suscritos por la Argentina*.

Uno de los principales efectos de esta «Constitucionalización del Derecho Común» es que, precisamente, 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 ello, la interpretación y aplicación del Derecho Privado argentino no debe desatender 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*.

Así las cosas, en materia de garantías de ejecución privada o extrajudicial o sin intervención jurisdiccional, campea permanentemente la aplicación del principio de la tutela judicial efectiva, que 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, 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 jurisdicción (30).

En suma, si bien para las garantías autoliquidables la legislación común no le reconoce expresamente al garante o al deudor la facultad de oponerse cautelarmente en casos de fraude o abuso manifiestos en la ejecución privada del acreedor, dicha facultad sí resulta implícitamente a favor del ejecutado conforme a una adecuada interpretación de la Constitución Nacional y de los Tratados de Derechos Humanos suscritos por la República Argentina (31); tal como lo hemos puestos de manifiesto precedentemente.

(30) Informe 105/99 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del 29-9-1999, «caso 10.194: Palacios, Narciso-Argentina», con nota de Carlos A. BOTASSI, «Habilitación de la instancia contencioso-administrativa y derechos humanos», en *Revista La Ley*, 2000-F-594.

(31) Es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos que, en su artículo 8, reza: «*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*».

6. CONCLUSIONES

De acuerdo a la evolución histórica que hemos analizado a lo largo de estas líneas, entendemos que las garantías autoliquidables tienen su antecedente mediato en la ejecución pura del Derecho germano, luego receptada por el Derecho francés, que avalaba la *ejecución patrimonial pura sin juicio previo*; a diferencia del Derecho procesal sudamericano, que fue influenciado por el Derecho español, a su vez impregnado del sistema romano, que dio prioridad al derecho de defensa en juicio del deudor.

En efecto, siendo la característica principal de estas garantías la «persecución privada» que realiza el acreedor respecto del garante ejecutado, el Derecho romano —que confirió al deudor la posibilidad de defenderse jurisdiccionalmente en forma previa— no ha ejercido influencia en su gestación.

Por el contrario, las garantías con autoliquidación responden a la idea de pura ejecución, sin juicio previo, ni bilateralidad, ni contienda; el conocimiento judicial queda relegado para un juicio que debe promover el ejecutado y que generalmente es posterior.

Sin embargo, y pese a la realidad legislativa procesal, las garantías autoejecutables fueron (y son) una adecuada respuesta a la problemática del encarecimiento del crédito, toda vez que la postergación del ejercicio del derecho de defensa del deudor (relegado a un juicio de conocimiento amplio generalmente posterior a la ejecución) evitaría una dilación en el cobro de la acreencia e impediría que el producido resultante de la ejecución de la garantía sea «absorbido» por los gastos del proceso judicial.

De esta manera, el acreedor se vería fuertemente motivado en invertir sus recursos económicos, pues contaría con garantías que le asegurarían un rápido y menos costoso reembolso de parte de su deudor.

Estas circunstancias son las que habrían fundamentado el nacimiento de las garantías con autoejecución.

No obstante ello, y como contrapartida, de la mano de la aparición de este nuevo fenómeno en el ámbito de las garantías apareció el fantasma de la utilización abusiva o fraudulenta de los títulos ejecutivos autoliquidativos, razón que ha motivado la necesidad de pensar en instrumentos legales que lo impidan.

Tal es el caso del reconocimiento constitucional del deudor o garante autoliquidado de oponerse a la ejecución abusiva o fraudulenta mediante medidas cautelares solicitadas ante un Tribunal de Justicia; reconociéndosele en la práctica, de esta manera, el ejercicio del derecho de defensa contemplado teóricamente en la Constitución Nacional.

RESUMEN

GARANTÍAS PATRIMONIALES
EJECUCIÓN. DERECHO DE DEFENSA
DEL DEUDOR
FACULTADES DEL ACREEDOR.
CONSTITUCIÓN

De acuerdo a la evolución histórica que hemos analizado a lo largo de estas líneas, entendemos que las garantías autoliquidables tienen su antecedente mediato en la ejecución pura del Derecho germano, luego receptada por el Derecho francés, que avalaba la ejecución patrimonial pura sin juicio previo; a diferencia del Derecho procesal sudamericano, que fue influenciado por el Derecho español, a su vez impregnado del sistema romano, que dio prioridad al derecho de defensa en juicio del deudor. En efecto, siendo la característica principal de estas garantías la «persecución privada» que realiza el acreedor respecto del garante ejecutado, el Derecho romano—que confirió al deudor la posibilidad de defenderse jurisdiccionalmente en forma previa— no ha ejercido influencia en su gestación. Por el contrario, las garantías con autoliquidación responden a la idea de pura ejecución, sin juicio previo, ni bilateralidad, ni contienda; el conocimiento judicial queda relegado para un juicio que debe promover el ejecutado y que generalmente es posterior.

Sin embargo, y pese a la realidad legislativa procesal, las garantías autoejecutables fueron (y son) una adecuada respuesta a la problemática del encarecimiento del crédito, toda vez que la postergación del ejercicio del derecho de defensa del deudor (relegado a un juicio de conocimiento amplio generalmente posterior a la ejecución) evitaría una dilación en el cobro de la acreencia e impediría que el producido resultante de la ejecución de la garantía sea «absorbido» por los gastos del proceso judicial. De esta manera, el acreedor se vería fuertemente motivado

ABSTRACT

PROPERTY AS COLLATERAL
FORECLOSURE. BORROWER'S
RIGHT OF DEFENCE
LENDER'S FACULTIES.
CONSTITUTION

According to the historical evolution we have been tracing here, the understanding is that the type of collateral that is subject to automatic liquidation has its indirect forebear in German law's pure foreclosure, later passed on to French law, which featured pure foreclosure on property without prior trial. This is in counterpoint to South-American procedural law, which was influenced by Spanish law, which was in turn impregnated with the Roman system, which gave priority to the borrower's right to defence through trial. Indeed, since the main characteristic of such collateral is the lender's «private prosecution» of the surety, Roman law (which granted the borrower the possibility of defending himself in court before foreclosure) has not had an influence on its gestation. On the contrary, collateral subject to automatic liquidation is tied to the idea of pure foreclosure without prior trial, bilateralness or litigation; the court has no part to play until and unless the borrower files suit, which generally happens after foreclosure.

However, despite the realities of procedural law, automatically forecloseable collateral was (and is) a good response to the problem of the increasing dearth of credit. If the exercise of the borrower's right to defence is relegated to a broad hearing generally held after foreclosure, there will be no long waits before the lender can collect what is due, and the outcome of foreclosure will not be «eaten up» by court expenses. This way, lenders will be strongly motivated to invest their economic resources, because they will have guarantees ensuring quick, less-costly reimbursement by borrowers.

en invertir sus recursos económicos, pues contaría con garantías que le asegurarían un rápido y menos costoso reembolso de parte de su deudor.

Estas circunstancias son las que habrían fundamentado el nacimiento de las garantías con autoejecución. No obstante ello, y como contrapartida, de la mano de la aparición de este nuevo fenómeno en el ámbito de las garantías, apareció el fantasma de la utilización abusiva o fraudulenta de los títulos ejecutivos autoliquidativos, razón que ha motivado la necesidad de pensar en instrumentos legales que lo impidan. Tal es el caso del reconocimiento constitucional del deudor o garante autoliquidado de oponerse a la ejecución abusiva o fraudulenta mediante medidas cautelares solicitadas ante un Tribunal de Justicia; reconociéndosele en la práctica, de esta manera, el ejercicio del derecho de defensa contemplado teóricamente en la Constitución Nacional.

These circumstances were what probably lay behind the birth of the idea of collateral subject to automatic foreclosure. Nevertheless, on the other side of the mirror stands its evil doppelganger, the abusive or fraudulent use of automatic foreclosure writs. Their existence made it needful to design legal instruments to prevent misuse. Such is the case of the constitutional acknowledgement of the right of the borrower or surety to object to abusive or fraudulent foreclosure by petitioning a court for precautionary measures in automatic collateral liquidation. Thus, the exercise of the borrower's right of defence, envisaged in theory in the National Constitution, is acknowledged in practice.

(Trabajo recibido el 7-2-2012 y aceptado para su publicación el 27-3-2012)

La concepción y eficacia de las Autorizaciones a Proceder

por

HÉCTOR DANIEL MARÍN NARROS

Abogado

Doctor en Derecho

LLM University of California, Berkeley

SUMARIO

- I. CONCEPTO DE AUTORIZACIÓN A PROCEDER.
- II. CONCEPTO DE AUTORIZACIÓN A PROCEDER EN DERECHO ESTADOUNIDENSE.
- III. TRASLACIÓN DEL CONCEPTO DE AUTORIZACIÓN A PROCEDER AL DERECHO ESPAÑOL.
- IV. RECONOCIMIENTO DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL ESTADOUNIDENSE DE LAS AUTORIZACIONES A PROCEDER.
- V. EFECTOS DE LAS AUTORIZACIONES A PROCEDER:
 1. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LAS AUTORIZACIONES A PROCEDER EN DERECHO ESTADOUNIDENSE.
 2. EFICACIA DE LAS AUTORIZACIONES A PROCEDER EN DERECHO INGLÉS.
 3. EFECTOS DE LAS AUTORIZACIONES A PROCEDER EN OTROS ORDENAMIENTOS *Civil Law*.
 4. TRASLACIÓN DE LA EFICACIA DE LAS AUTORIZACIONES A PROCEDER AL DERECHO ESPAÑOL.
- VI. CONCLUSIONES SOBRE LAS AUTORIZACIONES A PROCEDER.
- VII. BIBLIOGRAFÍA.
- VII. JURISPRUDENCIA COMENTADA.

I. CONCEPTO DE AUTORIZACIÓN A PROCEDER

La Autorización a Proceder es una figura precontractual que se utiliza con cierta frecuencia en el tráfico jurídico español, aunque no tiene un reconocimiento expreso en nuestro ordenamiento. Por ello, hay una gran inseguridad jurídica sobre su concepto y sus efectos.

El uso de esta institución precontractual viene motivado en gran medida por la fuerte influencia de los ordenamientos *Common Law* en la contratación internacional. Consecuentemente, en este artículo se va a estudiar la configuración de las Autorizaciones a Proceder en Derecho estadounidense y su correspondiente traslación al ordenamiento español.

II. CONCEPTO DE AUTORIZACIÓN A PROCEDER EN DERECHO ESTADOUNIDENSE

En primer lugar habría que decir que, como sucede con otras figuras precontractuales, las Autorizaciones a Proceder (*Instructions to Proceed, Notice to Proceed* o *Authorizations to Proceed*) también son denominadas en algunas ocasiones como *letters of intent* en el tráfico jurídico (1).

La doctrina estadounidense ha definido las Autorizaciones a Proceder como un instrumento precontractual «donde una parte desea que un potencial socio contractual comience la ejecución antes de la firma del contrato proyectado» (2).

El aspecto distintivo de esta clase de acuerdo precontractual es que, como su propio nombre sugiere, contiene unas instrucciones de iniciar la ejecución parcial de un contrato que aún no se ha suscrito. Esta configuración implica que durante la negociación, y antes de que el contrato definitivo se haya perfeccionado, una de las partes encomienda a la otra el comienzo de la ejecución conforme a unas condiciones básicas contenidas en la Autorización a Proceder. Algunas de las estipulaciones que generalmente se contemplan son (3):

- a) Una instrucción de empezar la ejecución, autorizando el gasto necesario para ello.

(1) Por ejemplo, este es el término que se emplea en la sentencia estadounidense *Quake Construction, Inc. v. American Airlines, Inc.*

(2) En concreto, en inglés: «*where one party desires that a potential contracting partner commence performance prior to the execution of a contract*». Cfr. LAKE y DRAETTA, *Letters of Intent and other Precontractual Documents. Comparative Analysis and Forms*, Butterworths, 2.^a ed., Londres, 1994, pág. 255.

(3) Vid. LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, págs. 296 a 298, donde se contiene un ejemplo de Autorización de Proceder.

- b) El precio de la ejecución objeto de la Autorización a Proceder. Dicho precio está usualmente expresado en tarifas relacionadas con una medida de tiempo.
- c) Una limitación del objeto de la ejecución, que también está habitualmente asociado a una medida de tiempo o de coste incurrido.
- d) Una limitación de la responsabilidad en la que puede incurrir la parte que asume la obligación de ejecutar conforme a la Autorización a Proceder.
- e) La deducción de las cantidades que se pagarán al amparo de la Autorización a Proceder de las cantidades que se adeudarán en virtud del contrato definitivo. Aunque este aspecto también puede recogerse en el contrato proyectado.
- f) La deducción del plazo de ejecución empleado en la Autorización a Proceder del plazo de ejecución que se establecerá en el contrato final. Esta particularidad también puede contemplarse en el contrato definitivo.
- g) Las condiciones de resolución y extinción de la Autorización a Proceder. En este sentido, se suele vincular la extinción automática de la Autorización a Proceder a la celebración del futuro contrato, o a la cancelación del proyecto por parte del cliente final.

Frecuentemente, muchos de los aspectos del contrato definitivo no se establecen en la Autorización a Proceder. Por ejemplo, la regulación de las correspondientes penalizaciones o penalidades por incumplimientos (4). No obstante, los usos del comercio pueden aplicarse para interpretar las posibles lagunas de las Autorizaciones a Proceder.

Este tipo de acuerdo precontractual se utiliza habitualmente en algunos sectores, como el de la construcción (5), en un contexto en el que suelen concurrir las siguientes circunstancias:

- a) Una parte ha sido adjudicada a un contrato. Usualmente el contrato es adjudicado por una institución pública.
- b) En virtud del contrato adjudicado, esa parte debe terminar la ejecución en un plazo concreto, constituyendo el cumplimiento del plazo una obligación esencial del mismo.
- c) El adjudicatario necesita subcontratar parte de los trabajos.

(4) A estos efectos, conviene recordar que el término *liquidated damages* responde al concepto de cláusula penal del artículo 1.152 del Código Civil, sustituyendo a los daños causados por el incumplimiento cuando: i) el daño sea difícil de calcular; ii) la compensación se fije en función del incumplimiento de forma razonable. Vid. ROHWER y SKROCKI, *Contracts*, 6.^a ed., Thompson, USA, 2006, págs. 439 a 442. Aunque al igual que sucede en Derecho español, también se pueden configurar como penalizaciones, no sustituyendo la penalización a los daños que se pueden reclamar por el incumplimiento. En ese caso suelen llamarse *penalties*.

(5) Vid. LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, pág. 108.

- d) El proyecto es complejo y los contratos del proyecto requieren una larga negociación.

Consecuentemente, el contexto típico de las Autorizaciones a Proceder son contratos relacionados con licitaciones públicas entre el contratista principal y los subcontratistas. El consiguiente traspaso de los requisitos y responsabilidades del contrato principal al subcontratista tiene que realizarse caso a caso (6). Esto usualmente requiere una larga y compleja negociación. Pero la institución pública está interesada en una ejecución a corto plazo. Por esa razón, es relevante que la ejecución de los trabajos comience aunque aspectos importantes del contrato definitivo no hayan sido determinados.

Conforme a lo expuesto, una Autorización a Proceder no es un Acuerdo de Intenciones (*Agreement to Negotiate*) (7), porque las Autorizaciones a Proceder no regulan el proceso de negociación. La Autorización a Proceder establece los términos básicos de la ejecución parcial objeto de la misma.

El principal aspecto controvertido de estos acuerdos precontractuales es si la ejecución parcial faculta a reclamar una compensación al amparo del contrato proyectado (*recovery*), o si se entiende que el contrato definitivo se ha perfeccionado aunque este no haya sido firmado (*restitution*) (8). Uno de los principales elementos que provoca la referida controversia en ambos asuntos es que las Autorizaciones a Proceder pueden ser extremadamente vagas en algunos aspectos y muy concretas en otros (9).

Obviamente, cada Autorización a Proceder debe analizarse individualmente teniendo en cuenta su texto y sus circunstancias. Pero generalmente puede decirse que una Autorización a Proceder se distingue del contrato definitivo en que ambos tienen diferentes objetos, siendo la primera un instrumento precontractual previo que facilita la conclusión del contrato final. Aunque a estos efectos conviene tener en cuenta que la Autorización a Proceder, a diferencia de los Precontractos (*Agreement to Agree*), no contempla la obligación de celebrar un contrato proyectado. La Autorización a Proceder se limita a regular los términos y condiciones de la ejecución parcial en ella prevista. No obstante, y en consonancia con lo que se ha señalado previamente, las Autorizaciones a Proceder suelen extinguirse automáticamente con la perfección del contrato definitivo (10). Por consiguiente, no hay voluntad de las partes de vincularse

(6) Dicha adaptación se le suele llamar *flow down* o *back to back*.

(7) Vid. LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, pág. 256.

(8) Vid. LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, pág. 255.

(9) Esta contradicción está bien ilustrada en la sentencia estadounidense *Quake Construction, Inc. v. American Airlines, Inc.*

(10) Esta conclusión está recogida en el voto particular del juez Ramos en la sentencia estadounidense *Quake Construction, Inc. v. American Airlines, Inc.*

respecto a dicho contrato definitivo, sino sobre la ejecución parcial objeto de la Autorización a Proceder.

Conforme a lo anteriormente explicado, en Derecho estadounidense las Autorizaciones a Proceder son, en sí mismas, contratos ejecutables judicialmente (*enforceable contracts*) (11), que establecen obligaciones específicas para las partes (12). En este sentido, para la jurisprudencia estadounidense la ejecución parcial es un elemento relevante para determinar si las partes quisieron obligarse contractualmente (13).

A este respecto, convendría mencionar que aunque el requerimiento de los sistemas *Civil Law* sobre la concurrencia de unos determinados elementos esenciales para la existencia de un contrato no es directamente extrapolable a los ordenamientos *Common Law* (14), se constata como las Autorizaciones a Proceder tienen consentimiento (*consent*), causa (*consideration*) y objeto (*subject matter*). Así, el objeto es la ejecución parcial contemplada en ellos. La causa es la promesa de compensación que induce a la otra parte a confiar en ella (15). El consentimiento es la asunción por las partes de las obligaciones y derechos establecidos en la Autorización a Proceder.

Por lo tanto, en Derecho estadounidense las Autorizaciones a Proceder son contratos ejecutables que establecen los términos y condiciones básicos de la ejecución parcial, que se requiere dentro de un proyecto complejo para satisfacer los plazos exigidos en el mismo. En este sentido, las Autorizaciones a Proceder se suscriben mientras las partes están negociando el contrato definitivo del referido proyecto.

III. TRASLACIÓN DEL CONCEPTO DE AUTORIZACIÓN A PROCEDER AL DERECHO ESPAÑOL

Como se ha explicado anteriormente, la Autorización a Proceder consta de un objeto (la ejecución parcial), una causa (la correspondiente promesa de contraprestación para cada parte), y un consentimiento (la válida aceptación de las partes del objeto y la causa). En efecto, las partes acuerdan la ejecución parcial de un proyecto según unas condiciones básicas que incluyen los respectivos plazos de ejecución. Tal objeto es lo suficientemente cierto

(11) Vid. DÍEZ-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES MORENO, *Los Principios de Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 179.

(12) Vid. LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, pág. 256.

(13) Vid. *Winston v. Mediafare Entertainment Corp.*; *Blanton Enterprises, Inc. v. Burger King Corp.*, y LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, pág. 109.

(14) Vid. DÍEZ-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES MORENO, *op. cit.*, pág. 179.

(15) Vid. FLETCHER y SHEPPARD, *American Law in a Global Context*, Oxford University Press, Nueva York, 2005, págs. 398 y sigs.

y determinado como para satisfacer lo requerido por los preceptos 1.271 a 1.273 del Código Civil. Siguiendo lo dispuesto en el artículo 1.274 del Código Civil, la causa de este contrato oneroso estaría compuesta por la promesa de ejecución por un lado, y por la promesa de compensación por otro. Conforme al precepto 1.262 del Código Civil, el consentimiento sería la aceptación libre y voluntaria del objeto y causa anteriormente descritos. Consecuentemente, en Derecho español las Autorizaciones a Proceder serían contratos según el artículo 1.261 del Código Civil.

La práctica del tráfico jurídico español no difiere de la estadounidense respecto al contenido de las Autorizaciones a Proceder y el contexto en las que estas se celebran. Por lo tanto, el contenido y el contexto previamente descritos también serían aplicables al ordenamiento español. Así, las Autorizaciones a Proceder se suelen utilizar frecuentemente en proyectos relacionados con licitaciones públicas, en los que debido a la importancia del cumplimiento de los plazos y a la complejidad del proyecto, es necesario iniciar la ejecución antes de que se suscriba el contrato definitivo. En consonancia con dicho contenido y contexto, la función de las Autorizaciones a Proceder ha sido calificada por parte de la doctrina como «para-contractual», en el sentido de que, «por la razón que sea, los términos completos del acuerdo no pueden ser cerrados en un plazo perentorio para las partes, debiéndose contentarse estas con “consolidar” la parte ya acordada (que puede ser precisamente la parte más importante) y remitirse para lo demás a una obligación mutua de seguir negociando» (16).

Según lo previamente expuesto, el contenido contractual generalmente está integrado por:

- a) Una instrucción del comienzo de la ejecución. Esta instrucción constituiría la confirmación de la contratación de la ejecución parcial. A este respecto hay que recordar que la voluntad de las partes no es vincularse en cuanto al objeto del contrato definitivo. La instrucción también supone la autorización que sea necesaria para ejecutar los trabajos (17).
- b) Fijación del plazo de ejecución. Comúnmente la finalización del plazo se asocia con una determinada cantidad de gastos incurridos o con el lapso de un concreto periodo temporal.
- c) La autorización a incurrir en gastos. Frecuentemente no se establece un precio cerrado por la ejecución parcial. Entre otras cosas porque tampoco están tan determinados los trabajos a realizar al amparo de la Autorización a Proceder. Aunque el término habitualmente utilizado es

(16) Vid. CARRASCO PERERA, «Las cartas de intenciones», en *Fusiones y adquisiciones de empresas*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2004, pág. 90.

(17) Dicha autorización puede ser necesaria en varios supuestos, como en los casos en que los trabajos se realicen en la propiedad de quien emita la instrucción del comienzo de los trabajos como consecuencia, entre otros, del artículo 348 del Código Civil.

de «gastos», las Autorizaciones a Proceder sí se basan frecuentemente en unas tarifas acordadas respecto a los trabajos a realizar que incluyen el beneficio empresarial. Pero al ser tarifas, la compensación a pagar depende de los trabajos efectivamente realizados. Entonces, se podría decir que el precio por la ejecución parcial comúnmente es determinable pero no determinado.

- d) Una limitación de responsabilidad contractual. Cada vez es más frecuente que las partes intenten limitar la responsabilidad en la que pueden incurrir por incumplir el contrato.
- e) La deducción del plazo de ejecución de la Autorización a Proceder del acordado en el contrato definitivo. En este sentido, lo que se pretende evitar es que el subcontratista disponga de un plazo adicional. Hay que tener en cuenta que una de las principales razones para suscribir la Autorización a Proceder es la dificultad de cumplir los plazos. Esta deducción generalmente también se contempla en el contrato definitivo. La finalidad de prever la mencionada deducción con carácter previo es precisamente vincular a las partes sobre este aspecto antes de que se celebre el contrato final, impidiendo que las partes se retracten sobre los plazos de ejecución acordados y que nuevamente se tenga que negociar sobre los mismos.
- f) La deducción de lo abonado en virtud de la Autorización a Proceder de lo que se deberá pagar al amparo del contrato definitivo. En efecto, los trabajos objeto de la Autorización a Proceder formarán parte del objeto del futuro contrato. En consecuencia, lo que se pretende con esta cláusula es evitar una doble compensación por el mismo trabajo. Como sucede en el caso de los plazos, esta particularidad sobre los pagos suele estipularse igualmente en el contrato definitivo. El objetivo nuevamente es vincular a las partes con anterioridad para evitar que se desvinculen de lo acordado, teniéndose que renegociar el precio de los trabajos.
- g) Las condiciones de extinción de la Autorización a Proceder. Usualmente se contempla de forma innecesaria la facultad de resolver la Autorización a Proceder en caso de incumplimiento grave de la otra parte. Esta previsión es innecesaria porque dicha facultad ya está recogida en el precepto 1.124 del Código Civil. Además, se suele establecer que la Autorización a Proceder se extingue automáticamente al celebrarse el contrato definitivo o cuando se resuelva el contrato principal por parte de la entidad pública (18).

(18) Cláusula que responde al riesgo que afronta el contratista principal por la prerrogativa de la entidad pública de poder resolver unilateralmente el contrato al amparo del artículo 194 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Habitualmente las partes son suficientemente sofisticadas y prevén que la resolución de la Autorización a

De lo expuesto, puede constatarse que muchos aspectos importantes del contrato definitivo y de la relación contractual, como son las recepciones de los trabajos, la forma de pago o el mecanismo de resolución de disputas, no se estipulan en la Autorización a Proceder. Estas omisiones, junto con el objeto de la Autorización a Proceder, permiten inferir la clara voluntad de las partes de no estar vinculadas por el contrato final que aún no han suscrito.

A su vez, puede observarse como hay una cierta vinculación entre el contrato definitivo y la Autorización a Proceder en cuanto al objeto y la vigencia. Así, el contrato definitivo retrotraería sus efectos a la fecha de celebración de la Autorización a Proceder, deduciéndose correlativamente las cantidades abonadas y los plazos empleados en la Autorización a Proceder. Aunque tal vinculación no supone en ningún caso que la Autorización a Proceder implique una obligación de celebrar el contrato definitivo, porque las partes no han asumido tal obligación dentro del clausulado de la Autorización a Proceder. Así, la voluntad de las partes conforme a dicho clausulado, los actos posteriores y el contexto, es de vincularse solo respecto a lo acordado en la Autorización a Proceder. En caso contrario, las partes habrían concluido directamente el contrato definitivo. Como previamente se ha apuntado, la indeterminación de los elementos esenciales del contrato definitivo no permite considerar que este se ha perfeccionado. Además, el objeto de la Autorización a Proceder es una parte del objeto del contrato final, generalmente delimitado por un plazo o una cantidad de gasto. Por consiguiente, la Autorización a Proceder tiene un objeto distinto del contrato definitivo. Aunque la Autorización a Proceder también puede considerarse parte integrante de los tratos preliminares del contrato proyectado, puesto que se celebra en las negociaciones sobre su conclusión (19).

En consonancia con lo anterior, hay que matizar que en la mayoría de los casos donde hay Autorizaciones a Proceder suele concluirse el contrato definitivo. Entre otras razones, porque en la práctica resulta más costoso y complicado contratar con un tercero la parte de los trabajos no cubiertos en la Autorización a Proceder. Por un lado, por los costes que ya se han incurrido en las negociaciones y en la ejecución de la otra parte. Por otro lado, porque supone empezar de nuevo el proyecto respecto a ese tercero. Aunque hay que tener en cuenta que este ejercicio también esconde en algunos casos una práctica que, según la doctrina y la jurisprudencia estadounidense, debería considerarse ilegal: abusar de los costes de negociación en los que ha incurrido la otra parte (20). Limitación que podría aplicarse en Derecho español mediante figuras

Proceder tendrá lugar cuando la resolución del contrato principal recaiga sobre el objeto de la Autorización a Proceder, asumiendo el subcontratista las consecuencias que se acuerden respecto a la resolución del contrato principal.

(19) Cfr. LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, pág. 108.

(20) Vid. *Venture Associates Corp. v. Zenith Data Systems Corp.*, y SCHWARTZ y SCOTT, «Precontractual Liability and Preliminary Agreements», en *Harvard Law Review*, núm. 120, 2007, pág. 703.

como el abuso de derecho del artículo 7.2 del Código Civil o la doctrina de los actos propios (21).

En este sentido, también es curioso constatar como en la práctica del tráfico jurídico, las Autorizaciones a Proceder no suelen contemplar la posibilidad de que el contrato definitivo no se concluya. Esta previsión sí se recoge con cierta frecuencia en Derecho estadounidense (22). Esta omisión seguramente es una consecuencia del temor de negociar la posibilidad de que el contrato definitivo no se celebre y de la dificultad de acordar las correspondientes consecuencias. En efecto, desde un punto de vista comercial, suele ser poco recomendable discutir sobre la posibilidad del fracaso de las negociaciones. Pero, desde una perspectiva jurídica, esa es la mejor forma de conseguir certidumbre jurídica sobre los efectos de tal fracaso. Normalmente las decisiones dentro de los operadores del tráfico jurídico la toman personas con un perfil comercial, contando con el asesoramiento de sus respectivos departamentos legales. La consecuencia de esta estructura organizativa es que los intereses comerciales suelen primar sobre los jurídicos. Por lo tanto, el hecho de que no se regule la posibilidad de que no se celebre el contrato definitivo, no debería interpretarse como un indicio de que la voluntad de las partes era estar vinculadas por un contrato que no han suscrito. Y es que la voluntad de las partes es precisamente la contraria por todos los factores que anteriormente se han explicado.

Por consiguiente, podría concluirse que en Derecho español las Autorizaciones a Proceder son contratos independientes y autónomos, aunque estén asociados a un proyecto mayor y su correspondiente contrato. En virtud de las Autorizaciones a Proceder, una parte asume iniciar la ejecución de una porción de ese proyecto conforme a unas condiciones determinadas, y la otra parte se obliga a abonar la correspondiente compensación por dicha ejecución.

IV. RECONOCIMIENTO DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL ESTADOUNIDENSE DE LAS AUTORIZACIONES A PROCEDER

Como se ha anticipado previamente, tanto la doctrina como la jurisprudencia estadounidense se han pronunciado expresamente sobre las Autorizaciones a Proceder. Así los autores LAKE y DRAETTA definen las Autorizaciones a Proceder como «una *letter of intent* en la que una parte requiere a otra comenzar la ejecución de un contrato que está siendo negociado» (23). Según estos autores,

(21) Reconocida jurisprudencialmente en multitud de sentencias como las SSTS de 25 de octubre de 2000 y de 4 de noviembre de 2008.

(22) Vid. FARNSWORTH, «Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations», en *Columbia Law Review*, núm. 87, 1978, pág. 252.

(23) En concreto en inglés «*letters of intent one party request the other party to commence performance of a contract under negotiation*». A pesar de utilizar el término *letter of*

las Autorizaciones a Proceder se suelen emplear en determinados sectores de actividad industrial, como el de la construcción.

Otros autores, como el profesor FARNSWORTH, denominan a este tipo de acuerdos, *stop-gap agreements* (24). Tales acuerdos, según FARNSWORTH, se suelen suscribir mientras las partes están negociando un contrato de obra. Estos acuerdos no dejarían términos abiertos para ser negociados posteriormente. Aunque en posible contradicción con dicha conclusión, el citado autor sostiene que estos acuerdos pertenecen al régimen de los tratos preliminares. Esta proposición parece equivocada porque, conforme se ha explicado, las Autorizaciones a Proceder contienen todos los elementos para ser consideradas contratos, tanto en Derecho estadounidense como en Derecho español.

Los tribunales estadounidenses también se han pronunciado expresamente sobre las Autorizaciones a Proceder. Al respecto hay cuatro sentencias especialmente ilustrativas que van a ser analizadas con detenimiento en este artículo: *Frank Horton & Co. v. Cook Electric Co.*, *Green v. Interstate United Management Services Corp.*, *Quake Construction v. American Airlines* y *Marshall Contractors, Inc. v. Brown University*. Dicho estudio va a realizarse siguiendo el patrón estadounidense que analiza con detalle los hechos y el razonamiento del tribunal.

En la sentencia *Frank Horton & Co. v. Cook Electric Co.*, el tribunal concluyó que una *letter of intent* (en lo sucesivo, «el Acuerdo»), era un contrato. Tal *letter of intent* era una Autorización a Proceder según lo propuesto en este artículo (25). En este caso, Cook (el demandado), participó en tres licitaciones públicas para la construcción de un sistema de comunicaciones en las instalaciones de misiles de las Fuerzas Aéreas estadounidenses en Lincoln, Beale y Larson (en lo sucesivo, «los proyectos»). Horton (el demandante), se encargaba

intent, estos autores reconocen que estos documentos se denominan *instructions to proceed* o *authority to proceed*. Cfr. LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, pág. 108.

(24) Cfr. FARNSWORTH, *op. cit.*, pág. 252.

(25) En particular el Acuerdo decía: «*This Letter of Intent is issued in anticipation of the execution of a definitive construction contract for cable placement and materials between the Cook Electric Company, represented by * * * [ACE] and the Frank Horton Company pursuant to which the Contractor shall furnish certain construction services and materials as may be required, in accordance with previously accepted fixed price offers by ACE * * * relative to the missile intercommunication systems for the Larson, Lincoln and Beale complexes. It is contemplated that our contract with your Firm will be executed within 60 days. However, in order to meet the requirements of the time schedule, it is recognized that the necessary equipment readying and subsequent movement thereof to Site locations be taken at this time to insure prompt delivery of the cable construction services and materials in the amounts shown... Union labor will be required on the job, and the Contractor will be required to guarantee such work with the International Brotherhood of Electrical Workers at both International and Local levels... In accepting this Letter of Intent, it is understood that the Contractor is bound by the same terms and provisions governing ACE under Contract...Please indicate your acceptance of the above terms by reply letter*». Cfr. *Frank Horton & Co. v. Cook Electric Co.*

de la instalación subterránea del cableado de comunicación. Horton presentó sus ofertas de subcontratación de dichos trabajos a Cook para los proyectos mencionados.

Cook recibió tales ofertas y envió el Acuerdo a Horton. Horton lo suscribió y empezó a trabajar. Entonces, Cook envió una nueva carta confirmando el precio y la inclusión de los trabajos de Horton en sus ofertas al Gobierno estadounidense para los proyectos. Horton era por tanto un subcontratista nominado en los proyectos. Cook también envió un telegrama insistiendo en la necesidad de alcanzar unos acuerdos con los sindicatos locales en determinadas fechas. Posteriormente, Cook notificó a Horton que estaba incumpliendo la obligación de alcanzar dichos acuerdos y le concedió un periodo de gracia. Horton intentó celebrar los referidos acuerdos con los sindicatos locales.

Mientras tanto, Cook fue informado que otra compañía iba a ser adjudicataria de uno de los contratos de los Proyectos e intercambió una oferta telegráfica, *letter of intent* y la correspondiente aceptación para los trabajos del cableado subterráneo de los tres proyectos. Después, Horton consiguió suscribir los acuerdos con los sindicatos locales, pero cuando Cook intentó confirmar tales celebraciones con los sindicatos locales, estos contestaron que dichos acuerdos no habían sido concluidos. Posteriormente, Cook resolvió la relación contractual con Horton y no permitió a Horton continuar con los trabajos.

El tribunal de primera instancia determinó que existía un contrato legalmente vinculante entre Cook y Horton. El Tribunal estimó que Cook había resuelto sin justa causa y concedió una compensación por los daños. Cook recurrió argumentando que tal contrato no se había perfeccionado porque no había habido consentimiento. Según Cook únicamente había habido unos tratos preliminares de un posible contrato formal.

En segunda instancia el tribunal concluyó que el Acuerdo era un contrato. Al respecto el tribunal consideró que:

- a) Había una oferta de Horton sobre los trabajos y una aceptación de Cook.
- b) El Acuerdo además indicaba el tiempo, el lugar y la forma en la que debían ejecutarse los trabajos.
- c) El Acuerdo incorporaba el contenido contractual del contrato principal entre Horton y el Gobierno mediante una referencia al mismo.
- d) Horton comenzó la ejecución sin oposición de Cook tras la firma del Acuerdo.
- e) El contrato definitivo se basaría en los términos y condiciones del Acuerdo.

Además, el tribunal precisó que el hecho de que un acuerdo precontractual contemple la suscripción de un contrato futuro, no impide que el acuerdo sea un contrato en sí mismo cuando contiene los elementos requeridos a todo contrato.

En consecuencia, esta sentencia refleja como los tribunales estadounidenses entienden que las Autorizaciones a Proceder son contratos autónomos cuyo incumplimiento puede generar una condena a compensar los daños y perjuicios originados.

Otras sentencias se pronuncian de la misma forma, como *Saul Bass & Associates v. United States* o *Green v. Interstate United Management Services Corp.* En la última sentencia citada, Interstate (la demandada), comenzó unas negociaciones con Green (el demandante), para la construcción y arrendamiento de unas instalaciones industriales de preparación de comida en los suburbios de Pittsburgh. Green presentó una oferta para construir dichas instalaciones en una ubicación alternativa en North Versailles Township. Green alegó que siguiendo una autorización de Interstate, Green y sus socios adquirieron una opción de compra sobre tal ubicación. En una carta posterior, Interstate indicó que ellos aceptarían la oferta de Green para la construcción y arrendamiento de las instalaciones en el sitio alternativo, e instaron a Green a intentar comprar (26) dicho terreno.

Siguiendo lo indicado en la carta, Green celebró acuerdos para adquirir el terreno y financiar el proyecto. Green alegó que representantes de Interstate aprobaron oralmente el acuerdo de arrendamiento que Green les envió. Después de una evaluación independiente del proyecto, Interstate concluyó que el arrendamiento no era aceptable y rechazó su aprobación. Entonces Interstate se negó a firmar el contrato de arrendamiento.

En este caso el tribunal de segunda instancia falló a favor de Green confirmando su derecho a compensación al amparo de la relación contractual que había entre las partes. El tribunal limitó la compensación al daño emergente (*reliance damages*). Consecuentemente, el tribunal consideró que la Autorización a Proceder era un contrato y otorgó a la parte agraviada la indemnización correspondiente a cualquier incumplimiento contractual.

Las consecuencias jurídicas pueden ser diferentes cuando, a pesar de que la Autorización a Proceder se ha suscrito, la ejecución no se ha iniciado. En esos casos, la fuerte presunción de que existe un contrato no se aplica (27). Ese es el caso de la sentencia *Quake Construction v. American Airlines*. En esta disputa, American Airlines (la demandada), contrató a Jones para preparar las especificaciones de la licitación (28), aceptar la correspondiente oferta y adjudicar el contrato para el proyecto de expansión de las instalaciones de American Airlines en el aeropuerto internacional O'Hare. Quake (el demandante), recibió una invi-

(26) En concreto en inglés «*pursue acquisition*».

(27) Vid. LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, pág. 109.

(28) Lo que sería el equivalente al pliego de cláusulas administrativas particulares y al pliego de prescripciones técnicas de los artículos 99 y 100 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

tación a participar en la licitación respecto a las instalaciones de los empleados y a la tienda de mantenimiento automotriz. Quake presentó sus ofertas. Jones comunicó oralmente a Quake que le había sido adjudicado el contrato para dicha parte del proyecto y requirió a Quake que le suministrará el número de licencia de los subcontratistas que fuera a utilizar en el proyecto. Quake notificó a Jones que sus subcontratistas no permitirían que se usaran sus números de licencia si no se les presentaba el correspondiente subcontrato firmado. Para inducir a Quake a concluir dichos subcontratos y a sus subcontratistas a proporcionar sus números de licencia, Jones envió a Quake una *letter of intent* con instrucciones a proceder (29), (en adelante, «la *Letter*»).

La *Letter* contenía una cláusula de resolución. Muchos detalles del proyecto se regulaban en la *Letter*. La *Letter* incorporaba al contenido contractual por referencia determinados documentos que establecían más detalles del proyecto. Se mantuvieron posteriores negociaciones y algunos cambios sobre el proyecto fueron acordados. Sin embargo, ningún contrato formal se suscribió entre las partes. Poco después, American Airlines informó a Quake que su participación en el proyecto había terminado. Jones confirmó dicha comunicación.

(29) En concreto el citado documento decía: «We have elected to award the contract for the subject project to your firm as we discussed on April 15, 1985. A contract agreement outlining the detailed terms and conditions is being prepared and will be available for your signature shortly.

Your scope of work as the general contractor includes the complete installation of expanded lunchroom, restroom and locker facilities for American Airlines employees as well as an expansion of American Airlines existing Automotive Maintenance Shop. The project is located on the lower level of "K" Concourse. A sixty (60) calendar day period shall be allowed for the construction of the locker room, lunchroom and restroom area beginning the week of April 22, 1985. The entire project shall be complete by August 15, 1985.

Subject to negotiated modifications for exterior hollow metal doors and interior ceramic floor tile material as discussed, this notice of award authorizes the work set forth in the following documents at a lump sum price of \$1,060,568.00.

- a) Jones Brothers Invitation to Bid dated March 19, 1985.
- b) Specifications as listed in the Invitation to Bid.
- c) Drawings as listed in the Invitation to Bid.
- d) Bid Addendum # 1 dated March 29, 1985.

Quake Construction Inc. shall provide evidence of liability insurance in the amount of \$5,000,000 umbrella coverage and 100 per 100 performance and payment bond to Jones Brothers Construction Corporation before commencement of the work. The contract shall include MBE, WBE and EEO goals as established by your bid proposal. Accomplishment of the City of Chicago's residency goals as cited in the Invitation to Bid is also required. As agreed, certificates of commitment from those MBE firms designated on your proposal modification submitted April 13, 1985, shall be provided to Jones Brothers Construction Corporation.

Jones Brothers Construction Corporation reserves the right to cancel this letter of intent if the parties cannot agree on a fully executed subcontract agreement». Cfr. *Quake Construction v. American Airlines*.

En este caso el Tribunal Supremo del Estado de Illinois sostuvo que aunque la voluntad de las partes era ambigua, la *Letter* era vinculante, pero la concreta voluntad de las partes debía determinarse en un nuevo juicio por el juzgado de primera instancia (30). Dicho tribunal también matizó que una Autorización a Proceder puede contener una condición suspensiva o resolutoria, por lo que en esos casos la Autorización a Proceder podría ser ineficaz a pesar de ser un contrato. Curiosamente, el Tribunal no se pronunció de forma definitiva sobre si la *Letter* era un contrato.

Tal aspecto era analizado por el voto particular del juez Stamos, quien sostenía que la *Letter* podría interpretarse como un contrato que obligaba a negociar (31).

Esta sentencia es interesante porque ni la sentencia del Tribunal Supremo del Estado de Illinois, ni la de los tribunales de primera y segunda instancia, excluyeron la posibilidad de que la Autorización a Proceder fuera un contrato vinculante, o que la parte agraviada tuviera derecho a ser compensada aunque la ejecución prevista en la Autorización a Proceder no se había iniciado. Además, esta sentencia permite constatar el contexto y la naturaleza de las Autorizaciones a Proceder en el tráfico jurídico estadounidense.

Otro caso ilustrativo sobre las Autorizaciones a Proceder y sus efectos es la sentencia *Marshall Contractors, Inc. v. Brown University*. En este caso el Tribunal Supremo de Rhode Island fue el que resolvió un litigio que surgió en torno a una Autorización a Proceder.

El demandado, Brown University (en adelante, «Brown»), solicitó al demandante, Marshall Contractors, Inc. (en lo sucesivo, «Marshall»), y a otros tres potenciales contratistas, presentar ofertas para el diseño y construcción de una nueva facultad de la universidad.

La oferta de Marshall fue seleccionada por Brown, quien autorizó a Marshall a proceder con el desarrollo del diseño de su oferta y a empezar los trabajos en la universidad a pesar de que no se había suscrito contrato alguno. Por lo tanto, este documento es acorde con el concepto de Autorización a Proceder propuesto en este artículo.

Se realizaron los planes finales del diseño de la construcción y Brown informó a Marshall de su intención de suscribir un contrato por un importe de \$ 6.988.114. Posteriormente Brown autorizó a Marshall a proceder con la construcción e incorporó cambios a los planes de construcción que incrementaron la base de la compensación a \$ 7.157.051. Además, Brown listó los trabajos que

(30) El respectivo *District Court*.

(31) Aunque debe de precisarse que el juez Stamos consideraba esta Autorización a Proceder como un contrato que contenía la obligación de negociar a pesar de que la *Letter* no recogía ninguna cláusula en ese sentido. A su vez, el juez Stamos se planteaba si la *Letter* podía ser un contrato sujeto a condición resolutoria. Cfr. *Quake Construction v. American Airlines*.

fueron aceptados o acordados, manifestando que «cualquier cambio sobre lo acordado supone una petición de modificación del futuro contrato» (32). Pero posteriormente se produjeron comunicaciones entre las partes señalando las áreas de desacuerdo y sometiendo la conclusión del contrato al acuerdo sobre los aspectos controvertidos.

Peticiones de cambio fueron enviadas por Marshall. Hubo un constante desacuerdo sobre el alcance del objeto del proyecto, pero la construcción continuó sin interrupción. Las partes no celebraron el contrato proyectado y Marshall demandó a Brown reclamando la compensación por los trabajos que no estaban incluidos en el alcance original del proyecto. Marshall alegó enriquecimiento injusto, *quantum meruit* (la doctrina de *restitution* para los servicios), mala fe y coacciones.

El Tribunal se centró en la cuestión sobre si el Juzgado de Primera Instancia erró en su conclusión sobre la existencia de un contrato implícito (*implied-in-fact contract*). El Tribunal definió el concepto de contrato implícito como «una forma expresa de contrato en la que los elementos del contrato se encuentran y están determinados por las relaciones y las comunicaciones entre las partes, en vez de en un único documento escrito» (33). En consonancia con el referido concepto, el Tribunal indicó que la principal diferencia entre un contrato expreso y uno implícito es la forma en que se manifiesta el consentimiento.

El Tribunal concluyó que no había un contrato implícito entre las partes por tres razones. Primero, las comunicaciones entre las partes, incluyendo la Autorización a Proceder, contemplaban una negociación y no un contrato definitivo. Segundo, los continuos desacuerdos entre las partes sobre el alcance del proyecto, que era manifiesto por las comunicaciones entre ellas, impedían la posibilidad de que se hubiera producido un consentimiento. Tercero, el Tribunal consideró inconcebible que las partes hubieran suscrito un contrato tan complejo por su naturaleza y por un importe tan grande sin haber acordado previamente el alcance de su objeto.

Este caso es interesante por varias razones. La sentencia refleja como el concepto sugerido de Autorización a Proceder es utilizado en el tráfico jurídico estadounidense. En este sentido, la sentencia clarifica que la existencia de una Autorización a Proceder, aceptada y ejecutada, no implica que se haya concluido, ni siquiera de forma implícita, el contrato definitivo. A su vez, esta sentencia muestra como los tribunales distinguen las Autorizaciones a Proceder de los contratos definitivos.

(32) En concreto en inglés «any changes from this point shall become a Change Order to the forthcoming contract».

(33) Así, en inglés «form of express contract wherein the elements of the contract are found in and determined from the relations of, and the communications between the parties, rather than for a single expressed written document».

De la doctrina y jurisprudencia estadounidenses expuestas, puede concluirse que ambas reconocen que las Autorizaciones a Proceder son contratos independientes con su propia eficacia contractual distinta de la del contrato definitivo.

V. EFECTOS DE LAS AUTORIZACIONES A PROCEDER

1. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LAS AUTORIZACIONES A PROCEDER EN DERECHO ESTADOUNIDENSE

Los efectos de las Autorizaciones a Proceder han sido resumidos por parte de la doctrina en dos consecuencias jurídicas. Por un lado, la Autorización a Proceder puede interpretarse en algunos y excepcionales casos como la suscripción del contrato final. Por otro lado, el trabajo realizado puede compensarse aunque el contrato proyectado no se celebre (34). No obstante, la eficacia de las Autorizaciones a Proceder en Derecho estadounidense es compleja y depende de varios factores que van a ser analizados a continuación.

Según lo expuesto, las Autorizaciones a Proceder son contratos. Las principales cuestiones sobre las Autorizaciones a Proceder giran en torno al ámbito de su eficacia y la interpretación de los aspectos abiertos o no regulados en la Autorización a Proceder. El hecho de que existan elementos abiertos o no regulados, no excluye la consideración de las Autorizaciones a Proceder como contratos plenamente vinculantes y ejecutables, conforme a la tendencia actual de colmar las lagunas seguida por la jurisprudencia estadounidense y por relevantes fuentes secundarias (*secondary sources*) como el *Uniform Commercial Code* (35).

El hecho de que las Autorizaciones a Proceder sean contratos plenamente vinculantes y eficaces, no implica que puedan ser interpretados como el contrato definitivo al que puede aludirse en la Autorización a Proceder (salvo que la tendencia anteriormente mencionada de colmar lagunas se aplique de forma extrema y en contradicción con la voluntad de las partes y la naturaleza de las Autorizaciones a Proceder explicadas en este artículo). El contrato proyectado y la Autorización a Proceder son diferentes contratos y deben ser tratados de distinta manera. Aunque algunos autores como LAKE y DRAETTA entienden que el inicio de la ejecución debe interpretarse como la suscripción del contrato definitivo (36). Las Autorizaciones a Proceder son contratos vinculantes y eficaces que tienen un único objetivo: comenzar la ejecución de unos trabajos que serán

(34) Cfr. LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, pág. 109.

(35) En este sentido, FARNSWORTH indica que hay una creciente tendencia judicial a aceptar términos abiertos sobre una sorprendentemente gran variedad de aspectos. Cfr. FARNSWORTH, *op. cit.*, págs. 246 y 247.

(36) Cfr. LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, pág. 109.

objeto de un futuro contrato conforme a unos términos y condiciones básicos. Pero dichos términos y condiciones se refieren a la ejecución parcial y no al acuerdo total que es necesario para celebrar el contrato definitivo.

Sin embargo, hay un posible escenario en el que el contrato definitivo y la Autorización a Proceder parecen coincidir: cuando las partes suscriben una Autorización a Proceder, los trabajos han sido completamente ejecutados, pero las partes no han concluido el contrato definitivo. Incluso en esas circunstancias, se podría diferenciar la Autorización a Proceder y el contrato definitivo. En esos casos, puede que los tribunales estadounidenses determinen que el contrato definitivo existe, pero no debido a que la Autorización a Proceder se firmó. Los tribunales en estos supuestos alcanzarán dicha conclusión porque el contrato final (es decir, los trabajos completos), han sido totalmente ejecutados sin la oposición de la parte que posteriormente está argumentando que no existe un contrato plenamente vinculante y eficaz (37).

Además, el contenido de la Autorización a Proceder y del contrato definitivo es diferente. El contenido del contrato final (aunque no esté formalizado por escrito), está compuesto por la totalidad de los acuerdos que las partes han alcanzado después de que la Autorización a Proceder se perfeccionó. Dichos acuerdos existirán en la mayoría de los casos porque, debido a la ambigüedad y a la brevedad de la Autorización a Proceder, es muy improbable que los trabajos puedan ejecutarse completamente sin alcanzar nuevos acuerdos sobre los mismos.

Por consiguiente, el ámbito de eficacia de la Autorización a Proceder es la ejecución de los trabajos previstos en ella. Tal ejecución sería parcial respecto al alcance de todo el proyecto. Pero dicha ejecución también sería necesaria para cumplir con los plazos impuestos en el proyecto. Así, la ejecución parcial constituye el objeto de la Autorización a Proceder, que es en sí misma un contrato. La Autorización a Proceder no es una mera preparación de la ejecución de los trabajos o de la celebración del contrato definitivo. Consecuentemente, la ejecución parcial satisface los requisitos de la *Statute of Frauds* aplicable y permite considerar a la Autorización a Proceder como un contrato independiente plenamente vinculante y eficaz.

En consonancia con lo anterior, los efectos de las Autorizaciones a Proceder en Derecho estadounidense se limitan al objeto descrito y se diferencian de los efectos del contrato definitivo. Por lo tanto, los efectos de la Autorización a Proceder son para una parte la obligación de pagar la contraprestación fijada

(37) Aunque conviene remarcar que la ejecución parcial de un posible contrato vinculante no es siempre una prueba determinante de que dicho contrato existe. Vid. *Adjustrite Systems, Inc. v. Gab Business Services, Inc.* Lo relevante es la voluntad de las partes, siendo difícil de probar que no existía la intención de celebrar un contrato cuando el proyecto se ha ejecutado total o casi totalmente.

por la ejecución parcial de los trabajos objeto de la Autorización a Proceder. Para la otra parte, los efectos son la realización de los trabajos contemplados en la Autorización a Proceder. Las consecuencias del incumplimiento de dichas obligaciones son las mismas que los incumplimientos de cualquier contrato, debiéndose compensar los daños que se generen. En este sentido, la doctrina *restitution* es frecuentemente alegada y utilizada para conceder los daños ocasionados por los incumplimientos de las Autorizaciones a Proceder (38).

Por lo tanto, en Derecho estadounidense las Autorizaciones a Proceder obligan a la ejecución parcial de los trabajos conforme a lo establecido en ellas, y al pago de la correspondiente contraprestación por tales trabajos según lo establecido en la Autorización a Proceder. En el supuesto de incumplimiento de tales obligaciones, se concederían los mismos daños que por cualquier otro incumplimiento contractual.

2. EFICACIA DE LAS AUTORIZACIONES A PROCEDER EN DERECHO INGLÉS

La configuración y la eficacia de las Autorizaciones a Proceder en Derecho inglés no difieren mucho de lo explicado respecto al Derecho estadounidense. En este sentido, LAKE y DRAETTA precisan que la principal diferencia entre el Derecho estadounidense y el Derecho inglés respecto a las Autorizaciones a Proceder, es que en este último ordenamiento el inicio de la ejecución sin otros hechos o circunstancias no es suficiente evidencia de la voluntad de las partes de vincularse contractualmente (39).

No hay muchos pronunciamientos jurisprudenciales sobre las Autorizaciones a Proceder (40). Según parte de la doctrina, los tribunales, atendiendo a la totalidad de las circunstancias, tienden a determinar que hay contratos perfeccionados en estos casos aún cuando no hay una manifestación expresa en ese sentido (41).

A este respecto puede citarse dos sentencias con conclusiones dispares: *Turriff Construction Ltd. v. Regalia Knitting Mills Ltd.* [1972] E.G.D. 257 y

(38) Vid. *Marshall Contractors, Inc. v. Brown University* o el voto particular del juez Stamos en la sentencia *Quake Construction, Inc. v. American Airlines, Inc.* Así, en la sentencia *Earhart v. William Low Co.*, el Tribunal Supremo de California, aplicando la doctrina *restitution*, concedió daños por los costes de personal y material en que se había incurrido confiando en la ejecución solicitada en una Autorización a Proceder. A estos efectos conviene recordar que la doctrina *restitution* es la que sostiene la existencia de un contrato, aunque no se haya concluido expresamente con base a los hechos del caso («*implied-in-fact contract*»), o al imperativo de la ley («*implied-in-law contract*»). Vid. *Commerce Partnership 8098 Limited Partnership v. Equity Contracting Co., Inc.*

(39) Cfr. LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, pág. 109.

(40) Vid. LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, pág. 109.

(41) Vid. LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, pág. 109.

British Steel Corp. v. Cleveland Bridge & Engineering Co. [1984] 1 All E.R. 504 Comm. L. R. 55.

En la primera sentencia, las partes suscribieron una *letter of intent* por la que una parte se obligaba a pagar por un trabajo que comenzó antes de la conclusión del subcontrato formal. De esta configuración de la *letter of intent* podemos observar como el concepto explicado en este artículo de Autorización a Proceder también se usa en Derecho inglés. Respecto a los efectos, el Tribunal inglés concluyó que mediante la *letter of intent* se había perfeccionado un contrato auxiliar al contrato definitivo plenamente vinculante. Por lo tanto, el Tribunal obligó a las partes a su cumplimiento como hubiera hecho respecto a cualquier otro contrato. En consecuencia, le otorgó los mismos efectos que los postulados en este artículo.

En la segunda sentencia citada, el demandado Cleveland Bridge & Engineering Co. (en adelante, Cleveland), informó al demandante British Steel Corp., (en lo sucesivo, British), de su intención de suscribir un subcontrato con ellos para el suministro y entrega de fundiciones de acero. El documento fijaba el precio y autorizaba la ejecución de los trabajos, quedando pendientes la preparación y suscripción del subcontrato formal. Después Cleveland envió un plan de entregas. A este respecto puede apreciarse nuevamente como el documento analizado en la sentencia responde al concepto de Autorización a Proceder postulado en este artículo.

A pesar de las controversias entre las partes sobre los plazos de entrega, la calidad y las condiciones del subcontrato formal, British entregó todas las fundiciones de acero menos una. Pero Cleveland se negó a pagar argumentando que los daños por el retraso en las entregas excedía el precio de las fundiciones de acero.

En este caso el Tribunal inglés concluyó que no existía un contrato, pero concedió una indemnización a British al amparo de la doctrina *quantum meruit*. Denominación también empleada en Derecho estadounidense para la doctrina *restitution* respecto a los servicios (42). En Derecho inglés la mencionada doctrina se emplea cuando una parte ha recibido un beneficio en virtud de un contrato nulo o inexistente (43).

Por consiguiente, puede concluirse que en Derecho inglés las Autorizaciones a Proceder son contratos que suelen celebrarse entre el contratista principal y el subcontratista antes de la celebración del subcontrato, con la finalidad de que el subcontratista empiece la ejecución de los trabajos. Como consecuencia de dicha configuración, las Autorizaciones a Proceder obligan contractualmente a lo establecido en ellas. En los casos que los tribunales ingleses han estimado que no había voluntad de las partes de obligarse contractualmente, los tribu-

(42) Vid. LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, pág. 115.

(43) Vid. *Peter Lind & Co. v. Mersey Docks and Harbour Bd.* [1972] 2 Lloyd's Rep. 234.

nales han indemnizado de igual manera a la parte agraviada que ha ejecutado los trabajos bajo la doctrina de responsabilidad extracontractual conocida como *quantum meruit*.

3. EFECTOS DE LAS AUTORIZACIONES A PROCEDER EN OTROS ORDENAMIENTOS *CIVIL LAW*

En los ordenamientos de tradición jurídica europea continental, como el francés o el italiano, comúnmente llamados como *Civil Law*, las Autorizaciones a Proceder pertenecen a la fase de negociación y a la fase de ejecución de un contrato (44). A su vez, generalmente se conceden indemnizaciones por los trabajos ejecutados aunque el contrato definitivo no se celebre (45).

Siguiendo a LAKE y DRAETTA (46) podría decirse que, conforme a los principios generales de los ordenamientos *Civil Law*, la parte que ha suscrito una Autorización a Proceder tiene una legítima expectativa indemnizable respecto a la conclusión del contrato definitivo. Dicho derecho de compensación es más probable de ser concedido cuando la parte que recibe las instrucciones de comenzar los trabajos no tiene otra opción que iniciar la ejecución para poder suscribir el contrato final. En estos casos, la celebración de las Autorizaciones a Proceder es una condición para proseguir con las negociaciones.

En los supuestos en que se indemniza, la compensación estaría compuesta por los daños por el trabajo ejecutado más un lucro razonable si las negociaciones fracasan y el contrato definitivo no se firma.

Para los citados autores, la utilidad de las Autorizaciones a Proceder en dichos ordenamientos es asegurar la compensación por los trabajos realizados porque, en el supuesto de que no se suscriba el referido documento, es muy improbable que la parte que inicie los trabajos sea indemnizada. Aunque estos autores matizan que una aceptación de los trabajos ya se entendería como Autorización a Proceder implícita, facilitando la indemnización (47).

A los efectos de este artículo, es interesante comprobar que LAKE y DRAETTA predicen que en los ordenamientos *Civil Law*, las Autorizaciones a Proceder tienen una eficacia general que consiste en indemnizar los trabajos ejecutados con independencia de que se considere que un contrato se ha suscrito. Dicha indemnización abarcaría el daño emergente y, en su caso, un razonable lucro por la ruptura injustificada de las negociaciones.

(44) Vid. LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, pág. 108.

(45) Vid. LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, pág. 109.

(46) Cfr. LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, págs. 116 a 118.

(47) Cfr. LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, pág. 117.

4. TRASLACIÓN DE LA EFICACIA DE LAS AUTORIZACIONES A PROCEDER AL DERECHO ESPAÑOL

En consonancia con el estudio de Derecho comparado y el concepto de Autorización a Proceder comentado anteriormente, las Autorizaciones a Proceder obligan contractualmente a lo establecido en ellas conforme al artículo 1.089 del Código Civil. Las obligaciones concretas serán las que se recojan expresamente en el texto de la Autorización a Proceder, junto con las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley según el precepto 1.258 del Código Civil. No obstante, podrían predicarse unos efectos concretos inherentes al concepto propuesto en este artículo.

Así, las Autorizaciones a Proceder obligarían a una parte a ejecutar los trabajos y a la otra a abonar la correspondiente compensación. La naturaleza de estas obligaciones conllevaría conforme al artículo 1.258 del Código Civil, que la parte que se obliga a pagar la contraprestación también facilite en lo que sea posible la ejecución de los trabajos, así como que suministre la información necesaria para los que mismos se realicen.

En el contexto habitual en el que se celebran las Autorizaciones a Proceder, la obligación de suministrar información podría traducirse en muchos casos en transmitir las especificaciones técnicas del proyecto que resulten aplicables a los trabajos. Por su parte, la obligación de facilitar la ejecución generalmente consistirá en la ayuda necesaria para obtener los permisos y autorizaciones que se requieran para realizar los trabajos.

Por otro lado, la parte obligada a ejecutar los trabajos debe realizar los mismos conforme a la Autorización a Proceder y demás condiciones que le sean aplicables, actuando con la diligencia suficiente para poder cumplir los plazos del proyecto. A su vez, podría argumentarse que es igualmente consustancial a la naturaleza de la Autorización a Proceder la obligación de negociar de buena fe, tanto respecto a los términos que necesiten concreción de la Autorización a Proceder, como sobre la conclusión del contrato definitivo.

La principal cuestión respecto a la eficacia de las Autorizaciones a Proceder es qué consecuencias tendría el incumplimiento de las obligaciones descritas. En los casos en los que la ejecución parcial no ha comenzado, la parte obligada a la ejecución de los trabajos tendría derecho al daño emergente compuesto por los gastos en que incurrió para negociar el contrato y preparar la ejecución, así como el lucro cesante integrado por el beneficio que habría obtenido de haber ejecutado el trabajo previsto en la Autorización a Proceder, en el supuesto de que efectivamente se le haya provocado dicho daño. En el caso que la parte agraviada sea la parte obligada a abonar la contraprestación, dicha parte tendrá derecho a una compensación equivalente a los gastos de negociación incurridos junto con el exceso de coste razonable en que haya incurrido por tener que contratar a un tercero para ejecutar tales trabajos.

En los casos que los trabajos se hayan ejecutado totalmente conforme a lo exigido en la Autorización a Proceder, la parte incumplidora de la obligación de pago debería abonar la contraprestación correspondiente a dichos trabajos, según lo establecido en la Autorización a Proceder. Si la parte incumplidora es quien ejecuta los trabajos, esta debería compensar a la otra parte pagando el coste razonable en que haya incurrido la otra parte en subsanar la deficiente ejecución.

Si la Autorización a Proceder se ha ejecutado parcialmente, habría que discernir la causa de la resolución de los trabajos, ya que puede ser imputable a una deficiente ejecución o a un retraso en los pagos. En ambos casos, la parte correctamente ejecutada y aceptada debería compensarse según lo estipulado en la Autorización a Proceder. Pero la falta de aceptación de los trabajos no debería ser causa justificada para no abonar lo correctamente realizado. Por ello, se podría entender que la parte receptora de los trabajos estaría obligada a aceptar los trabajos ejecutados en un plazo razonable desde su puesta a disposición.

En estos casos, si la causa fue el impago, la parte incumplidora debería abonar, además de lo previamente expuesto, el correspondiente interés por el retraso junto con el lucro cesante de los trabajos que se habrían ejecutado en virtud de la Autorización a Proceder, siempre que se pueda justificar la resolución por dicha causa y la existencia de tales daños. En el resto de los casos, la parte incumplidora debería pagar el exceso de coste razonable de ejecución por un tercero de los trabajos según los artículos 1.098 del Código Civil y 706 de la LEC.

En todos los casos mencionados, también cabría indemnizar todos los daños provocados por la resolución y que la otra parte haya podido tener conocimiento o preveer, como los costes de resolver subcontratos, pedidos, penalizaciones impuestas al amparo de un contrato principal, el trabajo en ejecución, etc.

Sin embargo, las Autorizaciones a Proceder no producirían una obligación de suscribir el contrato proyectado, ya que tal obligación no se asumió expresamente en la Autorización a Proceder, ni puede derivarse de la naturaleza de las obligaciones contempladas en ella. En efecto, de la naturaleza de la obligación de ejecutar unos trabajos de un proyecto limitados temporalmente o por el coste incurrido, o incluso de la iniciación de los mismos (48), no puede deducirse de buena fe que las partes estén obligadas a concluir el contrato definitivo del proyecto. En caso contrario, se estaría vulnerando el límite que las partes expresamente establecieron en la Autorización a Proceder y se estaría coartando su libertad contractual. En consonancia con la ausencia de obligación de concluir el contrato, las partes no deberían ser condenadas a abonar el lucro cesante que

(48) Así, CARRASCO PERERA excluye la posibilidad de que el inicio de la ejecución deje sin efectos la cláusula de no vinculatoriedad contenida habitualmente en los acuerdos precontractuales. Cfr. CARRASCO PERERA, «Las cartas de intenciones», en *Fusiones y adquisiciones de empresas*, *op. cit.*, pág. 90.

se habría obtenido de perfeccionar el contrato definitivo. El posible lucro cesante debería estar circunscrito en cualquier caso al alcance de los trabajos que se hubieran podido realizar al amparo de la Autorización a Proceder.

Cuestión distinta es que posteriormente se incurra en una responsabilidad extracontractual respecto al contrato definitivo por una ruptura injustificada de las negociaciones. En ese supuesto, el daño sería provocado por otro hecho: la referida ruptura injustificada.

Puede observarse cómo las compensaciones propuestas por los incumplimientos de las Autorizaciones a Proceder son compatibles con los postulados de enfoque económico de los profesores SCHWARTZ y SCOTT sobre responsabilidad precontractual, puesto que en las Autorizaciones a Proceder se concreta la clase de proyecto, la división operativa de facultades para realizar las inversiones y el orden de acciones dentro del proyecto (49). Aunque hay que resaltar que la responsabilidad sería contractual y no precontractual conforme a lo que se ha explicado anteriormente. Consecuentemente, según los autores citados sería económicamente eficiente compensar los daños según se ha explicado en este artículo.

Por último, habría que mencionar que la referida naturaleza de trato preliminar respecto al contrato definitivo también produciría unos efectos particulares. Así, la Autorización a Proceder constituiría un acto previo al contrato final que puede ser tenido en cuenta en su interpretación y que además puede utilizarse para reflejar el estado de las negociaciones del contrato definitivo. Así, en el caso de que se rompan injustificadamente las negociaciones del contrato proyectado, podría generarse un daño independiente, y por ende acumulable, al anteriormente comentado. Al respecto la jurisprudencia ha aclarado que la vulneración del principio de buena fe o la ruptura injustificada de las negociaciones no originan un derecho de indemnización *per se*, ni tampoco implican la existencia de un contrato o un precontrato (50). Siguiendo numerosas sentencias (51), como la STS de 14 de junio de 1999, puede decirse que los requisitos para conceder tal indemnización son:

- a) Existencia de una razonable y justificada confianza respecto a la celebración del contrato.
- b) La ausencia de justificación para romper las negociaciones.
- c) La existencia de daño real para una de las partes.
- d) Una relación de causalidad entre la ruptura de las negociaciones y el daño experimentado por una de las partes.

(49) Cfr. SCHWARTZ y SCOT, *op. cit.*, pág. 704.

(50) Vid. SAP de Navarra, de 31 de julio de 1999.

(51) Vid. STS de 26 de febrero de 1994, STS de 5 de abril de 1999. SAP de Madrid, de 13 de septiembre de 2000 y SAP de León, de 8 de febrero de 2002.

Estos requisitos también son exigidos por nuestra doctrina, como GARCÍA RUBIO (52), ASÚA GONZÁLEZ (53) o PASCUAL ESTEVILL (54). A estos efectos hay que indicar que el requisito relevante es la confianza frustrada, sin que sea preciso que haya una intención de dañar, ni una actuación dolosa o negligente (55).

Asimismo, es necesario aclarar que esta indemnización alcanza «solo y exclusivamente el llamado “interés contractual negativo” y nunca el “interés contractual positivo”, entendiendo por uno y por otro lo siguiente: a) el segundo, el positivo, como equivalente a la prestación que hubiera sido prometida; y b) el primero, el negativo, como el daño que ha de ser resarcido como consecuencia de lo estéril de los tratos preliminares, comprendiendo este los gastos y desembolsos por quien los hizo y relacionados causalmente con tales tratos previos» (56). En igual sentido se pronuncia PAZ GARCÍA y OTERO CRESPO, aunque consideran incluido dentro del interés negativo «la frustración de ganancias o lucros cesantes, que se concretan sustancialmente en la pérdida de otras oportunidades de contratar con un tercero» (57).

Según lo expuesto, puede concluirse que las Autorizaciones a Proceder obligan a ejecutar y abonar los trabajos conforme a lo previsto en ellas. En el supuesto de incumplimiento de dichas obligaciones, las partes tendrán derecho a reclamar los correspondientes daños que estarían limitados a los daños emergentes (y el lucro cesante, en su caso), relacionados con la Autorización a Proceder y no con el contrato final. Asimismo, la posterior ruptura injustificada de las negociaciones del contrato final podría originar una indemnización del interés negativo, acumulable a la compensación proveniente del incumplimiento de la Autorización a Proceder.

(52) Cfr. GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en el ordenamiento español*, Tecnos, 1.ª ed., Madrid, 1991, págs. 130 y sigs., aunque esta autora se centra en los aspectos específicos de este tipo de responsabilidad, y cataloga esta responsabilidad como abuso de derecho.

(53) Cfr. ASÚA GONZÁLEZ, *La culpa in contrahendo*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1.ª ed., Erandi, 1989, págs. 155 a 157 y 276 a 282; pero esta autora se centra en dos elementos concretos que pueden ser alternativos: la creación de una legítima expectativa de la conclusión del contrato, bien mediante dolo o imprudencia, y el carácter injustificado de la ruptura.

(54) Cfr. PASCUAL ESTEVILL, *Derecho de daños*, T. II, Bosch, 2.ª ed., Barcelona, 1995, págs. 1096 y sigs.; aunque este autor destaca la infracción del principio de que a nadie le está permitido lesionar los intereses de otro, siendo fundamental el haber quebrado una legítima confianza generada por el comportamiento de la parte que rompe las negociaciones.

(55) Vid. PAZ GARCÍA y OTERO CRESPO, «La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo», en *InDret*, abril de 2010, pág. 42.

(56) Cfr. SAP de León, de 8 de febrero 2002, SAP de Madrid, de 24 de noviembre de 2005.

(57) Vid. PAZ GARCÍA y OTERO CRESPO, *op. cit.*, págs. 42 y 43. Aunque las citadas autoras tienen mayores dudas sobre si también serían compensables los daños derivados del negocio frustrado. Es decir, en este caso, el lucro cesante derivado del contrato proyectado.

VI. CONCLUSIONES SOBRE LAS AUTORIZACIONES A PROCEDER

Siguiendo todo lo explicado anteriormente, puede concluirse sobre las Autorizaciones a Proceder que:

- I. Las Autorizaciones a Proceder son contratos en sí mismas.
En efecto, las Autorizaciones a Proceder tienen unos elementos contractuales propios, independientes y diferentes de los elementos del contrato definitivo. Su objeto es la ejecución parcial, su causa son las promesas de contraprestación económica y de ejecución respectivamente, y el consentimiento es la suscripción por ambas partes de la Autorización a Proceder.
Sin perjuicio de dicho carácter autónomo, hay una cierta vinculación entre la Autorización a Proceder y el contrato definitivo. En este sentido, la Autorización a Proceder se extingue generalmente cuando se suscribe el contrato final, absorbiendo dicho contrato la ejecución realizada en virtud de la Autorización a Proceder mediante la retroacción de sus efectos y la correspondiente deducción de los plazos y las cantidades a pagar por la ejecución de los trabajos. A su vez, la Autorización a Proceder permite acreditar el estado de las negociaciones del contrato proyectado, permitiendo en su caso reclamar el interés negativo por una ruptura injustificada de las negociaciones.
- II. Las Autorizaciones a Proceder se suelen celebrar en un contexto particular, en el cual un contratista principal es adjudicatario en una licitación pública cuyos plazos de ejecución son muy importantes. El contratista principal necesita subcontratar parte de los trabajos objeto de la licitación pública. El proyecto es complejo y las negociaciones sobre el mismo son largas. Por ello, surge la necesidad de iniciar la ejecución de los trabajos aunque no se haya concluido el subcontrato definitivo.
- III. Las Autorizaciones a Proceder tienen un contenido contractual determinado, que está integrado por diversos derechos y obligaciones. Así, puede constatarse como en el tráfico jurídico español y de los países *Common Law*, las Autorizaciones a Proceder suelen contener unas condiciones contractuales concretas. Dicho contenido responde a la necesidad previamente descrita. Dentro de las obligaciones que se suelen recoger en las Autorizaciones a Proceder destacan: i) la promesa de ejecutar parte de los trabajos del proyecto, generalmente limitando tal ejecución por el coste incurrido o por el tiempo empleado; ii) la autorización a ejecutar y a incurrir en gastos en relación con dicha ejecución; iii) la limitación de responsabilidad contractual en la que se puede incurrir; iv) deducción de los correspondientes plazos y gastos

del tiempo de ejecución y del pago que se contemplarán en el contrato definitivo; v) vinculación de la vigencia de la Autorización a Proceder con la celebración del contrato final y la vigencia del proyecto.

- IV. Las Autorizaciones a Proceder obligan a lo dispuesto en ellas. Es decir, a ejecutar parcialmente el proyecto y a abonar la correspondiente contraprestación. En caso de incumplimiento de tales obligaciones contractuales, se debería indemnizar el respectivo daño emergente y, en su caso, el lucro cesante. Aunque dichos daños siempre están circunscritos a la Autorización a Proceder y no al contrato definitivo.

Como todo contrato, las Autorizaciones a Proceder obligan a lo estipulado en ellas, siempre que no sea contrario a las leyes, a la moral y al orden público. Por consiguiente, las Autorizaciones a Proceder obligan a ejecutar parcialmente el proyecto y a pagar su correspondiente contraprestación según lo establecido en ellas. A su vez, y como consecuencia de su naturaleza, también puede concluirse que las Autorizaciones a Proceder obligan a negociar de buena fe el contrato definitivo y la concreción de los aspectos indeterminados de la Autorización a Proceder.

En el supuesto de que dichas obligaciones se incumplan, la parte agraviada podrá reclamar los correspondientes daños emergentes, y en su caso, el lucro cesante. Tales daños dependerán de quién es la parte incumplidora y del grado de ejecución de los trabajos. Así, si la parte incumplidora es la que debe abonar la contraprestación, esta debe abonar, además de los correspondientes intereses moratorios, los trabajos ejecutados. Dichos trabajos serían el daño emergente si se han ejecutado en su totalidad. Si los trabajos no han sido ejecutados en su integridad, la parte incumplidora debería compensar dicho daño emergente y el lucro cesante según lo expuesto en este artículo. Tal lucro cesante estaría compuesto por el beneficio que se habría obtenido de haber ejecutado en su totalidad los trabajos contemplados en la Autorización a Proceder.

Si la parte incumplidora es quien debe ejecutar los trabajos, esta debe indemnizar los daños originados por su ejecución defectuosa, junto con los gastos extras razonables de sustitución por otro subcontratista como daño emergente. Aunque en todos los casos cabría compensar otros daños causados por el incumplimiento y la resolución, como las penalizaciones que puedan sufrirse en virtud de un contrato principal, los costes de resolución de subcontratos, etc.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ASÚA GONZÁLEZ: *La culpa in contrahendo*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1.ª ed., Erandi, 1989, págs. 155 a 157 y 276 a 282.
- CARRASCO PERERA: «Las cartas de intenciones», en *Fusiones y adquisiciones de empresas*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2004, pág. 90.
- DÍEZ-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES MORENO: *Los Principios de Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 179.
- FARNSWORTH: «Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations», en *Columbia Law Review*, núm. 87, 1978, págs. 217 a 294.
- FLETCHER y SHEPPARD: *American Law in a Global Context*, Oxford University Press, Nueva York, 2005, págs. 398 y sigs.
- GARCÍA RUBIO: *La responsabilidad precontractual en el ordenamiento español*, Tecnos, 1.ª ed., Madrid, 1991, págs. 130 y sigs.
- LAKE y DRAETTA: *Letters of Intent and other Precontractual Documents. Comparative Analysis and Forms*, Butterworths, 2.ª ed., Londres, 1994.
- PASCUAL ESTEVILL: *Derecho de daños*, T. II, Bosch, 2.ª ed., Barcelona, 1995, págs. 1096 y sigs.
- PAZ GARCÍA y OTERO CRESPO, «La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo», en *Indret*, abril de 2010.
- ROHWER y SKROCKI: *Contracts*, 6.ª ed., Thompson, USA, 2006.
- SCHWARTZ y SCOTT: «Precontractual Liability and Preliminary Agreements», en *Harvard Law Review*, núm. 120, 2007, págs. 661 a 707.

VII. JURISPRUDENCIA COMENTADA

- *Frank Horton & Co. v. Cook Electric Co.*, 356 F.2d 485 (7th Cir. 1966).
- *Turriff Construction Ltd. v. Regalia Knitting Mills Ltd.* [1972] E.G.D. 257.
- *Saul Bass & Associates v. United States*, 505 F.2d 1386 (Ct. Cl. 1974).
- *Earhart v. William Low Co.*, 25 Cal.3d 503 (1979).
- *Green v. Interstate United Management Services Corp.*, 748 F.2d 827 (3rd Cir. 1984).
- *British Steel Corp. v. Cleveland Bridge & Engineering Co.* [1984] 1 All E.R. 504.
- *Winston v. Mediafare Entertainment Corp.*, 777 F.2d 78 (2nd Cir. 1986).
- *Blanton Enterprises, Inc. v. Burger King Corp.*, 680 F. Supp. 753 (D.S.C. 1988).
- *Quake Construction v. American Airlines*, 141 Ill.2d 281 (Supreme Court of Illinois, 1990).
- STS de 26 de febrero de 1994 (RJ 1994/1198).
- *Venture Associates Corp. v. Zenith Data Systems Corp.*, 96 F.3d, 275 (7th Cir. 1996).

- *Adjustrite Systems, Inc. v. Gab Business Services, Inc.*, 145 F.3d, 543 (2nd Cir. 1998).
- STS de 5 de abril de 1999 (RJ 1999/1873).
- STS de 14 de junio de 1999 (RJ 1999/4105).
- SAP de Navarra, de 31 de julio de 1999 (AC 1999/1906).
- SAP de Madrid, de 13 de septiembre de 2000 (JUR 2000/279377).
- STS de 25 de octubre de 2000 (RJ 2000/8813).
- SAP de la Audiencia Provincial de León, de 8 de febrero de 2002 (JUR 2002/11375).
- STS de 4 de noviembre de 2008 (RJ 2008/6928).

RESUMEN

AUTORIZACIÓN A PROCEDER

La autorización a proceder es una de las figuras precontractuales que más se está utilizando en el tráfico jurídico para operaciones complejas con plazos relativamente breves de ejecución. Su empleo responde fundamentalmente al interés de poder ejecutar el proyecto en el plazo que viene establecido a pesar de que la conclusión de los contratos que sustentan dicha operación puedan requerir incluso un mayor lapso temporal debido a su complejidad.

A pesar de su frecuente uso, esta institución precontractual está rodeada de múltiples aspectos controvertidos. Una de las causas de dicha controversia es la ausencia de una regulación sobre esta figura. Y ello ha motivado que la doctrina y la jurisprudencia generalmente no le proporcionen un tratamiento específico e incluso ignoren su existencia como una figura precontractual autónoma y con entidad propia.

De un análisis de los elementos de la autorización a proceder y de su finalidad puede concluirse que esta figura es un contrato autónomo cuya principal característica es obligar a la ejecución de una prestación concreta a cambio de la correspondiente obligación de compensar dicha

ABSTRACT

AUTHORIZATION TO PROCEED

Authorization to proceed is currently one of the precontractual concepts that is seeing the heaviest use in complex transactions featuring relatively short completion periods. It is employed fundamentally when there is some interest in being able to get a project done by its established deadline even if the underlying contracts are so complex as to require an even longer time to conclude.

Despite the frequent use of authorization to proceed, this precontractual institution is surrounded by a great many controversial points. One of the roots of controversy is the absence of any regulation of the concept. And because of that, doctrine and case-law generally accord it no specific treatment and even ignore its existence, as an autonomous precontractual concept existing on its own.

It may be concluded, from an analysis of the component elements and purpose of authorization to proceed, that this concept is an autonomous contract whose main feature is that it obligates a party to provide a specific performance in exchange for the appropriate obligation to compensate for that performance. Indeed, authorizations to proceed have certain contractual elements of their own that are independent

ejecución. En efecto, las autorizaciones a proceder tienen unos elementos contractuales propios, independientes y diferentes de los elementos del contrato definitivo. Su objeto es la ejecución parcial, su causa son las promesas de contraprestación económica y de ejecución respectivamente, y el consentimiento es la suscripción por ambas partes de la autorización a proceder.

En consonancia con el mencionado análisis, hay que concluir que las autorizaciones a proceder obligan a lo dispuesto en ellas. Es decir, a ejecutar parcialmente el proyecto y a abonar la correspondiente contraprestación. En caso de incumplimiento de dichas obligaciones contractuales, se debería indemnizar el respectivo daño emergente y, en su caso, el lucro cesante. Aunque dichos daños siempre están circunscritos a la autorización a proceder y no al contrato definitivo.

and different from the elements of the definitive contract. Their purpose is partial performance; their cause is a promise of economic consideration and a promise of performance; and their consent is the signing by both parties of the authorization to proceed.

In consonance with the analysis, it must be concluded that authorizations to proceed bind the parties to do as stated, that is, to perform the project partially and to pay the appropriate consideration. When these contractual obligations are not fulfilled, the respective indirect or consequential damages and any loss of profit must be paid, although the damages will always be restricted to the scope of the authorization to proceed, not the definitive contract.

(Trabajo recibido el 13-3-2011 y aceptado para su publicación el 27-3-2012)

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 25-1-2012
(*BOE* 12-3-2012)
Registro de Roquetas de Mar, número 3

CONDICIÓN SUSPENSIVA.

El cumplimiento o incumplimiento de las condiciones que aparecen inscritas en el Registro ha de acreditarse por hechos notorios o por documentos que lo demuestren indubitadamente.

Resolución de 25-1-2012
(*BOE* 12-3-2012)
Registro de Sanlúcar la Mayor, número 2

CONDICIÓN RESOLUTORIA.

El ejercicio de la condición resolutoria y la correspondiente reinscripción a favor del favorecido por la misma requiere que se acredite la consignación del precio que en su día pagó el comprador.

Resolución de 26-1-2012
(*BOE* 12-3-2012)
Registro de Lugo, número 2

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO. HIPOTECA: GARANTÍA DE LOS INTERESES.

No es posible inscribir una escritura de constitución de hipoteca en garantía de un reconocimiento de deuda, estando la finca inscrita a nombre de una tercera persona, aunque conste anotada una sentencia que reconoce como verdadero dueño al hipotecante. La garantía de los intereses requiere que se distinga entre los ordinarios y de demora, así como que los intereses garantizados estén previamente estipulados en el crédito asegurado.

Resolución de 26-1-2012
(BOE 12-3-2012)
Registro de Riaza

PRINCIPIO DE PRIORIDAD REGISTRAL Y CALIFICACIÓN. BLANQUEO DE CAPITALS.

El principio de prioridad solo impide tener en cuenta, a los efectos de la calificación, los títulos presentados con posterioridad al calificado, si se trata de un título traslativo o declarativo del dominio u otro derecho real que se le oponga o sea incompatible, pero no cuando ese título, posteriormente presentado, afecta a la situación subjetiva del otorgante (en el presente caso, un documento judicial que dé declaración en concurso, dictado con fecha anterior al documento calificado). Una persona física declarada en concurso no puede, sin autorización judicial, constituir una hipoteca antes de la aceptación de los administradores concursales. La omisión por parte del Notario autorizante de la obligación de identificación de los titulares reales de la sociedad interviniente, no está sancionada en la Ley 10/2010, de 28 de abril, con el cierre registral.

Resolución de 1-2-2012
(BOE 1-3-2012)
Registro de Fraga

OBRAS NUEVAS ANTIGUAS: CERTIFICACIÓN CATASTRAL.

No hay inconveniente en inscribir una obra nueva que acredita su antigüedad por medio de una certificación catastral que no es totalmente coincidente con la superficie de la finca que aparece en el Registro, siempre que de los demás datos no resulten dudas fundadas sobre la identidad de la finca.

Resolución de 2-2-2012
(BOE 1-3-2012)
Registro de Olmedo

DISOLUCIÓN DE CONDOMINIO: OBLIGACIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 9.1.e) DE LA LPH.

No es necesario para la inscripción acreditar el cumplimiento de lo establecido en el artículo 9.1.e) de la LPH respecto a los gastos de comunidad, dado que la ley no sanciona su incumplimiento con cierre del Registro y menos aún en un caso de disolución de condominio en el que el adquirente ya era dueño del piso y, por tanto, conocedor de la situación de pago de esos gastos.

Resolución de 3-2-2012
(BOE 1-3-2012)
Registro de Aguilar de la Frontera

EXPEDIENTE DE DOMINIO DE REANUDACIÓN DE TRACTO SUCESIVO.

No es el expediente de dominio el procedimiento adecuado para inscribir la finca a nombre de quien ha adquirido por documento privado directamente del titular registral.

Resolución de 3-2-2012
(BOE 1-3-2012)
Registro de Coria

PARTICIÓN JUDICIAL DE HERENCIA.

Es imprescindible, para la inscripción de un acta de protocolización de un auto judicial de partición de herencia, que figuren las circunstancias personales completas de todos los adjudicatarios y que se acompañe, o se inserte totalmente o en relación, según los casos, el título sucesorio.

Resolución de 3-2-2012
(BOE 1-3-2012)
Registro de Lérida, número 1

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. Cabría, a lo sumo, practicar la nota marginal prevista en el artículo 75 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, si al menos se notifica el fallo a los citados titulares.

Resolución de 4-2-2012
(BOE 1-3-2012)
Registro de Granadilla de Abona

EXPEDIENTE DE DOMINIO DE INMATRICULACIÓN: DUDAS SOBRE IDENTIDAD DE LA FINCA.

Tratándose de un expediente de dominio de inmatriculación de finca, y habiéndose expresado dudas respecto de que la misma pudiera estar enclavada en otra inscrita de mayor cabida al tiempo de expedir la certificación, procede denegar la inscripción por tal motivo, a menos que el Juez haya hecho un expreso pronunciamiento sobre la cuestión al resolver el expediente.

Resolución de 6-2-2012
(BOE 1-3-2012)
Registro de Ponteáreas

CONDICIÓN RESOLUTORIA: SENTENCIA JUDICIAL.

La sentencia judicial por la que se declara haber tenido lugar el hecho determinante de la resolución, constando la condición resolutoria inscrita y tomada anotación preventiva de la demanda, es directamente inscribible porque se trata de una sentencia declarativa que no requiere actos posteriores de ejecución. Tampoco se necesita mandamiento de cancelación porque no hay derechos de terceros que deban ser objeto de dicha cancelación.

Resolución de 6-2-2012
(BOE 1-3-2012)
Registro de San Clemente

EXPEDIENTE DE DOMINIO DE REANUDACIÓN DE TRACTO SUCESIVO.

No es viable la inscripción de un expediente de dominio de reanudación de trato sucesivo cuando los cónyuges que lo instan alegan como título una aportación a su sociedad de gananciales por la esposa, que es heredera del titular registral. No hay verdadera interrupción del tracto susceptible de subsanarse por medio de expediente de dominio cuando quien lo insta es adquirente directo del titular registral o de sus herederos.

Resolución de 7-2-2012
(BOE 3-3-2012)
Registro de Ledesma

HIPOTECA: CANCELACIÓN POR CONFUSIÓN DE DERECHOS.

Habiéndose reunido la titularidad de una finca y del derecho de hipoteca que la grava en una misma persona, de conformidad con el artículo 190 del RH, es posible cancelar la referida hipoteca con base en una instancia firmada por el titular registral que lo solicite.

Resolución de 7-2-2012
(BOE 5-3-2012)
Registro de Valdepeñas

EXPEDIENTE DE DOMINIO DE RECTIFICACIÓN DE CABIDA.

El expediente de dominio no es el cauce adecuado para inscribir un exceso de cabida cuando en realidad el mismo tiene como causa una escritura de agregación de finca que no ha podido ser inscrita por adolecer de determinados defectos.

Resolución de 8-2-2012
(BOE 5-3-2012)
Registro de Madrid, número 14

DERECHO DE REVERSIÓN EXPROPIATORIA.

El derecho de reversión expropiatoria se desenvuelve en tres fases: en el momento mismo de la expropiación, cuando la administración o los tribunales de justicia reconocen que debe hacerse efectivo, y cuando se verifica la transmisión del bien al expropiado o sus causahabientes. Tras la reforma operada por la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, el artículo 54.1 de la LEF ya desde la primera fase se considera un derecho susceptible de acceso al Registro. De conformidad con la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, este nuevo régimen es aplicable a todos los casos de derechos de reversión latentes respecto de los cuales no se hubiera solicitado la efectividad de los mismos a la administración a la entrada en vigor de la mencionada Ley 38/1999, y siempre que tal derecho de reversión no exista, bien por no haber llegado a nacer (en caso de que de haberse mantenido la afectación del bien expropiado al fin que justificó la expropiación o a otro de utilidad pública o interés social durante diez años), bien por haber caducado (caso de no haberlo ejercitado en el plazo de veinte años desde la toma de posesión).

Resolución de 11-2-2012
(BOE 8-3-2012)
Registro de Málaga, número 12

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.

El principio de tracto sucesivo impide inscribir el auto de ejecución de una sentencia judicial dictada en un procedimiento en el que no ha sido parte el actual titular registral, sin que se hubiera tomado en su momento anotación de demanda.

Resolución de 13-2-2012
(BOE 8-3-2012)
Registro de Santiago de Compostela, número 1

REPRESENTACIÓN ORGÁNICA: CONFLICTO DE INTERESES. ARTÍCULO 98 DE LA LEY 24/2001, DE 27 DE DICIEMBRE. INSCRIPCIÓN PARCIAL.

Cuando en la actuación de los representantes orgánicos de las sociedades mercantiles se plantee un supuesto de autocontratación con intereses contra-

puestos por representar los mismos administradores a dos sociedades distintas en una operación por la que se concede un préstamo solidario a ambas, pero constituyendo la hipoteca una sola de ellas, será preciso contar con la autorización de la junta general. El Registrador debe considerar como incongruente el juicio notarial de suficiencia de facultades si no hace alusión al citado acuerdo de la junta. No es posible pedir la inscripción parcial si la parte que no se va a inscribir es esencial y su ausencia desnaturaliza el negocio en sí.

Resolución de 14-2-2012
(BOE 8-3-2012)
Registro de Madrid, número 44

ALTERACIÓN DEL TÉRMINO MUNICIPAL: INCIDENCIA EN LA DEMARCA- CIÓN DEL REGISTRO.

Como señaló la Orden del Ministerio de Justicia, de 23 de noviembre de 1989, la alteración territorial de los municipios no afecta a la demarcación registral de forma inmediata, sino que es preciso una revisión expresa de esta.

Resolución de 15-2-2012
(BOE 13-3-2012)
Registro de Huelva, número 2

DERECHO DE SUPERFICIE SOBRE PARTE DE UNA FINCA.

Para constituir un derecho de superficie sobre la cubierta de una nave industrial, no es necesaria la previa segregación como finca independiente de esa parte de la finca. Puede abrirse folio independiente al derecho de superficie constituido sobre parte de la finca.

Resolución de 16-2-2012
(BOE 13-3-2012)
Registro de Fuenlabrada, número 3

ESTIPULACIÓN EN FAVOR DE TERCERO: CAUSA. UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS. CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR: CONSULTA TELEMÁTICA AL REGISTRO MERCANTIL.

Existiendo un contrato en el que se pactó que una sociedad pagaría su deuda con otra sociedad mediante la dación de una serie de plazas de garaje a dicha sociedad acreedora o a quien esta designara, estamos en presencia de una estipulación en favor de tercero que registralmente requiere que se exprese la causa que justifica el desplazamiento patrimonial a favor de dicho tercero, explícita la relación jurídica entre el acreedor y el tercero por este designado como destinatario de la transmisión. No cabe hablar de personalidad jurídica de la UTE, por lo cual los bienes son titularidad de cada una de las sociedades que la integran. El Centro Directivo avala la actuación del Registrador que ha tenido en cuenta en su calificación el hecho de que una de las sociedades se halla

en estado de concurso, hecho conocido por medio de una consulta telemática al Registro Mercantil.

Resolución de 16-2-2012
(BOE 13-3-2012)
Registro de Lepe

ACTA NOTARIAL DE TERMINACIÓN DE OBRA: CERTIFICACIÓN DEL TÉCNICO.

Considerando el sentido y finalidad de la certificación del técnico en las actas de terminación de obra, que no es otro que la aseveración de que la obra se ha terminado de conformidad con el proyecto para el que se concedió la licencia, dicha certificación puede ser suplida por un documento administrativo que presuponga que se ha tenido a la vista o que se han comprobado tales extremos, como puede ser la licencia de ocupación.

Resolución de 17-2-2012
(BOE 13-3-2012)
Registro de La Carolina

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO INTERRUMPIDO.

No hay verdadera interrupción del tracto susceptible de subsanarse por medio de expediente de dominio cuando quien lo insta es adquirente directo del titular registral o de sus herederos.

Resolución de 18-2-2012
(BOE 13-3-2012)
Registro de Ubrique

BIENES GANANCIALES: RECONOCIMIENTO DE SERVIDUMBRE.

No es posible inscribir un acto de reconocimiento de la existencia de una servidumbre si no presta su consentimiento el cónyuge del titular registral, en tanto el bien está inscrito como presuntivamente ganancial.

Resolución de 20-2-2012
(BOE 13-3-2012)
Registro de Castellón de la Plana, número 1

DISOLUCIÓN DE CONDOMINIO CON CUOTA GRAVADA.

Considera la Dirección General que cuando se lleva a cabo la disolución de un condominio en el que la cuota de uno de los condueños está gravada, por el

principio de subrogación real las referidas cargas se trasladan a la finca adjudicada a dicho condueño.

Resolución de 20-2-2012
(BOE 13-3-2012)
Registro de Torredembarra

EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE HIPOTECA. CONCURSO DE ACREEDORES.

Constando en el Registro que el titular de la finca está declarado en concurso, no cabe expedir la certificación de dominio y cargas para un procedimiento de ejecución extrajudicial de hipoteca, ni practicar la nota marginal correspondiente, hasta que no se aporte una resolución del Juez del concurso por la que se declare que la finca no está afecta a la continuación de la actividad empresarial del concursado.

Resolución de 21-2-2012
(BOE 16-3-2012)
Registro de Orcera

USUFRUCTO VITALICIO: EXTINCIÓN.

Producida la muerte del usufructuario, se produce la extinción del usufructo, aunque este hubiera sido cedido a un tercero a título oneroso. De igual forma se extinguen los derechos o cargas constituidos sobre el propio usufructo.

Resolución de 22-2-2012
(BOE 16-3-2012)
Registro de Leganés, número 2

ANOTACIÓN DE EMBARGO DECRETADO EN CAUSA CRIMINAL: TRACTO SUCESIVO.

El principio de tracto sucesivo impide anotar un embargo decretado en procedimiento penal, si la finca está inscrita a nombre de una persona diferente del embargado, a menos que en el mandamiento judicial se haga constar que existen indicios racionales para entender que dicho embargado es el verdadero titular de la finca, como dispone el último párrafo del artículo 20 de la LH.

Resolución de 22-2-2012
(BOE 16-3-2012)
Registro de Loja

TRANSACCIÓN JUDICIAL.

Es inscribible el mandamiento judicial que contiene el decreto que homologa un acuerdo transaccional por cuya virtud una de las partes transmite a la otra

una participación indivisa de una finca con el objeto de sustituir el pago de una pensión alimenticia.

Resolución de 22-2-2012
(BOE 13-3-2012)
Registro de Madrid, número 1

DOCUMENTO NOTARIAL OTORGADO EN EL EXTRANJERO. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL.

En relación con la posible inscripción de un documento notarial venezolano por el que se formaliza una compraventa de una finca radicada en España, debe sostenerse dicha posibilidad, partiendo de lo establecido en los artículos 4 de la LH y 36 de su Reglamento, que son las normas aplicables según la regla recogida en el artículo 10.1 del Código Civil. No puede sostenerse que para inscribir en el Registro español sea imprescindible el documento notarial español, porque si no resultaría ocioso el citado artículo 4 de la LH. Ahora bien, debe acreditarse al Registrador, en los términos previstos en el artículo 36 del RH, el cumplimiento del derecho extranjero en todo lo relativo a capacidad de las partes, contenido obligacional y formas y solemnidades del documento, según los correspondientes puntos de conexión de las normas de Derecho Internacional Privado. Los asientos practicados se hallan bajo la salvaguarda de los Tribunales y no cabe discutir su validez al tiempo de calificar documentos posteriormente practicados.

Resolución de 24-2-2012
(BOE 16-3-2012)
Registro de Almuñécar

DISOLUCIÓN DE CONDOMINIO.

Existiendo una cotitularidad sobre varias fincas entre dos hermanos, aunque en alguna de las fincas uno de los hermanos es titular de la participación indivisa con carácter ganancial, ningún obstáculo hay para que se realice la disolución de todo el condominio en un solo acto.

Resolución de 27-2-2012
(BOE 29-3-2012)
Registro de Betanzos

PARTICIÓN DE HERENCIA EN DERECHO GALLEGO: ACTA NOTARIAL DE NOTIFICACIÓN.

El acta de notificación prevista en los artículos 296 y 307 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil en Galicia, si quien debe ser notificado reside en otro país de la UE, debe tramitarse conforme lo establecido en el Reglamento 1393/2007, del Parlamento y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007.

Resolución de 27-2-2012
(BOE 29-3-2012)
Registro de Torredembarra

ARTÍCULO 98 DE LA LEY 24/2001. CONCURSO DE ACREEDORES: EFECTOS DEL CONVENIO.

El Registrador debe calificar la congruencia del juicio de suficiencia realizado por el Notario, para lo que necesita que se aporten los datos precisos para hacer una comparación entre las facultades que presupone la apreciación de la representación y el acto documentado. En concreto, si se trata de una dación en pago de unos créditos concursales, será preciso que se exprese en qué fase se encuentra el concurso. Para ello el Registrador puede acudir a la consulta telemática del Registro Mercantil, sin que tal extremo quede impedido por el principio de rogación, que juega respecto al hecho de solicitar la inscripción, pero no afecta a la facultad del Registrador de proveerse de todos los medios de prueba precisos para juzgar la validez de la inscripción que se le solicita, especialmente si se trata de asientos de un Registro público. Para inscribir esta dación es necesario que se aporte el contenido del convenio, para poder determinar si del mismo resulta alguna limitación que afecte a la operación.

Resolución de 27-2-2012
(BOE 29-3-2012)
Registro de Torrelavega, número 3

PROYECTO DE EQUIDISTRIBUCIÓN URBANÍSTICA.

El momento de la aprobación definitiva del proyecto de equidistribución es el determinante para que se produzcan los efectos traslaticios propios de dicho proceso. Por ello puede el Registrador exigir que se acredite cómo se han cumplido las obligaciones pecuniarias que han sustituido a la de cesión de las parcelas representativas del aprovechamiento que corresponde a la administración.

Registro Mercantil

Por Ana M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 25-1-2012
(BOE 12-3-2012)
Registro Mercantil de Toledo

OBJETO SOCIAL. SEGUROS.

«Intermediación en la venta de seguros». Dado que el artículo 7.1 de la Ley 26/06 determina que la condición de agente de seguros exclusivo, de agente de seguros vinculado y de corredor de seguros son incompatibles entre sí, en cuanto a su ejercicio al mismo tiempo por las mismas personas físicas o jurídicas, es

imprescindible especificar cuál de estas actividades de intervención constituye el objeto social.

Resolución de 26-1-2012
(BOE 12-3-2012)
Registro Mercantil de La Rioja

IMPUESTO.

A diferencia de los casos de no sujeción, en los supuestos de exención existe obligación de presentación del documento que contiene el hecho imponible ante el organismo competente. En el caso de que los órganos competentes de las Comunidades Autónomas respectivas hayan dictado normas específicas de actuación con relación a la liquidación del ITP y AJD (incluyendo operaciones societarias) que exijan como única forma de acreditación del pago o exención la nota justificativa de la presentación, de conformidad con la normativa general y sin perjuicio del sistema de notificaciones previsto en la Instrucción de 18 de mayo de 2011.

Resolución de 1-2-2012
(BOE 1-3-2012)
Registro Mercantil de Valencia

REGISTRO DE BIENES MUEBLES. TRACTO SUCESIVO. HIPOTECA MOBILIARIA.

El Registro de Bienes Muebles se crea por integración en él de Registros ya existentes con cometidos y competencias distintos. El que sea un registro de titularidades y no sólo de gravámenes no significa que deba aplicarse el régimen propio de los bienes inmuebles por transposición automática, especialmente en el caso de inmatriculación, dado que son de aplicación preferente los preceptos específicos de la legislación mobiliaria aplicable a cada sección del Registro.

En la hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento no es necesaria la previa inscripción a favor de la persona que otorgue el título (art. 68 LHM y PSD). Sí es necesario especificar el título en concreto de adquisición del bien gravado.

Ello no impide que la adquisición del dominio pueda ser inscrita con carácter facultativo o voluntario. Solo es imperativa la previa inscripción en el caso de aeronaves (art. 68 LHM y PSD) y de buques (art. 15 LHN). Fuera de estos supuestos, el principio de tracto sucesivo en sede de HM y PSD, en cuanto a la previa inscripción del dominio a favor del constituyente del gravamen, solo se aplica en aquellos casos en que voluntariamente se hubiera inscrito el dominio y se pretenda después la inscripción de una carga constituida por un tercero distinto del titular registral o la anotación de un embargo o demanda acordada en procedimiento dirigido contra quien no sea titular registral.

Resoluciones de 4 y 6-2-2012
(BOE 1-3-2012)
Registro Mercantil de Cádiz

AUMENTO DE CAPITAL. DERECHO DE ASUNCIÓN PREFERENTE. COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS.

Tras la entrada en vigor de la LSC, en el aumento de capital con aportaciones no dinerarias —en este caso por compensación de créditos— no existe derecho de asunción preferente en sociedades de responsabilidad limitada, al igual que fue suprimido en sociedades anónimas por la Ley 3/2009.

El hecho de que pueda derivarse una eventual desprotección del socio en los casos en que la extinción de los créditos contra la sociedad a cambio de las participaciones creadas pudiera no estar justificada en el interés de la sociedad, no impide la adecuada reacción de quienes se consideren con derecho a cuestionar la validez del acuerdo mediante la correspondiente acción de impugnación, cuyo conocimiento corresponde a los Tribunales.

Resolución de 7-2-2012

(BOE 3-3-2012)

Registro Mercantil de Barcelona

DERECHO DE SEPARACIÓN. SOCIEDAD PROFESIONAL. DERECHO DE SEPARACIÓN.

La amplitud con que se admite el derecho de separación en SL, se justifica como compensación por la eventual prohibición estatutaria de la transmisibilidad de las participaciones o por las dificultades de la realización de su valor patrimonial y la inexistencia de un mercado de participaciones. Se trata de asegurar al socio la posibilidad de transmitir las o de salir de la sociedad para que no quede convertido en «prisionero de sus participaciones».

Tratándose de sociedad profesional, este derecho es aún más amplio para el socio profesional, dada la obligación de realizar prestaciones accesorias y por la intransmisibilidad de las participaciones sin el consentimiento de todos los socios o de la mayoría especial que expresen los estatutos. Puede ejercitarse en cualquier momento y es eficaz desde el momento en que se notifique a la sociedad. Pero este derecho de *ius cogens* no impide una modalización de su ejercicio como la debatida —que exige un preaviso de dos meses, salvo que la causa sea una de las legales del art. 346 LSC—, pues contribuye a salvaguardar los intereses de los acreedores —en el caso de reducción— y los de la sociedad —evitando un ejercicio abusivo del derecho— y no implica una vinculación excesiva para el socio puesto que, al ser aplicada, deben respetarse los límites mínimos impuestos por los usos, la buena fe y la prohibición del abuso del derecho.

Resolución de 8-2-2012

(BOE 5-3-2012)

Registro Mercantil de Badajoz

CALIFICACIÓN. JUNTA GENERAL. CONVOCATORIA. LEGITIMACIÓN. CUENTAS ANUALES. CIERRE REGISTRAL.

El objeto del recurso se ciñe estrictamente al contenido de la nota del Registrador sin que pueda entrarse en cuestiones no señaladas en la misma. No

pueden tenerse en cuenta documentos que aquel no tuvo a su disposición al realizar la calificación.

Los defectos formales de convocatoria deben considerarse subsanados, siempre que no se comprometan los derechos individuales de los socios, especialmente de asistencia y voto, pero la convocatoria debe hacerse por persona legitimada para ello. En este caso no es válida, pues la realiza el presidente del Consejo que había cesado en su cargo unos días antes y además, cuando existe Consejo de administración, es de su competencia y no de su presidente llevarla a cabo. La presencia en la junta de un socio para oponerse a su celebración, no convalida el eventual defecto de falta de legitimación.

El cierre del Registro sólo procede para el caso de incumplimiento de la obligación de depositar las cuentas, no porque no hayan sido aprobadas o formuladas. Las normas sobre cierre registral deben interpretarse restrictivamente. Se condiciona el levantamiento del cierre únicamente a la acreditación de la falta de aprobación, siendo irrelevante la causa de esta.

Resolución de 9-2-2012

(BOE 8-3-2012)

Registro Mercantil de Barcelona

JUNTA GENERAL. CONVOCATORIA. FORMA. WEB.

Constando en los estatutos como forma de convocatoria, «la de comunicación individual y escrita... por correo certificado con acuse de recibo», no es posible que, por certificación del administrador, se consigne en la hoja social, por nota marginal, la web de la sociedad a los efectos del artículo 173 LSC, es decir, para establecer el medio de comunicación del anuncio a los socios. Las Instrucciones de la DGRN, de 18 y 27-5-2011, no pretendieron alterar el contenido de los estatutos de las SL que tuvieran establecida una forma de convocatoria, sino solo posibilitar a las SA o SL, sin regulación estatutaria de forma de convocatoria, que pudieran sustituir, con seguridad para los socios la publicación en un diario por la publicación en la web social.

Lo procedente es modificar los estatutos en lo relativo a la forma de convocatoria y, a continuación, hacer constar la dirección de la web en el Registro. La modificación estatutaria es competencia de la junta, al igual que la creación de la web corporativa, que es la «sede electrónica» a que se refiere el artículo 11 bis LSC, y la que debe servir para las finalidades establecidas en la propia ley o en los estatutos.

Resolución de 14-2-2012

(BOE 8-3-2012)

Registro Mercantil de Madrid

RECURSO GUBERNATIVO. PLAZO. CALIFICACIÓN. MOTIVACIÓN. CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN. NÚMERO DE CONSEJEROS.

El plazo para recurrir se cuenta desde la notificación de la calificación. No desde la nueva entrada del documento en el Registro, si no hay nueva calificación.

Pero si la nota registral confirmatoria de la anterior incluye pie de recurso, se inician nuevamente los plazos para ello.

La motivación de la nota puede ser sucinta pero suficiente. No basta la mera cita rutinaria de un precepto legal. Es preciso justificar la razón de su aplicación.

No puede obstaculizar el nombramiento de un cargo en el consejo en el que este, por circunstancias sobrevenidas, no esté compuesto por el número que fijan los estatutos. El que exista una vacante no impide el funcionamiento del consejo ni la inscripción de los acuerdos que el mismo adopte.

La resolución analiza las especiales circunstancias de la sociedad «Corporación de Radio y Televisión Española, S. A.», sometida a una regulación propia en lo relativo a caducidad de nombramientos y competencia para la designación de cargos.

Resolución de 15-2-2012
(BOE 13-3-201)
Registro Mercantil de Valencia

SOCIEDAD LIMITADA DE NUEVA EMPRESA. AUMENTO DE CAPITAL. COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS.

La diversidad de objetos que pueden ser aportados a una sociedad se subsumen en dos grandes categorías: aportaciones de dinero y aportaciones en especie (es decir, que no sean metálico), llamadas por la doctrina aportaciones *in natura* o no dinerarias. La compensación de créditos como modalidad de aumento, sin perjuicio de su peculiar naturaleza como vía de conversión de deuda social en capital, participa de la naturaleza de las aportaciones no dinerarias.

En la SLNE, tras la entrada en vigor de la LSC, todo el capital, hasta su cuantía máxima, debe ser desembolsado con aportaciones dinerarias. Aunque la fecha de los créditos sea anterior a dicha entrada en vigor, no se les puede aplicar la legislación vigente en el momento en que fueron contraídos, sino la vigente en el momento de su compensación.

La Resolución hace un análisis de la supuesta extralimitación del Real Decreto Legislativo 1/2010, que aprobó el TRLSC.

Resolución de 25-2-2012
(BOE 29-3-2012)
Registro Mercantil de Madrid

REDUCCIÓN Y AUMENTO DE CAPITAL.

No se trata, propiamente, de una operación acordeón, puesto que la reducción no es a cero. En cualquier caso, la verificación del balance en la reducción por pérdidas solo tiene sentido en la medida en que los intereses de los socios y acreedores se encuentren en situación de sufrir un perjuicio. Por ello la Dirección General ha afirmado la posibilidad de excluir la verificación cuando concurre el consentimiento de todos los socios y cuando los intereses de los acreedores so-

ciales están salvaguardados por mantenerse e incluso fortalecerse en la situación económica de la sociedad por un subsiguiente aumento de capital. Pero no en el caso debatido en que, tras la reducción, se aumenta el capital hasta una cifra inferior a la inicial, pues la cifra de retención que implica el capital social sufre una disminución en perjuicio de los acreedores.

Resolución de 27-2-2012
(BOE 29-3-2012)
Registro Mercantil de Pontevedra

CIERRE REGISTRAL. BAJA EN EL ÍNDICE DE HACIENDA. FALTA DE DEPÓSITO DE CUENTAS.

Inscrita la baja provisional en el Índice de Entidades de la AEAT, se produce un cierre casi absoluto de la hoja registral. No cabe la inscripción del cese de los administradores. Ello está justificado porque se produce un incumplimiento de obligaciones fiscales de la sociedad de las que puede responder el administrador, por lo que no debe facilitarse su desvinculación frente a terceros.

En caso de falta de depósito de las cuentas anuales o, al menos, de no acreditarse la falta de aprobación de las mismas, puede inscribirse el cese de los administradores, pero no los nuevos nombramientos.

Registro de Bienes Muebles

Por Ana M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 11-1-2012
(BOE 30-1-2012)
Registro Mercantil de Pontevedra

ANOTACIÓN DE EMBARGO.

No cabe practicar anotación preventiva de embargo cuando el vehículo embargado aparece en la base datos de la DGT asociado a un DNI/NIF distinto del de la persona contra la que se decreta el embargo.

La presunción de titularidad de un bien mueble registrable, en el ámbito jurídico, la determina el Registro de Bienes Muebles, que es un registro de titularidades en el que rigen los principios de tracto sucesivo, legalidad y legitimación, pero la Instrucción de 3-12-2002 faculta a los registradores para utilizar como instrumento auxiliar en su calificación el sistema de interconexión informática entre el Registro de Bienes Muebles y el Administrativo de Vehículos de la DGT.

RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *DOGC*

Por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución 627/2012, de 24-02-2012
(*DOGC* 11-4-2012)
Registro de Roses, número 2

OBRAS NUEVAS ANTIGUAS: DIVISIÓN HORIZONTAL.

Acreditado por certificación de un arquitecto que la obra se terminó hace más de veinticinco años, no se puede exigir licencia de obras ni tampoco la correspondiente autorización administrativa para dividir horizontalmente el edificio.

Resolución 628/2012, de 28-02-2013
(*DOGC* 11-4-2012)
Registro de Terrassa, número 3

PATRIA POTESTAD: CONFLICTO DE INTERESES.

Existiendo conflicto de intereses entre dos menores y su madre, que las representa en ejercicio de la patria potestad, no cabe sanar dicha situación con el consentimiento de los dos parientes previsto como mecanismo alternativo a la autorización judicial en los casos en que esta es necesaria.

Resolución 660/2012, de 12-03-2012
(*DOGC* 11-4-2012)
Registro de Tremp

CÉDULA DE HABITABILIDAD.

Es necesario acreditar, mediante documento fehaciente, que la edificación está en ruinas, o, en su defecto, aportar la pertinente cédula de habitabilidad para poder inscribir la venta.

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

*INCLUSIÓN INJUSTIFICADA DE PERSONA FÍSICA O JURÍDICA
EN EL REGISTRO DE MOROSOS Y EL DERECHO AL HONOR.
ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL (1)*

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
*Profesora Contratada Doctora
Derecho Civil. UCM*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LOS REGISTROS DE MOROSOS.—II. INTRO-
MISIÓN ILEGÍTIMA: LA INCLUSIÓN ERRÓNEA.—III. PROTECCIÓN DEL
HONOR Y APLICACIÓN DE LA LO 1/1982.—IV. EL HONOR DE LAS PER-
SONAS JURÍDICAS Y EL REGISTRO DE MOROSOS.—V. PROTECCIÓN
DEL HONOR Y APLICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 15/1999, DE 13 DE
DICIEMBRE, DE PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL. EL
SUPUESTO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.—VI. CALIFICACIÓN COMO
DAÑO CONTINUADO DE LA INCLUSIÓN EN EL REGISTRO DE MORO-

(1) El breve análisis del tema planteado se debe a la publicación de la STS, Sala Primera de lo Civil, de 30 de noviembre de 2011, recurso: 1692/2010 (Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. Número de sentencia: 899/2011. Número de recurso: 692/2010. Diario La Ley, núm. 7774, Sección Jurisprudencia, de 12 de enero de 2012, año XXXIII, Editorial LA LEY. LA LEY 231614/2011).

En ella se analiza la inclusión del nombre del demandante en diferentes registros de morosos, a instancia de una entidad bancaria, de forma injustificada. Además se analiza la inexistencia de caducidad de la acción de protección del derecho al honor por el transcurso del plazo de cuatro años legalmente previsto. Los daños producidos al demandante tienen naturaleza de daños continuados, ya que la causa que originó la intromisión en su derecho al honor (la imputación de ser moroso) persistió hasta que no se le dio de baja en los citados registros, la cual tuvo lugar cuando finalizaron los procedimientos monitorios de reclamación de cantidad que se interpusieron en su contra y que concluyeron con sendas resoluciones absolutorias, consumándose entonces la intromisión en el derecho al honor al constatarse la inexistencia de la deuda, momento a partir del cual se inició el plazo para poder ejercitar las acciones correspondientes. Desde ese momento hasta la interposición de la demanda no había transcurrido el plazo de caducidad previsto en el artículo 9.5 de la LO 1/1982.

SOS.—VII. CÓMPUTO DEL PLAZO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN DE SU DERECHO AL HONOR.—VIII. EXISTENCIA DE DAÑO MORAL Y DE PERJUICIO PATRIMONIAL: PRESUNCIÓN LEGAL.—IX. BIBLIOGRAFÍA.—X. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TEDH, TC, TS, AP Y JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA) CITADAS.—XI. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN: LOS REGISTROS DE MOROSOS (2)

En 2004 ya la STS de 5 de julio (3) cuyo ponente fue Alfonso VILLAGÓMEZ, concretó que *simplemente la inclusión de una persona en el RAI se presenta como una actuación sancionadora en potencia por las consecuencias de signo negativo que pueden afectar al inscrito* en cuanto a sus relaciones comerciales futuras con las entidades bancarias. Asimismo este hecho sobrepasa de forma afrentosa lo que podía ser seria y hasta necesaria información para la comunidad de negocios bancarios, cuando se basa en hechos no veraces, es decir, que se ha producido la inclusión de quien efectivamente no resulta deudor, como aquí sucede, al que no se le comunicó que pasaba a formar parte de dicho registro de morosos (listados negros) (4).

En el mismo sentido siguió diversa jurisprudencia de la Sala Primera del TS pero también de las Audiencias, como la SAP de Cáceres, Sección 1.^a, de 16 de septiembre de 2009, de la que fue ponente BOTE SAAVEDRA, quien indicó que cuando el derecho constitucional de comunicar libremente información —art. 20.1 CE— puede afectar a otros derechos constitucionales, entre ellos el del honor

(2) Siguiendo a GRACIANO REGALADO, hay dos únicos ficheros privados con cobertura en todo el territorio nacional (sin tener en cuenta aquellos que tienen menor extensión territorial o son sectoriales, es decir, referidos a una parcela concreta de actividad y, por supuesto, todos los de naturaleza pública), esto es, el Registro de Aceptaciones Impagadas (fichero RAI), cuyo responsable es el Centro de Cooperación Interbancaria y cuyo tratamiento es competencia de la empresa Cálculo y Tratamiento de la Información CTI, S. A.; y el fichero ASNEF, cuya responsabilidad corresponde a ASNEF-EQUIFAX, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, S. L., correspondiendo el tratamiento del fichero a la empresa Equifax Ibérica, S. L. (vid. GRACIANO REGALADO, Juan Carlos, «Ficheros de información sobre solvencia patrimonial y crédito: los ficheros RAI y ASNEF», en *Diario La Ley*, núm. 6223, Sección Doctrina, de 4 de abril de 2005, Ref. D-77, Editorial LA LEY. LA LEY 953/2005).

(3) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 5 de julio de 2004, recurso: 4527/1999. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de sentencia: 660/2004. Número de recurso: 4527/1999. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 1717/2004.

(4) GRACIANO REGALADO dice que «no hay que olvidar que *para las entidades de financiación* lo fundamental es que estos ficheros contengan información veraz —y en tiempo real— sobre la solvencia de sus potenciales clientes, impidiendo u obstaculizando la realización de operaciones fallidas o aquellas en las que el cliente pueda devenir moroso.

Para *el cliente* también es fundamental que la información proporcionada por dichos ficheros sea veraz, y también en este caso, que responda fielmente a la realidad del momento considerado, puesto que en esta información se fundamenta su credibilidad y con ello la posibilidad de obtener la financiación solicitada.

El sector público hace valer en este escenario su papel de gendarme, haciendo cumplir la legalidad a unos y otros, en beneficio del conjunto del sistema financiero y de los ciudadanos» (vid. GRACIANO REGALADO, Juan Carlos, «Ficheros de información sobre solvencia patrimonial y crédito: los ficheros RAI y ASNEF», en *Diario La Ley*, núm. 6223, Sección Doctrina, de 4 de abril de 2005, Ref. D-77, Editorial LA LEY. LA LEY 953/2005).

—el art. 18 CE—, es preciso, que lo informado sea veraz. Y esto supone el deber especial del informador de comprobar la autenticidad de los hechos que expone mediante las oportunas averiguaciones, empleando la diligencia que, en función de las circunstancias de lo informado, medio utilizado y propósito pretendido, resulte exigible al informador (5).

Análogo a estos registros de morosos se indica por MAGRO SERVET el *supuesto del tablón de anuncios*.

La STS de 24 de enero de 2008 (6) analizó un caso en el que un club deportivo había hecho constar la situación de moroso de un socio en el tablón de anuncios del club. El socio entendió que se había vulnerado su derecho al honor por producir una situación de menosprecio público y sanción moral que no tenía obligación de soportar. Según MAGRO SERVET el supuesto puede extrapolarse a la inserción de la convocatoria de una junta de propietarios en el *tablón de anuncios de una comunidad*, aunque las consideraciones sean distintas, ya que mientras que en materia de propiedad horizontal (7) es preceptiva la inserción en el tablón de anuncios de la morosidad en los supuestos de ilocalización de algunos comuneros para convocarles a la celebración de la junta ningún precepto permite u obliga a realizar la inserción de anuncios en un tablón de personas que estén en situaciones de morosidad (8).

La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, sobre solvencia patrimonial y crédito, si bien referido a las *personas físicas* [a tenor de los arts. 1.3.a) y e), 5.4, 6.1], subordina el tratamiento de dichos datos a su obtención en los registros y fuentes accesibles al público, a su facilitación por el interesado o a que, de suministrarlos un tercero, preste su consentimiento o sea notificado, a fin de garantizar la veracidad de una información que indudablemente afecta a la fama, crédito y buen nombre del afectado, o al menos de concederle la oportunidad de contrastar lo publicado.

Ahora bien, el hecho de que las *personas jurídicas* no merezcan la protección que concede la Ley Orgánica 15/99, no legitima la información de la misma clase de datos sin el previo, genérico e ínsito requisito para el válido ejercicio del referido derecho constitucional de contrastar su veracidad. Si las personas jurídicas son titulares del derecho al honor, en el sentido aquí ejercido de prestigio comercial o buen renombre empresarial, es consustancial a él que las informaciones referentes a hechos que puedan afectarle o dañarle sean veraces, lo que exige una previa comprobación por quien los pone a disposición de otros, sin que pueda eximirle de ella la circunstancia de que se los facilite un asociado.

(5) SAP de Cáceres, Sección 1.ª, de 16 de septiembre de 2009, recurso: 395/2009. Ponente: Juan FRANCISCO BOTE SAAVEDRA. Número de sentencia: 364/2009. Número de recurso: 395/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 192396/2009. Y cita a las SSTC 192/90, 20/92, 178/93, 22/95, 52/96, 190/96, entre otras.

(6) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 24 de enero de 2008, recurso: 640/2001. Ponente: Jesús CORBAL FERNÁNDEZ. Número de sentencia: 20/2008. Número de recurso: 640/2001. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 8955/2008.

(7) La utilización de los tabloneros de anuncios para fijar situaciones de morosidad fue una de las modificaciones más importantes que introdujo la reforma de la LPH por la Ley 8/1999, de 6 de abril, de Reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal (LA LEY 1503/1999).

(8) MAGRO SERVET, Vicente, «¿Afecta al derecho al honor de un moroso que aparezca su nombre en un tablón de anuncios? (análisis de la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de enero de 2008)», en *Diario La Ley*, núm. 7031, Sección Doctrina, de 10 de octubre de 2008, año XXIX, Ref. D-287, Editorial LA LEY. LA LEY 39991/2008.

II. INTROMISIÓN ILEGÍTIMA: LA INCLUSIÓN ERRÓNEA

La primera cuestión a analizar es si la *inclusión errónea* de una persona en un *registro de morosos* constituye una intromisión ilegítima en el derecho al honor. La calificamos de errónea porque *no concurre veracidad* en dicha calificación de moroso.

Además, su inclusión en el Registro de morosos implica una *imputación*, la de ser moroso, que lesiona la dignidad de la persona, menoscaba su fama y atenta a su propia estimación.

La primera sentencia que se pronunció tan rotundamente fue, como ya hemos expuesto, la sentencia de 5 de julio de 2004, de la que fue ponente don Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL (9).

Contempló el caso de la inclusión de una persona en el *Registro de aceptaciones impagadas*, conocido por RAI (10), por impago de unas letras de cambio cuya firma en la aceptación era falsa. La STS dice, respecto a tales registros, que «es práctica bancaria que exige una correcta utilización, por lo que ha de rechazarse cuando se *presenta abusiva y arbitraria* como aquí sucede, ya que evidentemente la inclusión en el RAI resulta notoriamente indebida y no precisamente por error cuando era conocido que no se trataba de persona morosa» (11).

Se produce una vulneración del derecho al honor porque existe una «inclusión indebida en dicho registro, por deuda inexistente, lo que —sobre todo tratándose de una persona no comerciante—, supone desmerecimiento y descrédito en la consideración ajena (art. 7-7.º de la LO 1/82), pues esta clase de registros suele

(9) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 5 de julio de 2004, recurso: 4527/1999. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de sentencia: 660/2004. Número de recurso: 4527/1999. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 1717/2004.

La cuestión a decidir en este recurso de casación es si efectivamente constituye ataque al honor del demandante la inclusión del mismo que llevó a cabo la recurrente Caja de Ahorros del Mediterráneo en el Registro de Aceptaciones Impagadas (RAI), en razón a la aceptación de dos letras de cambio libradas por Construcciones Martínez y Piñeira, S. L. —codemandada que resultó absuelta—, la que había entregado las cambiales a la Caja para su descuento, no habiendo sido abonadas por el librado referido al tiempo de sus vencimientos (27 de mayo y 26 de junio de 1992), ya que no adeudaba el importe de los efectos a la mercantil libradora y la firma que aparecía en las letras no era la suya, pues había sido objeto de falsificación y esta falsedad resultó hecho veraz y cierto desde el momento en que fue decretada en proceso penal, que terminó por sentencia condenatoria dictada el 12 de junio de 1995.

(10) El RAI actúa como instrumento útil para las entidades bancarias al incluir en el mismo las personas que a su juicio resultan no pagadoras e incluso mal pagadoras y sirve para comunicarse entre sí esta circunstancia que actúa como medida de advertencia para mantener o no relaciones bancarias con los inscritos como morosos.

(11) Esta actuación del RAI, como puede verse, es calificada de un uso bancario que se presenta como mal uso por extralimitado, imprudente y precipitado, y no cabe la protección de exoneración de responsabilidad que establece el artículo 2.2.º de la LO 1/1982, ya que el RAI no cuenta con amparo legal suficiente y solo es práctica bancaria que exige una correcta utilización, por lo que ha de rechazarse cuando se presenta abusiva y arbitraria como aquí sucede, ya que evidentemente la inclusión en el RAI resulta notoriamente indebida y no precisamente por error cuando era conocido que no se trataba de persona morosa. De ello parece deducirse que cuando se trate de una inclusión en el registro por razones de veracidad, y no imprudente o sin trasfondo real de deuda reconocida, la inserción será correcta al estar constantemente la jurisprudencia haciendo mención a la mala praxis cuando se trate de inclusión errónea o de deuda inexistente.

incluir a personas valoradas socialmente en forma negativa o al menos con recelos y reparos, sobre todo cuando se trata de llevar a cabo relaciones contractuales con las mismas».

Posteriormente dicha doctrina fue seguida por la STS, Sala Primera, de 24 de abril de 2009, cuyo ponente fue Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ (12).

También hay jurisprudencia de las Audiencias en el mismo sentido, como la de la SAP de Madrid, Sección 19.^a, de 24 de septiembre de 2010, siendo ponente don Epifanio LEGIDO LÓPEZ, que aunque declara la inexistencia de vulneración del derecho al honor del demandante por la inclusión en una base de datos de morosidad, a instancia de compañía de telefonía móvil, pues no puede sostenerse que la compañía demandada suministrara de forma gratuita terminales telefónicos, aceptándose por el actor el pacto de permanencia y la cláusula penal, en el supuesto de que cambiase de compañía antes del término fijado contractualmente. Sí recoge la doctrina del TS al exponer que la inclusión en el registro de morosos por una deuda inveraz puede considerarse lesiva del derecho al honor, en el presente caso se da cumplimiento a los requisitos que establece el artículo 29 de la LO 15/1999, de forma que la inclusión de datos se ajusta a derecho, no lesionando el derecho al honor del actor.

III. PROTECCIÓN DEL HONOR Y APLICACIÓN DE LA LO 1/1982

Al calificarse la inclusión de errónea se incurre en intromisión ilegítima en el derecho al honor de la persona afectada, siendo de aplicación la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (13), cuyo artículo 7.7 tipifica la intromisión ile-

(12) Y por multitud de sentencias como la SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.^a, de 14 de julio de 2008 (recurso: 58/2008. Ponente: Eugenio Santiago DOBARRO RAMOS. Número de sentencia: 328/2008. Número de recurso: 58/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 272640/2008) entendió que la inclusión del demandante en un fichero de morosos constituía una intromisión ilegítima en el derecho del honor de una persona porque *constaba acreditado que la cuenta bancaria que resultó impagada no era de su titularidad, lo que comunicó al banco, siendo diligencia exigible de este la constatación de tales hechos obstativos, lo que no hizo, limitándose sin más a la inclusión del actor en los registros de morosos, con el demérito que supone en el ámbito económico de las operaciones crediticias.*

(13) La intromisión ilegítima al honor del apartado 7.º del artículo 7 de la LO 1/1982 exige la concurrencia de cuatro requisitos:

1. La *publicidad* de la situación de morosidad: ya no se hace referencia a la *divulgación*, sino a la «imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor que lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación».

2. La *carencia del interés general*, como puede ser *poner en evidencia públicamente a una serie de personas que se negaban a pagar unas derramas especiales aprobadas por el Club y así conseguir de forma coactiva que las pagaran.*

3. La *veracidad de la información*: el ataque a la verdad puede producirse omitiendo circunstancias relevantes o por una determinada forma de presentar la información. No es preciso una verdad absoluta y objetiva, sino que es suficiente que la información se haya comprobado y contrastado.

4. Existencia de ánimo injuriante y doctrina jurisprudencial sobre el «reportaje neutral» o «información neutral». En el caso de que se incluya a un sujeto en una lista de morosos es evidente que la finalidad es simplemente coactiva y de descrédito y desmerecimiento público del afectado.

gítima en el derecho al honor (14), y el artículo 9.3 (15) proclama la presunción *iuris et de iure* de la existencia del perjuicio y su extensión al daño moral (16).

El TS ha concretado que debe aplicarse el citado artículo 7.7 porque expresamente se atenta contra el honor; aunque también reconoce que previamente se había estudiado y tenido en cuenta la aplicación del 7.4, que se refiere a la protección del derecho a la intimidad en su faceta de revelación del secreto profesional, y el artículo 7.3, que es relativo también al derecho a la intimidad, y aunque pueden entremezclarse y hasta confundirse honor e intimidad y mucho más la intimidad y la imagen. Sin embargo afirma que son derechos distintos entre sí y que debe primarse la *protección del derecho al honor*.

La intromisión ilegítima en el honor de una persona se define y concreta en el artículo 7.7, como *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*.

La definición doctrinal, recogida y reiterada en la jurisprudencia (17) es: *dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona*. De donde derivan los dos aspectos también reiterados en la jurisprudencia (18):

- el *aspecto interno* o *inmanencia*, como sentimiento de la propia dignidad, subjetivo,

(14) Artículo séptimo: *Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta Ley: 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*. Según la redacción de la LO 10/95, de 23 de noviembre.

(15) *La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido*.

(16) MAGRO indica que «el TS añade un importante dato, cual es que a todo lo anterior hay que añadir una característica; a saber: no se precisa en la persona que ataca (la que comete la intromisión ilegítima) el derecho al honor; la intención, dolo o culpa de dañar tal derecho; se trata de una responsabilidad objetiva: cuando se da la intromisión ilegítima, se presume *iuris et de iure* [art. 9.3 de la Ley Orgánica, de 5 de mayo de 1982 (LA LEY 1139/1982)] el perjuicio, al que corresponde la indemnización por el daño moral. Así, la jurisprudencia ha mantenido que si se produce un ataque al honor, no es preciso dolo o culpa en el atacante, desde las sentencias de 30 de marzo de 1988 (LA LEY 59350-JF/0000) y 16 de diciembre de 1988 (LA LEY 153521-JF/0000) hasta la de 4 de febrero de 1993 (LA LEY 465-5/1993) que dice, literalmente: "...el hecho de que el informador careciese de propósito difamatorio, al no ser precisa la existencia de una específica intención de dañar o menospreciar". Vid. MAGRO SERVET, Vicente, «¿Afecta al derecho al honor de un moroso que aparezca su nombre en un tablón de anuncios? (análisis de la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de enero de 2008)», en *Diario La Ley*, núm. 7031, Sección Doctrina, de 10 de octubre de 2008, año XXIX, Ref. D-287, Editorial LA LEY. LA LEY 39991/2008.

(17) Desde la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 4 de noviembre de 1986. Ponente: Cecilio SERENA VELLOSO. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 11485-JF/0000.

(18) Desde la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 23 de marzo de 1987. Ponente: Mariano MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 154969-JF/0000.

Vid. también en torno a esta cuestión: ALMAGRO NOSETE, José, «Los morosos putativos», en *Diario La Ley*, núm. 7180, Sección Columna, de 22 de mayo de 2009, año XXX, Ref. D-186, Editorial LA LEY. LA LEY 12139/2009.

- y el *aspecto externo o trascendencia*, como sentimiento de los demás a la propia persona, objetivo (19).

O'CALLAGHAN, en 2009, aplicó estos criterios en la sentencia de 24 de abril (20), indicando que una persona, ciudadano particular o profesionalmente comerciante, cuando se ve incluido en dicho registro, le afecta directamente a su dignidad, interna o subjetivamente e igualmente le alcanza, externa u objetivamente en la consideración de los demás, ya que se trata de una imputación de un hecho consistente en ser incumplidor de su obligación pecuniaria que, como se ha dicho, lesiona su dignidad y atenta a su propia estimación, como aspecto interno y menoscaba su fama, como aspecto externo.

VILLAGÓMEZ, en 2004, ya indicó en la sentencia de 5 de julio (21), que la inclusión del actor en el RAI, aunque no lleva consigo un acto de divulgación, hay que tener presente que no se trataba de Registro propio, interno y cerrado de la Caja recurrente, sino plural para las entidades bancarias asociadas, con acceso al mismo de los empleados y personas interesadas. La *divulgación* no exige tenga que ser necesariamente por medio de la prensa, radio, televisión o cualquier medio de comunicación social, sino que como el vocablo indica se divulga un hecho cuando se propaga, revela o difunde al exterior y así como también cuando se facilita que el público pueda conocer la noticia (22).

(19) Lo destacan: STS, Sala Primera, de lo Civil, de 22 de julio de 2008 (recurso: 3635/2001. Ponente: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA. Número de sentencia: 757/2008. Número de recurso: 3635/2001. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 96416/2008), y STS, Sala Primera, de lo Civil, de 17 de febrero de 2009 (recurso: 1555/2004. Ponente: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. Número de sentencia: 93/2009. Número de recurso: 1555/2004. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 3328/2009: El malestar que sufre una persona por las opiniones de otra no alcanza a la protección jurídica, ya que objetivamente no aparece realmente una ofensa que pueda merecer la calificación jurídica de atentado al honor).

(20) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 24 de abril de 2009, recurso: 2221/2002. Ponente: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. Número de sentencia: 284/2009. Número de recurso: 2221/2002. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 34580/2009.

(21) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 5 de julio de 2004, recurso: 4527/1999. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de sentencia: 660/2004. Número de recurso: 4527/1999. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 1717/2004.

(22) Otras sentencias que siguen esta línea son:

- La SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4.ª, de 27 de mayo de 2002, recurso: 283/2002 (Ponente: Emilio Fernando SUÁREZ DÍAZ. Número de sentencia: 201/2002. Número de recurso: 283/2002. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 100413/2002): «...E incluyendo a la clienta en dos registros de morosos, lo que, indudablemente, pone de manifiesto no solo una actuación desconsiderada y no exenta de cierta prepotencia hacia la clientela, sino un incumplimiento de varios aspectos de la Instrucción número 1/1995 de la Agencia de Protección de Datos...».

- La SAP de Madrid, Sección 11.ª, de 13 de febrero de 2003, recurso: 6/2001 (Ponente: Félix ALMAZÁN LAFUENTE. Número de sentencia: 237/2003. Número de recurso: 6/2001. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 31221/2003): «...Sentado este ilegal proceder, es patente la existencia de la vulneración denunciada, incardinable en el artículo 7.3 de la Ley Orgánica 1/1982, al haberse divulgado, mediante su inclusión en un fichero de morosos, de datos relativos a la actividad comercial de la demandada que afectan a su reputación patrimonial, obtenidos vulnerando, radicalmente, la normativa establecida al efecto, lo que comporta, de entrada, la estimación del recurso y la revocación de la sentencia de instancia, debiendo declarar la intromisión ilegítima solicitada...».

IV. EL HONOR DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y EL REGISTRO DE MOROSOS

En la SAP de Cáceres, de 16 de septiembre de 2009, BOTE SAAVEDRA (23) indicó que se había producido una intromisión ilegítima en el honor de una persona jurídica (sociedad mercantil) por inclusión indebida de sus datos en un fichero de morosos.

Hay que recordar cómo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ido evolucionando desde posiciones en las que *no reconocía un derecho al honor a*

• La SAP de Barcelona, Sección 19.^a, de 18 de septiembre de 2003, recurso: 297/2003 (Ponente: Asunción CLARET CASTANY. Número de recurso: 297/2003. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 143445/2003): «...Por todo ello hemos de concluir que... lejos de obrar con la diligencia exigible a un profesional propio del tráfico jurídico-mercantil, comunicó con negligencia como morosos los datos personales de los actores, lo que pone de manifiesto si no una actuación dolosa y abusiva, tal y como la califica la sentencia de instancia, sí una actuación negligente y descuidada en el quehacer de sus funciones, al incluir a los actores en el registro de morosos...».

• La SAP de Málaga, Sección 6.^a, de 17 de junio de 2004, recurso: 908/2003 (Ponente: DIEZ NÚÑEZ, José Javier. Número de sentencia: 508/2004. Número de recurso: 908/2003. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 143595/2004): «...Y no actuar en la forma en que lo hiciera con los importantes perjuicios que en el tráfico mercantil puede provocar a una entidad societaria en sus relaciones con terceros, de ahí que deba considerarse acertada la resolución de instancia al determinar la existencia de un comportamiento negligente en la demandada y la producción de un resultado lesivo ligado a aquel por nexo de causalidad, pues con ello se produjo un deterioro más que evidente del prestigio comercial de la actora...».

• La SAP de Madrid, Sección 19.^a, de 20 de diciembre de 2004, recurso: 638/2004 (Ponente: Ramón RUIZ JIMÉNEZ. Número de sentencia: 775/2004. Número de recurso: 638/2004. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 268018/2004): «...Lo mismo cabe decir sobre la pretendida inexistencia de vulneración del derecho al honor, extremo al que se ha dado respuesta en los fundamentos que preceden, y que ciertamente se conculca al suponer una intromisión ilegítima (art. 7.7. LO 1982 citado) en cuanto el hecho indebidamente divulgado, hace desmerecer ante los demás, al menos en su aspecto de cumplidor de sus obligaciones de carácter económico, y la permanencia en ese estado durante el tiempo dicho, con la publicidad que comporta, no puede dejar de tener esta calificación».

• La sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 4 de Parla, de 12 de abril de 2005, proc. 378/2003 (Ponente: María José LORENA OCHOA VIZCAINO. Número de recurso: 378/2003. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 1113/2005). Intromisión ilegítima en el honor de una sociedad anónima por su inclusión en un registro de morosos: «...Conoce el perjuicio que para su reputación comercial se ocasiona en la entidad actora y que determina el reproche de su conducta y la tutela de la entidad perjudicada en su prestigio profesional, debiendo restaurar el mismo, rectificando la entidad demandada, a su costa, el apunte contable erróneo efectuado en el CIRBE...».

• En contra: La SAP de Badajoz, Sección 1.^a, de 30 de octubre de 2002, recurso: 278/2002 (Ponente: Matías Rafael MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA. Número de sentencia: 252/2002. Número de recurso: 278/2002. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 179974/2002). En este supuesto se mantiene al actor en el fichero de morosos (ASNEF) como deudor «con saldo 0 ptas.». La AP entiende que aunque la conducta de la entidad financiera vulnera algunos de los principios reguladores del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, no obstante, no concurren los elementos necesarios para apreciar la existencia de una intromisión ilegítima en el honor del actor, ni culpa extracontractual, al no existir la divulgación de la expresión que se exige para imputar a la entidad demandada.

(23) SAP de Cáceres, Sección 1.^a, de 16 de septiembre de 2009, recurso: 395/2009. Ponente: Juan Francisco BOTE SAAVEDRA. Número de sentencia: 364/2009. Número de recurso: 395/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 192396/2009.

las personas jurídicas [SSTC 107/1988 (24) y 121/1989 (25)] hasta enfoques más abiertos y flexibles que equiparan el honor de la persona jurídica con la *fama comercial de una empresa o su prestigio* (26).

Las personas jurídicas y, entre ellas, las sociedades mercantiles, disfrutaban de los derechos fundamentales cuya naturaleza lo permite. Así lo ha establecido reiteradamente la jurisprudencia constitucional y se admite pacíficamente hoy en la doctrina.

(24) STC, Sala Primera, sentencia 107/1988, de 8 de junio de 1988, recurso: 57/1987. Ponente: Eugenio DÍAZ EIMIL. Número de sentencia: 107/1988. Número de recurso: 57/1987. LA LEY 3675-JF/0000.

(25) STC, Sala Segunda, 121/1989, de 3 de julio de 1989, recurso: 1628/1987. Ponente: Miguel RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER. Número de sentencia: 121/1989. Número de recurso: 1628/1987. LA LEY 555-JF/0000.

(26) Con respecto al fondo de la pretensión que se ejercita, el primer problema que se plantea es el referente a si las personas jurídicas pueden tener también un derecho al honor, cuestión que inicialmente y de forma genérica, resolvió en sentido positivo la STS de 5 de abril de 1994 (LA LEY 557/1994), confirmada en este extremo por la STC 183/1995, de 11 de diciembre (LA LEY 777/1996), con cita de otras anteriores [STC 139/1995 (LA LEY 2596-TC/1995)], al establecer que no debe olvidarse que la posibilidad de que las personas jurídicas de base meramente patrimonial, ostenten por sí la titularidad del derecho al honor y se aprecie una lesión a su derecho, se produce, en aquellos casos en los que, tratándose de ataques referidos a un determinado colectivo de personas, aquellos trasciendan a sus miembros o componentes, siempre y cuando estos sean identificados en el seno de la colectividad como tales individuos. Dicho con otros términos [STC 214/91, de 11 de noviembre (LA LEY 1830-TC/1992)], que el significado personalista que el derecho al honor tiene en la Constitución, no impone que los ataques o lesiones al citado derecho fundamental para que tengan protección constitucional, hayan de estar necesariamente perfecta y debidamente individualizados *ad personam*, pues de ser así, ello supondría tanto como excluir radicalmente la protección del honor de la totalidad de las personas jurídicas, incluidas las de sustrato personalista y admitir en todos los supuestos la legitimidad constitucional de los ataques o intromisiones en el honor de las personas, individualmente consideradas, por el mero hecho de que los mismos se realicen de forma innominada, genérica o imprecisa.

Ya con posterioridad se ha unificado la jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto al debate anterior y se admite expresamente la tutela al honor de las sociedades mercantiles y no simplemente de aquellas personalistas [STS de 21 de mayo de 2001, STS de 9 de octubre de 1997 (LA LEY 11408/1997)] al establecer que si bien el derecho al honor tiene en la Constitución un sustrato personalista, como inherente a la dignidad humana (art. 18 CE), ello no excluye la extensión de su protección y garantía a las personas jurídicas respecto a los ataques injustificados que afecten a su prestigio profesional y social, que conforman integración de su patrimonio moral, con repercusión en el patrimonial, por sus resultados negativos y así puede traducirse en una pérdida de confianza en la clientela, de proveedores y concurrentes comerciales o de rechazo o minoración en el mercado de forma general y todo ello, como consecuencia de que también las personas jurídicas ostentan derechos de titularidad al honor, con protección constitucional, pues no se puede prescindir totalmente del mismo, en su versión de prestigio y reputación profesional, necesarios para el desarrollo de sus objetivos sociales y cumplimiento de los fines para los que fueron constituidas, con un componente de personas individuales, que siempre resultan identificables y a las que también les afecta en mayor o menor medida, el desprestigio del ente en que están integradas.

Así la jurisprudencia que residenciaba en el artículo 1902 del Código Civil el ataque al prestigio de las sociedades fue enmendada, como declara la STS de 24 de mayo de 1994 (LA LEY 696/1994) por la Sala, al admitir que los ataques al prestigio profesional cabe encuadrarlos en la defensa de su honor.

La inclusión de una entidad mercantil en una relación de morosos afecta a su crédito comercial y menoscaba la estima o aprecio de los demás, disminuyendo la confianza de quien con ella contrate, hasta el punto de privarla del perfeccionamiento de contratos o de la financiación precisa para la consecución de sus objetivos societarios, por tanto, *lo informado debe ser veraz* (27).

Previamente, en 2005, fue la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 4 de Parla, de 12 de abril (28), la que estudió la intromisión ilegítima en el honor de una sociedad anónima por su inclusión en un registro de morosos (29). Y acertadamente indicó que para calificar de intromisiones ilegítimas en el honor de la persona determinados actos deben examinarse en el contexto del lugar y ocasión en que se producen, en este caso (relación contractual de crédito entre las partes y discrepancia en la liquidación, con existencia de una deuda por la parte de la actora aún sin cuantificar exactamente). También debe examinarse su inclusión en un registro de consulta general por entidades financieras y comerciales a la hora de contratar con una entidad mercantil, de información general e incluso obligatoria para entidades financieras y que suministra una entidad de indudable solvencia y garantía como es el Banco de España, para constatar la situación financiera de las entidades con las que contratar, aunque no constituya un registro de morosos propiamente dicho.

V. PROTECCIÓN DEL HONOR Y APLICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 15/1999, DE 13 DE DICIEMBRE, DE PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL. EL SUPUESTO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, tiene por objeto la protección de derechos fundamentales de las personas físicas y, especialmente, de su honor e intimidad personal y familiar (art. 1).

(27) Además se concretó en la STS que se había producido una negligencia de la entidad financiera al haber realizado la comunicación sin haber contrastado la veracidad de los hechos objeto de información ni haber obtenido la información necesaria. Hubo un retraso en el pago del crédito que estaba justificado y la demandante no era deudora de dicha entidad, pues la relación comercial de la que deriva el crédito la mantenía con un tercero.

(28) Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 4 de Parla, de 12 de abril de 2005, proc. 378/2003. Ponente: María José Lorena OCHOA VIZCAÍNO. Número de recurso: 378/2003. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 1113/2005. Intromisión ilegítima en el honor de una sociedad anónima por su inclusión en un registro de morosos.

(29) Por tanto, la primera cuestión que debe resolverse es la referente a su inclusión en el CIRBE, por un importe que debe estimarse erróneo a tenor de los mismos actos de la entidad demandada, que cuando menos, implica un reconocimiento de la iliquidez de la deuda hasta la ejecución de la sentencia y su negativa a comunicar el mismo importe inferior que luego reclamó en el proceso al CIRBE y hasta ahora, tiene entidad suficiente, en este caso, para constituir una vulneración del derecho al honor de la entidad actora, en los términos que jurisprudencialmente se exigen para apreciarlo en personas jurídicas, siendo ya cuestión distinta la determinación de la cuantificación del daño moral, justificado *per se*, una vez acreditada la lesión al honor.

Expresamente su artículo 29 (30), se refiere a la información sobre solvencia patrimonial —que precisamente es el caso de los registros de morosos— y su objetivo es la protección del ciudadano especialmente sobre informaciones erróneas. El citado precepto exige que *la información sea facilitada por el propio interesado con su consentimiento*, o previa notificación o subsiguiente comunicación y, desde luego siempre se exige la *veracidad*. Los supuestos objeto de estudio son precisamente los que están fuera del ámbito de este precepto porque se tratan de inclusiones erróneas en el registro, al calificarse de *información falsa que atenta al honor de una persona física*.

EL SUPUESTO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

La SAP de Cáceres, de 16 de septiembre de 2009 (31), de la que fue ponente BOTE SAAVEDRA, insistió en que «la legislación en materia de protección de datos solo resulta aplicable a los datos que se traten relativos a personas físicas o individuos, lo que significa que la LOPD y la legislación de desarrollo no son aplicables al tratamiento de datos de personas jurídicas» (32).

Continúa diciendo que «la LOPD, a diferencia de lo que hacía la LORTAD de 1992, señala que su objeto va más allá de la protección del mero dato personal, adentrándose en el terreno de un concepto metajurídico identificado con *el ho-*

(30) *Prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito.*

1. *Quienes se dediquen a la prestación de servicios de información sobre la solvencia patrimonial y el crédito solo podrán tratar datos de carácter personal obtenidos de los registros y las fuentes accesibles al público establecidos al efecto o procedentes de informaciones facilitadas por el interesado o con su consentimiento.*

2. *Podrán tratarse también datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés. En estos casos se notificará a los interesados respecto de los que hayan registrado datos de carácter personal en ficheros, en el plazo de treinta días desde dicho registro, una referencia de los que hubiesen sido incluidos y se les informará de su derecho a recabar información de la totalidad de ellos, en los términos establecidos por la presente Ley.*

3. *En los supuestos a que se refieren los dos apartados anteriores, cuando el interesado lo solicite, el responsable del tratamiento le comunicará los datos, así como las evaluaciones y apreciaciones que sobre el mismo hayan sido comunicadas durante los últimos seis meses y el nombre y dirección de la persona o entidad a quien se hayan revelado los datos.*

4. *Sólo se podrán registrar y ceder los datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los interesados y que no se refieran, cuando sean adversos, a más de seis años, siempre que respondan con veracidad a la situación actual de aquellos.*

(31) SAP de Cáceres, Sección 1.^a, de 16 de septiembre de 2009, recurso: 395/2009. Ponente: Juan Francisco BOTE SAAVEDRA. Número de sentencia: 364/2009. Número de recurso: 395/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 192396/2009.

(32) Asiste razón a la apelante cuando afirma la comunicación de Caixa Cataluña para la inclusión de Interlún, S. L., en el registro de morosos que gestiona Experian no fue correcta, porque el retraso en el pago del crédito estaba justificado, y no era deudora de dicha entidad bancaria, al menos cuando se efectuó dicha comunicación, por lo que se debió condenar a Caixa Cataluña.

La inclusión de la demandante en un registro de morosos afecta negativamente al crédito y reputación comercial y, en suma, al prestigio mercantil de la actora, incardinado en la forma expuesta en el honor, sin que la Caixa hubiese contrastado la veracidad de los hechos objeto de información, ni obtenido la información necesaria.

nor, la intimidad personal y familiar, y la imagen. Es decir, lo que verdaderamente trata de proteger la LOPD es el especial ámbito de privacidad del individuo, del que el *dato personal*, en cuanto expresión suficientemente amplia, forma parte inescindible».

No obstante, tras el reconocimiento jurisprudencial del derecho al honor de las personas jurídicas en las sentencias del TC, de 26 de septiembre de 1995 (33), y de 11 de diciembre de 1996 (34), y además, en sentencias del TS, de 27 de julio de 1998 (35), y de 15 de abril de 1992 (36), resulta significativo que la LOPD dispense especial protección administrativa solo a las personas físicas, y deje aparte a las entidades mercantiles (personas jurídicas).

En otros ordenamientos, siguiendo el Convenio número 108 del Consejo, de 28 de enero de 1981, de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, se ha extendido también dicha protección a las personas jurídicas.

Como antes hemos indicado, la jurisprudencia ha reconocido el honor, fama o prestigio de una persona jurídica como indudable e indiscutible, y si una persona jurídica es atacada en su buena fama, su prestigio o su honor, tiene acción para su protección. La reputación mercantil u honor del empresario supone el derecho a su fama y crédito en el giro o tráfico propio de la actividad que constituye su objeto. Así pues, el honor mercantil se identifica con la reputación comercial y el prestigio profesional, cuya protección ya fue objeto de estudio en las sentencias del TEDH, de 20 de noviembre de 1989 (37), 23 de junio de 1994 (38), y 2 de mayo de 2000 (39), y en la sentencia del Tribunal Constitucional, de 14 de diciembre de 1992 (40), y en las del Tribunal Supremo,

(33) STC, Sala Primera, 139/1995, de 26 de septiembre de 1995, recurso: 83/1994. Ponente: Manuel JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA. Número de sentencia: 139/1995. Número de recurso: 83/1994. LA LEY 2596-TC/1995.

(34) STC, Sala Primera, sentencia 183/1995, de 11 de diciembre de 1995, recurso: 1560/1994. Ponente: Vicente GIMENO SENDRA. Número de sentencia: 183/1995. Número de recurso: 1560/1994. LA LEY 777/1996. Reitera la doctrina del mismo Tribunal Constitucional de que el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas. El informador tiene el deber de contrastar las fuentes de la información, para comprobar la veracidad de los hechos, mediante oportunas averiguaciones y con la diligencia media exigible a un profesional.

(35) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 27 de julio de 1998, recurso: 1327/1994. Ponente: Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES. Número de recurso: 1327/1994. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 7962/1998.

(36) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 15 de abril de 1992. Ponente: Teófilo ORTEGA TORRES. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 44855-JF/0000.

(37) TEDH, sentencia de 20 de noviembre de 1989 (LA LEY 3369/1989. Caso Marktintern Verlag GmbH y Klaus Beermann c. Alemania).

(38) TEDH, sentencia de 23 de junio de 1994 (LA LEY 9439/1994).

(39) TEDH, Sección 3.^a, sentencia de 2 de mayo de 2000 (LA LEY 90612/2000. En relación con un asunto de un reportaje que causa desprestigio a un profesional médico; deberes deontológicos).

(40) STC, Sala Primera, sentencia 223/1992, de 14 de diciembre de 1992, recurso: 653/1989 (Ponente: Rafael DE MENDIZÁBAL ALLENDE. Número de sentencia: 223/1992. Número de recurso: 653/1989. LA LEY 2065-TC/1993). STC, Sala Primera, Sentencia 227/1992, de 14 de diciembre de 1992, recurso: 1522/1989 (Ponente: Pedro CRUZ VILLALÓN. Número de sentencia: 227/1992. Número de recurso: 1522/1989. LA LEY 2058-TC/1992).

de 20 de marzo de 1997 (41), 27 de julio (42) y 31 de diciembre de 1998 (43) y 15 de febrero de 2000 (44).

En conclusión, aunque la LOPD solo se aplique a las personas físicas, en los supuestos de información inveraz que afecta al honor de las personas jurídicas, estas están protegidas por nuestro ordenamiento jurídico al margen de dicha ley especial.

VI. CALIFICACIÓN COMO DAÑO CONTINUADO DE LA INCLUSIÓN EN EL REGISTRO DE MOROSOS

XIOL, en la sentencia de 30 de noviembre de 2011 (45), analiza con detenimiento la naturaleza del daño que supone la inclusión del sujeto en el registro de morosos. Recuerda la distinción entre el *daño continuado* o *de producción sucesiva* y el *daño duradero o permanente*, que es aquel que se produce en un momento determinado por la conducta del demandado, pero persiste a lo largo del tiempo con la posibilidad, incluso, de agravarse por factores ya del todo ajenos a la acción u omisión del demandado. Los daños producidos por la inclusión indebida en uno de estos registros o ficheros de solvencia patrimonial tienen naturaleza de daños continuados, como lo demuestra el hecho de que la causa que origina la intromisión en el derecho al honor (la imputación de ser moroso) persista durante el tiempo en su eficacia potencialmente lesiva del honor ajeno hasta que no se cancela o se produce la baja del demandante en los citados registros.

Todo ello al margen de que el registro haya sido o no consultado por terceras personas, ya que basta la posibilidad de conocimiento por un público, sea o no restringido y que esta falsa morosidad haya salido de la esfera interna del conocimiento de los supuestos acreedor y deudor, para pasar a ser de una proyección pública.

(41) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 20 de marzo de 1997, recurso: 262/1993 (Ponente: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA. Número de recurso: 262/1993. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 4443/1997).

(42) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 27 de julio de 1998, recurso: 1327/1994 (Ponente: Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES. Número de recurso: 1327/1994. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 7962/1998).

(43) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de diciembre de 1998, recurso: 2061/1994. (Ponente: Alfonso BARCALA TRILLO-FIGUEROA. Número de recurso: 2061/1994. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 1734/1999).

(44) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 15 de febrero de 2000, recurso: 1514/1995 (Ponente: José ALMAGRO NOSETE. Número de sentencia: 147/2000. Número de recurso: 1514/1995. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 38581/2000).

(45) Don Ernesto presentó demanda de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y la propia imagen frente a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A., derivada del hecho de que la entidad demandada promovió la inclusión durante largo tiempo del nombre del demandante en diferentes registros de solvencia patrimonial —los llamados «registros de morosos» (Asnef-Equifax, Badex y Badexcug)—, de forma totalmente injustificada e indebida, por ser inexistente la deuda, lo que además de atentar contra su honor, dado el desmerecimiento y descrédito en la consideración ajena que la inclusión en este tipo de registros comporta le ha causado considerables perjuicios económicos derivados de la pérdida de credibilidad y buena reputación en el ámbito de las operaciones financieras y ha afectado seriamente a su salud, reclamando como indemnización por los daños y perjuicios causados, la suma total de 15.000 euros.

De esta forma y de conformidad con lo alegado por el Ministerio Fiscal, si bien el demandante tuvo conocimiento de su inclusión por parte de la entidad demandada en uno de estos registros de morosos desde el mes de febrero de 2001, lo cierto es que esta inclusión se prolongó en el tiempo, al menos hasta la finalización de los procedimientos de reclamación de cantidad que se interpusieron en su contra, consumándose la intromisión o atentado al derecho al honor al constatarse la inexistencia de la deuda, momento a partir del cual se inicia el plazo para poder ejercitar las acciones correspondientes.

VII. CÓMPUTO DEL PLAZO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN DE SU DERECHO AL HONOR

En la STS, de 30 de noviembre de 2011, se afirma que en caso de *daño duradero o permanente* el plazo de prescripción comenzará a correr «desde que lo supo el agraviado», como dispone el artículo 1968.2.º del Código Civil, es decir, desde que tuvo cabal conocimiento del mismo y pudo medir su trascendencia mediante un pronóstico razonable, porque de otro modo se daría la hipótesis de absoluta imprescriptibilidad de la acción hasta la muerte del perjudicado, en el caso de daños personales, o la total pérdida de la cosa, en caso de daños materiales, vulnerándose así la seguridad jurídica garantizada por el artículo 9.3 CE y fundamento, a su vez, de la prescripción.

En cambio, en los casos de *daños continuados o de producción sucesiva* no se inicia el cómputo del plazo de prescripción, hasta la producción del definitivo resultado, si bien matizando que esto es así «cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida». De esta manera, al describirse la intromisión ilegítima constitutiva de un daño continuado, Xiol entiende que no ha transcurrido el plazo de caducidad previsto en el artículo 9.5 de LPDH.

VIII. EXISTENCIA DE DAÑO MORAL Y DE PERJUICIO PATRIMONIAL: PRESUNCIÓN LEGAL

La STS de 24 de abril de 2009 (46), que falla estableciendo la intromisión ilegítima del derecho al honor por inclusión errónea de una persona en el registro de morosos, no hace referencia a la indemnización. Pero precisa que el artículo 9.3 LO 82 proclama la *presunción iuri et de iure* de la existencia del perjuicio y su extensión al daño moral por el simple hecho de la inclusión.

Insiste O'CALLAGHAN en que es intrascendente el que el registro haya sido o no consultado por terceras personas, ya que basta la posibilidad de conocimiento por un público, sea o no restringido y que esta falsa morosidad haya salido de la esfera interna del conocimiento de los supuestos acreedor y deudor, para pasar a ser de una proyección pública. Si, además, es conocido por terceros y ello provoca unas consecuencias económicas (como la negación de un préstamo hipotecario) o un grave perjuicio a un comerciante (como el rechazo de la línea de crédito) sería indemnizable, además del daño moral que supone la intromisión

(46) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 24 de abril de 2009, recurso: 2221/2002. Ponente: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. Número de sentencia: 284/2009. Número de recurso: 2221/2002. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 34580/2009.

en el derecho al honor y que impone el artículo 9.3 de la mencionada Ley de 5 de mayo de 1982.

Sigue este criterio BOTE SAAVEDRA, en relación con el daño moral, pues apreciada la existencia de un ataque injustificado en el derecho al honor de la actora, debe fijarse la correspondiente indemnización por el quebranto producido. La jurisprudencia aplica el artículo 9.3 de la LO 1/82, de 5 de mayo, y reitera que el perjuicio es inherente a la existencia de una intromisión ilegítima, quedando reducida la controversia exclusivamente a la cuantificación económica de menoscabo por el daño moral, para lo que habrá que tener en cuenta las *circunstancias del caso* y la *gravedad de la lesión* producida.

En cuanto a las *circunstancias del caso*, en la medida en que la ley no las concreta, dice la STS de 21 de noviembre de 2008 (47), que *queda a la soberanía del tribunal de instancia hacerlo, señalando las que, fruto de la libre valoración probatoria, han de entenderse concurrentes y relevantes en este concreto caso para cifrar la cuantía indemnizatoria*.

La SAP de las Islas Baleares, de 30 de junio de 2006, cuyo ponente fue ARTOLA FERNÁNDEZ (48), afirmó la existencia de daño moral e indicó que debía fijarse atendiendo al perjuicio real sufrido y al beneficio obtenido por la causante de la infracción o responsable del tratamiento de los datos (49).

También resulta interesante detenerse en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 4 de Parla, de 12 de abril de 2005 (50), donde la magistrada OCHOA insistió en la existencia de daño moral, y a la hora de concretar la indemnización señaló que debía atenderse «a criterios como los que expone el actor en su demanda y así la antigüedad de la empresa, trabajadores a su cargo, objeto social y tiempo del perjuicio causado o antecedentes de su constancia en el mismo Registro y con base en los mismos su proyección en el mercado y alcance de la lesión de su prestigio, ponderando tales datos aportados por el actor y no contradichos de otra forma... más los intereses legales correspondientes desde la

(47) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 21 de noviembre de 2008, recurso: 1131/2006. Ponente: Clemente AUGER LINÁN. Número de sentencia: 1138/2008. Número de recurso: 1131/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 184732/2008.

(48) SAP de Les Illes Balears, Sección 4.ª, sentencia de 30 de junio de 2006, recurso: 139/2006. Ponente: Miguel Álvaro ARTOLA FERNÁNDEZ. Número de sentencia: 293/2006. Número de recurso: 139/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 115484/2006.

(49) Inclusión de la demandante en un registro de morosos a instancia de la empresa de telecomunicaciones demandada. Impago de los servicios telefónicos contratados con la demandada por alguien que suplantó la personalidad de la actora. Con anterioridad a la contratación de esos servicios constaba en el sistema informático de la demandada una incidencia referida a que el cliente, la demandante, no había enviado el contrato firmado, lo que en concordancia con la normativa legal, y de haber obrado diligentemente la demandada, debió haber interrumpido la preasignación de las líneas —darlas de alta—, pues no contaba, ni con una relación contractual, ni con el consentimiento de la titular de los datos. Es decir, la demandada no tuvo inconveniente en dar de alta una línea, pese a no cumplirse los requisitos legales, en tanto en cuanto ello le proporcionaba eventuales ingresos, y solo cuando fue consciente de que la ausencia de la documentación preceptiva y la insólita y anómala producción de elevados gastos y de llamadas lejanas podría generar un problema para la empresa, dio de baja la línea y procedió, sin las prevenciones adecuadas, a considerar morosa a la demandante remitiendo después sus datos al fichero de morosos.

(50) Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 4 de Parla, sentencia de 12 de abril de 2005, proc. 378/2003. Ponente: María José Lorena OCHOA VIZCAÍNO. Número de recurso: 378/2003. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 1113/2005.

fecha de la presente resolución, moderándose así la pedida por el actor, en cuanto inicialmente se incluyó como deudora a la actora de buena fe y en función de la falta de acreditación de otro perjuicio económico que no sea el moral».

Criterio también seguido por la SAP de Zaragoza, de 30 de diciembre de 2005, donde PÉREZ GARCÍA (51) indica que una vez concretada la indebida inscripción en el registro de morosos de una entidad mercantil, el desprestigio para la misma por su consideración como insolvente y acreditada la intromisión ilegítima en el derecho al honor, deben indemnizarse los perjuicios causados. Entiende que la cuantía indemnizatoria concedida se considera ciertamente mínima, atendiendo:

- a la gravedad del descuido en que incurrió la demandada, al comunicar hechos no veraces relativos a la solvencia de un cliente a un registro de morosos, que es conducta claramente contraria a los buenos usos y prácticas bancarios, cuyas entidades deben velar por la exacta comunicación de tan importantes datos, disponiendo al mismo tiempo de un sistema eficaz que les permita constatar la exactitud de un saldo de una libreta en determinado momento, que es diligencia mínima exigida además por los sustanciosos beneficios económicos que perciben,
- y a los muy importantes perjuicios de toda clase que han de causarse, o pueden causarse, al falsamente informado como moroso, y sea suficiente con tener en cuenta sus negativas y evidentes repercusiones comerciales, de efectos próximos o incluso remotos, cuyo error alertará a futuros contratantes en importante lapso de tiempo.

IX. BIBLIOGRAFÍA

ALMAGRO NOSETE, José: «Los morosos putativos», en *Diario La Ley*, núm. 7180, Sección Columna, 22 de mayo de 2009, año XXX, Ref. D-186, Editorial LA LEY. LA LEY 12139/2009.

GRACIANO REGALADO, Juan Carlos: «Ficheros de información sobre solvencia patrimonial y crédito: los ficheros RAI y ASNEF», en *Diario La Ley*, núm. 6223, Sección Doctrina, de 4 de abril de 2005, Ref. D-77, Editorial LA LEY. LA LEY 953/2005.

MAGRO SERVET, Vicente: «¿Afecta al derecho al honor de un moroso que aparezca su nombre en un tablón de anuncios? (análisis de la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de enero de 2008)», en *Diario La Ley*, núm. 7031, Sección Doctrina, de 10 de octubre de 2008, año XXIX, Ref. D-287, Editorial LA LEY. LA LEY 39991/2008.

X. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TEDH, TC, TS, AP Y JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA) CITADAS

- TEDH, sentencia de 20 de noviembre de 1989 (LA LEY 3369/1989. Caso Marktintern Verlag GmbH y Klaus Beermann c. Alemania).
- TEDH, sentencia de 23 de junio de 1994 (LA LEY 9439/1994).

(51) La SAP de Zaragoza, Sección 5.ª, de 30 de diciembre de 2005, recurso: 680/2005. Ponente: Pedro Antonio PÉREZ GARCÍA. Número de sentencia: 722/2005. Número de recurso: 680/2005. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 251053/2005.

- TEDH, Sección 3.^a, sentencia de 2 de 2000 (LA LEY 90612/2000).
- STC, Sala Primera, sentencia 183/1995, de 11 de diciembre de 1995, recurso: 1560/1994. Ponente: Vicente GIMENO SENDRA. Número de sentencia: 183/1995. Número de recurso: 1560/1994. LA LEY 777/1996.
- STC, Sala Primera, sentencia 139/1995, de 26 de septiembre de 1995, recurso: 83/1994. Ponente: Manuel JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA. Número de sentencia: 139/1995. Número de recurso: 83/1994. LA LEY 2596-TC/1995.
- STC, Sala Primera, sentencia 223/1992, de 14 de diciembre de 1992, recurso: 653/1989 (Ponente: Rafael DE MENDIZÁBAL ALLENDE. Número de sentencia: 223/1992. Número de recurso: 653/1989. LA LEY 2065-TC/1993).
- STC, Sala Primera, sentencia 227/1992, de 14 de diciembre de 1992, recurso: 1522/1989 (Ponente: Pedro CRUZ VILLALÓN. Número de sentencia: 227/1992. Número de recurso: 1522/1989. LA LEY 2058-TC/1992).
- STC, Sala Segunda, sentencia 121/1989, de 3 de julio de 1989, recurso: 1628/1987. Ponente: Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. Número de sentencia: 121/1989. Número de recurso: 1628/1987. LA LEY 555-JF/0000.
- STC, Sala Primera, sentencia 107/1988, de 8 de junio de 1988, recurso: 57/1987. Ponente: Eugenio DÍAZ EIMIL. Número de sentencia: 107/1988. Número de recurso: 57/1987. LA LEY 3675-JF/0000.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de noviembre de 2011, recurso: 1692/2010. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS. Número de sentencia: 899/2011. Número de recurso: 692/2010. Diario La Ley, núm. 7774, Sección Jurisprudencia, de 12 de enero de 2012, año XXXIII, Editorial LA LEY. LA LEY 231614/2011.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 24 de abril de 2009, recurso: 2221/2002. Ponente: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. Número de sentencia: 284/2009. Número de recurso: 2221/2002. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 34580/2009.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 17 de febrero de 2009 (recurso: 1555/2004. Ponente: O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. Número de sentencia: 93/2009. Número de recurso: 1555/2004. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 3328/2009).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 21 de noviembre de 2008, recurso: 1131/2006. Ponente: Clemente AUGER LIÑÁN. Número de sentencia: 1138/2008. Número de recurso: 1131/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 184732/2008.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 22 de julio de 2008 (recurso: 3635/2001. Ponente: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA. Número de sentencia: 757/2008. Número de recurso: 3635/2001. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 96416/2008).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 5 de julio de 2004, recurso: 4527/1999. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de sentencia: 660/2004. Número de recurso: 4527/1999. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 1717/2004.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 15 de febrero de 2000, recurso: 1514/1995 (Ponente: José ALMAGRO NOSETE. Número de sentencia: 147/2000. Número de recurso: 1514/1995. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 38581/2000).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de diciembre de 1998, recurso: 2061/1994 (Ponente: Alfonso BARCALA TRILLO-FIGUEROA. Número de recurso: 2061/1994. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 1734/1999).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 27 de julio de 1998, recurso: 1327/1994. Ponente: Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES. Número de recurso: 1327/1994. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 7962/1998.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 27 de julio de 1998, recurso: 1327/1994 (Ponente: Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES. Número de recurso: 1327/1994. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 7962/1998).

- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 20 de marzo de 1997, recurso: 262/1993 (Ponente: SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio. Número de recurso: 262/1993. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 4443/1997).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 15 de abril de 1992. Ponente: Teófilo ORTEGA TORRES. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 44855-JF/0000.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 23 de marzo de 1987. Ponente: Mariano MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 154969-JF/0000.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 4 de noviembre de 1986. Ponente: Cecilio SERENA VELLOSO. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 11485-JF/0000.
- SAP de Madrid, Sección 19.ª, de 24 de septiembre de 2010, recurso: 469/2010. Ponente: Epifanio LEGIDO LÓPEZ. Número de sentencia: 435/2010. Número de recurso: 469/2010. Jurisdicción: CIVIL LA LEY 234679/2010.
- SAP de Cáceres, Sección 1.ª, de 16 de septiembre de 2009, recurso: 395/2009. Ponente: Juan Francisco BOTE SAAVEDRA. Número de sentencia: 364/2009. Número de recurso: 395/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 192396/2009.
- SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.ª, de 14 de julio de 2008, recurso: 58/2008. Ponente: Eugenio Santiago DOBARRO RAMOS. Número de sentencia: 328/2008. Número de recurso: 58/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 272640/2008.
- SAP de les Illes Balears, Sección 4.ª, de 30 de junio de 2006, recurso: 139/2006. Ponente: Miguel Álvaro ARTOLA FERNÁNDEZ. Número de sentencia: 293/2006. Número de recurso: 139/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 115484/2006.
- SAP de Zaragoza, Sección 5.ª, de 30 de diciembre de 2005, recurso: 680/2005. Ponente: Pedro Antonio PÉREZ GARCÍA. Número de sentencia: 722/2005. Número de recurso: 680/2005. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 251053/2005.
- SAP de Madrid, Sección 19.ª, de 20 de diciembre de 2004, recurso: 638/2004. Ponente: Ramón RUIZ JIMÉNEZ. Número de sentencia: 775/2004. Número de recurso: 638/2004. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 268018/2004.
- SAP de Málaga, Sección 6.ª, de 17 de junio de 2004, recurso: 908/2003. Ponente: DIEZ NÚÑEZ, José Javier. Número de sentencia: 508/2004. Número de recurso: 908/2003. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 143595/2004.
- SAP de Barcelona, Sección 19.ª, de 18 de septiembre de 2003, recurso: 297/2003. Ponente: Asunción CLARET CASTANY. Número de recurso: 297/2003. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 143445/2003.
- SAP de Madrid, Sección 11.ª, de 13 de febrero de 2003, recurso: 6/2001 (Ponente: Félix ALMAZÁN LAFUENTE. Número de sentencia: 237/2003. Número de recurso: 6/2001. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 31221/2003).
- SAP de Badajoz, Sección 1.ª, de 30 de octubre de 2002, recurso: 278/2002 (Ponente: Matías Rafael MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA. Número de sentencia: 252/2002. Número de recurso: 278/2002. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 179974/2002).
- SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4.ª, sentencia de 27 de mayo de 2002, recurso: 283/2002 (Ponente: Emilio Fernando SUÁREZ DÍAZ. Número de sentencia: 201/2002. Número de recurso: 283/2002. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 100413/2002).
- Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 4 de Parla, sentencia de 12 de abril de 2005, proc. 378/2003. Ponente: María José Lorena OCHOA VIZCAÍNO. Número de recurso: 378/2003. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 1113/2005.

XI. LEGISLACIÓN CITADA

- 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.
- Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.
- Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, sobre solvencia patrimonial y crédito.
- Convenio número 108 del Consejo, de 28 de enero de 1981, de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal.

RESUMEN

*DERECHO AL HONOR
REGISTRO DE MOROSOS*

La inclusión de una persona en el RAI constituye una actuación sancionadora en potencia por las consecuencias de signo negativo que pueden afectar al inscrito en cuanto a sus relaciones comerciales futuras con las entidades bancarias. Si además la inclusión es indebida, por ser la información inveraz, se incurre en intromisión ilegítima en el derecho al honor de la persona afectada, siendo de aplicación la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, tipificada en el artículo 7.7, teniendo en cuenta que hay una presunción iuris et de iure de la existencia de un perjuicio y su extensión al daño moral (art. 9.3).

ABSTRACT

*RIGHT TO PROTECTION AGAINST
DEFAMATION
DEBTORS' LIST*

To have a person listed in the Register of Unpaid Recognised Loans constitutes a potentially penalising action because of the unpleasant consequences that may ensue for the registered person in his or her future commercial relations with banks. If in addition the person is wrongly included on the basis of untrue information, the act trespasses upon the person's right to protection against defamation. The applicable law is Constitutional Act 1/1982 of 5 May on civil protection against defamation, protection of personal and family privacy and protection of image, and the violation is defined in article 7.7, taking account of the fact that there is a presumption iuris et de iure of the existence of injury and its extension to mental anguish (art. 9.3).

1.2. Familia

LOS ALIMENTOS DE LOS HIJOS MAYORES DE EDAD Y EMANCIPADOS. A PROPÓSITO DEL ARTÍCULO 93.2 DEL CÓDIGO CIVIL

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. NATURALEZA Y CARACTERES DE LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS.—III. REQUISITOS PARA EL NACIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS.—IV. OBJETO DE LA PRESTACIÓN DE ALIMENTOS Y CUANTÍA.—V. CUESTIONES PROCESALES.—VI. EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La patria potestad se configura como un conjunto de derechos y deberes que, determina su calificación como función que se ejerce en interés y beneficio de los hijos, y donde las actuaciones de los padres deben estar presididas por el respeto a la personalidad de estos, ajustándose en cada momento a las exigencias específicas que su desarrollo personal exige y demanda. La titularidad y ejercicio corresponde a ambos progenitores, que son los representantes legales y administradores de los bienes de sus hijos. Entre los derechos y facultades que conforman la patria potestad, cuando los hijos son menores de edad, el artículo 154 del Código Civil contiene el mandato imperativo de alimentarlos, mandato que se extiende a los dos progenitores como obligados a prestar alimentos y cuyo contenido tiene un tratamiento jurídico diferenciado del de los alimentos entre parientes (1). Incluso, si no se ostenta la patria potestad, el deber persiste conforme al artículo 110 del Código Civil (2). De forma que, tal deber de alimentar a los hijos menores no emancipados no deriva de la patria potestad, sino de la filiación (3). Esta situación no varía cuando tiene lugar la situación de crisis conyugal, pues, el artículo 93.1 del Código Civil en sede de separación, nulidad

(1) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 1993 (*RJ* 1993/7464), donde se indica que, «aunque no es sostenible absolutamente que la totalidad de lo dispuesto en el Título VI del Libro I del Código Civil, sobre alimentos entre parientes, no es aplicable a los debidos a los hijos menores como deber comprendido en la patria potestad (art. 154.1), lo cierto es que el tratamiento jurídico de los alimentos debidos al hijo menor de edad presenta una marcada preferencia —así, art. 145.3— y, precisamente por incardinarse en la patria potestad derivado básicamente de la relación paterno-filial (art. 110 del CC), no ha de verse afectado por limitaciones propias del régimen legal de los alimentos entre parientes que, en lo que se refiere a los hijos, constituye una normativa en gran parte solo adecuada al caso de los hijos mayores de edad o emancipados».

(2) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 1993 (*RJ* 1993/7464); y de 8 de abril de 1995 (*RJ* 1995/2991).

(3) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.ª, de 22 de julio de 2010 (*La Ley* 151774/2010).

o divorcio reitera el mandato imperativo en base al cual el juez determinará la contribución de cada uno de los progenitores que, será proporcional al caudal o medios de quien los da (arts. 93.1, 145.1 y 1438 del CC), y a la necesidad de quien los recibe en cada momento, en concreto, las necesidades efectivas de los hijos según los usos y las circunstancias de la familia (arts. 1319 y 1362 del CC). Es por ello que la sola diferencia de estatus económico entre uno y otro de los progenitores por muy diferente que sea, no exonera a ninguno de estos, de cooperar en la medida de sus posibilidades al sostenimiento y atención pecuniaria de las necesidades de sus hijos, aunque en la contribución del cónyuge guardador haya de computarse la atención de los hijos confiados a su guarda (art. 103 y 1438 del CC), habiendo añadido la jurisprudencia que las exigencias impuestas por la solidaridad familiar no deben implicar un olvido de las propias necesidades del alimentante determinadas por su personal situación (4). Lo cierto es que, la nulidad, separación y divorcio, en ningún caso, exime a los padres del cumplimiento de sus obligaciones paterno-filiales (art. 154.1 del CC). En esencia, la fijación de una pensión de alimentos a favor de los hijos menores de edad constituye una obligación a asumir por ambos progenitores en la cuantía determinada en la propia sentencia de nulidad, separación o divorcio y en la proporción que en la misma se establezca. Se trata, asimismo, de una medida que puede decretarse de oficio, y está informada por el principio rector *favor filii*, es decir, en beneficio e interés de los hijos, que son los verdaderos destinatarios de la pensión de alimentos, y, en consecuencia, los titulares del crédito (5). En definitiva, corresponde al Juez decidir, aunque los progenitores no lo hayan solicitado, sin incurrir en incongruencia, sobre la pensión de alimentos atribuible a los hijos menores de edad, pues, su carácter necesario y derivado de la propia filiación, además de su imposición constitucionalmente a quienes son titulares y ejercen la patria potestad, justifican tal decisión y competencia.

Por otra parte, cuando los hijos alcanzan la mayoría de edad o, se emancipan adquieren la plena capacidad de obrar (art. 322), y conlleva la extinción de la patria potestad (art. 169 del CC), y el fin de la representación legal de los padres (art. 162 del CC). Sin embargo, la extinción del deber de alimentos no opera automáticamente, sino que es posible prolongar más allá de mayoría de edad, el cumplimiento de tal deber; si se dan los presupuestos para su concesión; si bien, su régimen jurídico será distinto (6). Es un hecho constatado que en la situación actual de crisis económica, con una alta tasa de paro juvenil, resulta muy difícil o

(4) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de octubre de 1981; de 1 de febrero de 1982, y de 5 de octubre de 1993.

(5) Como precisa la sentencia del Tribunal Constitucional, número 120/84, de 10 de diciembre (*La Ley* 54948-NS/0000), el mandato imperativo del artículo 93.1 del Código Civil está fundado en el interés público, y al ser de derecho necesario excluye el principio de rogación de las partes.

(6) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 17 de abril de 1998 (*AC* 1998/822); de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.ª, de 28 de octubre de 1998 (*AC* 1998/8100); de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 2.ª, de 11 de junio de 1999 (*AC* 1999/5681); de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 3.ª, de 24 de septiembre de 2004 (*JUR* 2004/292496); de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 9.ª, de 10 de diciembre de 2010 (*La Ley* 272381/2010); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 3 de marzo de 2011 (*JUR* 2011/156757), habla del derecho a ser alimentado; de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.ª, de 30 de mayo de 2011 (*La Ley* 103077/2011), y de Audiencia Provincial de Málaga, Sección 7.ª, de 27 de junio de 2011 (*La Ley* 170879/2011).

casi imposible el obtener un trabajo que permita una independencia económica, asimismo, la formación académica, sobre todo si se opta por estudios superiores o por oposiciones se prolonga más allá de la mayoría de edad. La prestación de tales alimentos por quienes han ejercido la patria potestad se fundamenta en el principio de solidaridad familiar basado en los vínculos de filiación, reforzado por una base constitucional, pues, como establece el artículo 39.3 de la Constitución española «los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda» (7). Estos alimentos que comprenden también la educación e instrucción del alimentista mayor de edad, subsisten mientras no haya terminado su formación por causa no imputable al mismo (art. 142.2 del CC); que puede finalizar precisamente cuando la falta de necesidad del hijo o cuando este provenga de su mala conducta o falta de aplicación al trabajo o estudios (art. 152 del CC), pues, no faltan abusos de quienes prefieren mantenerse *sine die* en una cómoda dependencia que, insertarse en el mercado laboral en busca de recursos necesarios para procurarse su propio sustento, o terminar sus estudios para conseguir precisamente una independencia económica. En todo caso, lo que está claro es que, en los alimentos a los hijos mayores de edad no existe una presunción legal de necesidad, como si ocurre con el deber de alimentos de los hijos menores de edad, sino que esta debe acreditarse (8); lo que significa, que no estamos ante una obligación incondicional, sino que permanecerá en tanto subsista la necesidad (9), y, además, como hemos señalado en líneas precedentes, la obligación de alimentos de los hijos llegada la mayoría de edad no va a cesar automáticamente, aunque si variará su régimen jurídico. Ahora bien, constante matrimonio la obligación de alimentos por parte de los padres a los hijos mayores de edad tiene lugar de forma voluntaria, constituyendo una

(7) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 1.^a, de 16 de junio de 2010 (*La Ley* 115700/2010); de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5.^a, de 14 de abril de 2011 (*La Ley* 91707/2011); y de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 3.^a, de 20 de mayo de 2011 (*La Ley* 168461/2011), en la que se dispone en su Fundamento de Derecho 1.^o que: «el deber de alimentos respecto de los hijos mayores de edad, que tiene su apoyatura legal en el artículo 143 del Código Civil, encuentra su fundamento en lo que la doctrina civilista ha denominado “principio de solidaridad familiar, que obliga a los parientes a atender las necesidades vitales que cualquiera de ellos tenga o no pueda satisfacer por sí”, pero no se deja reconocer que ese principio de solidaridad no es absoluto, sino que hay que ponerlo en relación con la actitud personal de quien se considera necesitado, y así se sostiene por la doctrina jurisprudencial reiterada que “el criterio dominante es el de que, a partir del momento en que se adquiere una determinada capacitación, la lucha por la vida es asunto personal que cada uno debe resolver; si bien no se puede dejar de tomar en consideración el fracaso en esa lucha (v.gr., el paro) o la imposibilidad de tomar parte en ella (v.gr., niños, enfermos, disminuidos físicos o psíquicos, personas de la llamada tercera edad)”. No está lejos de esta concepción moderna ofrecida por los civilistas actuales de lo que el legislador del Código recoge en el artículo 152, cuando dispone que «cesará también la obligación de dar alimentos... 3.^o Cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión, o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para sus subsistencia».

(8) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.^a, de 28 de junio de 2001 (*JUR* 2001/262843).

(9) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 7.^a, de 27 de junio de 2011 (*La Ley* 170879/2011). Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.^a, de 23 de septiembre de 2010 (*JUR* 2011/25185), señala que, no se trata de un derecho de alimentos público, necesario, ya que no es *ius cogens*.

carga familiar a tenor de lo dispuesto en los artículos 1318 y 1362.1 del Código Civil, cuyo sostenimiento han de soportar ambos progenitores. Cuando tiene lugar la crisis matrimonial, el cambio en la situación jurídica de los cónyuges va a provocar también un cambio en la situación de los hijos mayores de edad, pues, a falta de acuerdo de los padres, la prestación de alimentos habrá de determinarse judicialmente, pero sin que la ruptura del vínculo matrimonial haga perder la relación de filiación que, a tenor de lo dispuesto en los artículos 143, 144 y 145 del Código Civil da derecho al hijo a recibir alimentos de los padres y una obligación de estos de prestarlas (10).

Con la reforma por Ley 11/1990, de 15 de octubre, el artículo 93.2 del Código Civil posibilita que la determinación de la pensión alimenticia a favor de los hijos mayores de edad pueda dirimirse en el procedimiento de separación, nulidad o divorcio, siempre que se den los requisitos de convivencia en el domicilio familiar y de carencia de recursos que tal precepto establece; además del principio procesal de rogación, pues, no es un derecho que deba ser sancionado incluso de oficio. De todas formas, tal medida no se encuentra afectada por el interés público, ni es ajena al principio dispositivo (11). Esto no impide que tal prestación de alimentos pueda solicitarse por el hijo mayor de edad por la vía del juicio verbal ordinario de alimentos previsto en el artículo 250.1.8 de la LEC dirigiéndose frente a ambos progenitores. De forma que, con la reforma del citado artículo 93.2 no se pretende establecer los requisitos necesarios para que el hijo mayor de edad pueda ser acreedor de alimentos, pues, estos ya se concretan en los artículos 142 a 153 del Código Civil, sino que se abre una nueva vía procesal, mediante la cual se habilita *ex lege* a los progenitores para actuar en beneficio de sus hijos mayores de edad que conviven en el domicilio familiar y carecen de ingresos propios y suficientes, y, en consecuencia, para que el juez fije la cuantía de la obligación de alimentos en el mismo proceso de nulidad, separación o divorcio, siempre que, se cumpla con los requisitos mencionados en el artículo 93.2 (12). Lo cierto es que, cuando los hijos son menores o no están emancipados los alimentos a los que alude el artículo 93.1 del Código Civil guardan relación con la obligación de alimentar a aquellos contenida en el artículo 154.1 del Código Civil, y no en la institución de alimentos entre parientes, referida en los citados artículos 142 a 153, que sí la tiene con respecto a los hijos mayores de edad o emancipados (13).

(10) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de junio de 1988 (*RJ* 1988/5138), y la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.ª, de 11 de julio de 1996 (*AC* 1996/1434).

(11) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 14 de abril de 1998 (*AC* 1998/821), y de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.ª, de 30 de mayo de 2011 (*La Ley* 103077/2011).

(12) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 3.ª, de 29 de enero de 2010 (*La Ley* 62265/2010).

(13) Como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 21 de diciembre de 2000 (*JUR* 2001/112491), la finalidad de los alimentos a los hijos mayores de edad es la de entender que lo determinante para conceder alimentos a tales hijos que conviven en el domicilio familiar, es la carencia por los mismos de los ingresos suficientes para subvenir a sus necesidades permitiéndoles una vida independiente, y ello por más que la causa jurídica de la prestación no se encuentre entre los deberes inherentes a la patria potestad, sino en el deber general de alimentos entre parientes que se recoge en el artículo 142 del Código Civil, con lo que ello implica en cuanto al contenido y extensión de tales alimentos; vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 3.ª, de 13 de enero de 2003 (*JUR* 2003/108668), y de la Audiencia Provincial de

En cualquier caso, debe partirse del hecho que dicha obligación legal de alimentos a los hijos mayores de edad, debe fijarse teniendo en cuenta el criterio de proporcionalidad del artículo 146 del Código Civil, es decir, la cuantía de los alimentos deberá ser, precisamente, proporcional al caudal o medios del que los da y a las necesidades de quién los recibe. Asimismo, corresponderá a los dos padres asumir tal obligación, no recayendo, por tanto esta exclusivamente en el progenitor con el que el hijo no conviva; si bien, la «unidad familiar» que aquel va a conformar con el progenitor conviviente, determina que, mientras se dirime la situación de crisis conyugal, este continúa haciendo efectiva la obligación de alimentos, situándole en la posición de reclamar las medidas necesarias para hacer frente al cambio de régimen jurídico y económico que supone la ruptura del vínculo matrimonial; a la vez que genera un derecho de crédito a su favor, al haber anticipado los alimentos de los que resultan obligados ambos progenitores.

Ahora bien, lo dicho hasta ahora, resulta aplicable por analogía y por ende lo dispuesto en el artículo 93.2 del Código Civil, a los alimentos que sean debidos a los hijos mayores de edad que convivan en el domicilio familiar habidos en el seno de una unión o pareja de hecho (14).

Sobre tales bases, la justificación de fondo de este específico régimen legal de alimentos a favor de los hijos mayores de edad reside en la falta de correspondencia entre la edad en que conforme al artículo 315 del Código Civil se produce la emancipación legal —dieciocho años— y la extinción de la patria potestad, y la edad en que sociológicamente se está produciendo la independencia económica de los hijos, pues, resulta una realidad que esta se retrasa durante varios años, durante los cuales siguen los hijos mayores de edad dependiendo de sus padres, y conviviendo con ellos en el domicilio familiar. Cosa distinta es que tras la independencia en todos los niveles del hijo mayor de edad, las actuales circunstancias económicas le obliguen a volver al domicilio familiar, pues, en tal caso la exigencia de alimentos deberá operar por la vía de la obligación legal de alimentos entre parientes.

En este contexto, el presente estudio se va a centrar en la prestación de alimentos a los hijos mayores de edad, para ello no solo precisaremos los caracteres que se pueden atribuir a tal obligación legal, sino también la cuantía, requisitos, modificación y extinción de tal prestación; destacando, asimismo, determinados aspectos procesales de la materia, como la legitimación para solicitar dicha prestación de alimentos en los procesos de nulidad, separación o divorcio. En el desarrollo de la materia haremos puntual referencia a las diferentes posiciones doctrinales y jurisprudenciales existentes en relación con la misma.

Alicante, Sección 9.^a, de 7 de diciembre de 2010 (*La Ley* 272375/2010), donde recogiendo la doctrina del Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de julio de 2002, señala que «la obligación de prestar alimentos a los hijos menores (arts. 39.3 CE, 110 y 154.1.º del CC), tiene unas características peculiares que le distinguen de las restantes deudas alimentarias legales para con los parientes e incluso los hijos mayores de edad. Una de las manifestaciones es la relativa a la fijación de la cuantía alimentaria que, determina que lo dispuesto en los artículos 146 y 147 del Código Civil, solo sea aplicable a los alimentos debidos a consecuencia de patria potestad (art. 154.1 CC) con carácter indicativo, por lo que caben en sede de estos, criterios de mayor amplitud, pautas mucho más elásticas en beneficio del menor que, se tornan en exigencia jurídica en sintonía con el interés público de protección de alimentistas habida cuenta del vínculo de filiación y edad».

(14) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de diciembre de 2000 (*RJ* 2000/10385).

En todo caso, antes de proceder al estudio de la materia, conviene precisar que la posible intervención de los hijos a la hora de reclamar alimentos a sus padres en los procesos de separación o divorcio determina una triple clasificación: 1. Hijos menores de edad no emancipados que son titulares plenos de derechos y deberes, pero careciendo de capacidad de obrar y capacidad jurídica procesal, han de actuar a través de sus representantes legales, que son sus progenitores (art. 162 del CC). La pensión de alimentos que se reclama para los mismos abarca todo tipo de necesidades (alimentación, vestido, ocio, vivienda, etc.); 2. Los hijos mayores de edad carentes de independencia económica que, conviven con uno de los progenitores pueden dentro del marco del proceso matrimonial solicitar alimentos; si bien, existe cierta controversia sobre quien ostenta la legitimación activa para reclamarlos, de la que haremos puntual referencia en este estudio; y 3. Los hijos mayores de edad e independientes económicamente de sus progenitores, no declarados judicialmente incapacitados, habrán de ser ellos mismos quienes reclamen alimentos a sus progenitores, a ambos obligados, como únicos legitimados a través del juicio verbal ordinario correspondiente, conforme al artículo 250.1.8 de la LEC.

II. NATURALEZA Y CARACTERES DE LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS

Los hijos mayores de edad tienen derecho, conforme a lo dispuesto en el artículo 142 del Código Civil, a obtener de sus padres «todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica», así como lo necesario para su educación e instrucción. En consecuencia, los padres atienden —y con frecuencia muy generosamente— todas las necesidades de sus hijos, incluso si han alcanzado la mayoría de edad, costean su formación y los mantienen en el hogar familiar hasta edades avanzadas, con sacrificio de sus propias necesidades vitales. Se produce así un cumplimiento en especie del deber de alimentos. Así las cosas, en lo que respecta a la naturaleza de la obligación de alimentos, actualmente hay acuerdo doctrinal unánime en entender que estamos ante una obligación cuya finalidad es personal (la satisfacción de las necesidades vitales del alimentista-hijo mayor de edad), y cuyo contenido es patrimonial (tiene un valor económico fácilmente apreciable). Entre ambos aspectos, sin duda el más relevante es el personal, que es el que explica la misma existencia de la figura, y el que determina sus rasgos más característicos (15).

(15) MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDÁZ, C., «La obligación legal de alimentos», en *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia*, 2.^a ed., Colex, Madrid, 2008, pág. 41; LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, T. VI, *Derecho de Familia*, 7.^a ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2008, pág. 350; DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Comentario al artículo 142 del Código Civil», en *Comentarios del Código Civil*, T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 523; BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., *La obligación legal de alimentos entre parientes*, Universidad de Salamanca, 1958, pág. 29; DIEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, 10.^a ed., Tecnos, Madrid, 2006, pág. 49; QUICIOS MOLINA, S., «Comentario al artículo 142 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinador: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 3.^a ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2009, pág. 277. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 1982 (*RJ* 1982/5550), y de 13 de abril de 1991 (*RJ* 1991/2685), que se basa en la de 8 de marzo de 1962 (*RJ* 1962/1229), cuando dice que la deuda legal de alimentos se deriva de un deber impuesto jurídicamente a una o varias personas de asegurar la subsistencia de una u otras; y también definida doctrinalmente como deuda surgida entre parientes, basadas en lazos de solidaridad familiar, y que tiene su fundamento en el

Asimismo, la obligación legal de alimentos a los hijos mayores de edad está ligada, por un lado, a la subsistencia y necesidad del titular del derecho —tutelando intereses esenciales de la persona—, y por otro, al vínculo familiar de filiación que existe entre el hijo y los padres como obligados, vínculo que justifica la existencia de tal obligación, y respecto de los que derivan los caracteres de obligación mancomunada divisible, de carácter personalísimo o *intuitu personae*, relativa y variable, y, asimismo, con respecto al derecho a percibir alimentos futuros irrenunciable, intransmisible, imprescriptible y no sometido a compensación (16).

La obligación de alimentos de los hijos mayores de edad es esencialmente una obligación legal, impuesta y regulada por la Ley —en concreto en los arts. 142 a 153 del CC—, siempre que concurra el supuesto de hecho legalmente tipificado para su nacimiento como es la relación de parentesco (art. 143 del CC), necesidad del alimentista (arts. 146 y 148) y posibilidad económica del alimentante (art. 146), con independencia de la voluntad de las partes (17); sin margen al juego de la autonomía de la voluntad, y de un contenido más restrictivo que la de los hijos menores de edad. Como tal obligación legal se impone a determinadas personas, como consecuencia de su vinculación con el beneficiario por vínculos de parentesco o estado, concretándose sus límites obligacionales, asimismo, legalmente en lo indispensable para el sustento, habitación, asistencia médica, vestido, y educación, derecho que subsiste en los hijos, aun después de la mayoría de edad, si permanece la situación de necesidad por causa no imputable al alimentado, circunscribiendo la obligación de prestar los citados alimentos, a los sujetos que

derecho a la vida configurado como un derecho de la personalidad, a cuya conservación tiene esta figura que tutela, pues, un interés jurídico privado e individual.

(16) MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., *Régimen jurídico de alimentos de hijos mayores de edad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 25-40; POVEDA BERNAL, M. I., «Alimentos a los hijos mayores de edad. Cuestiones civiles y procesales a la luz de la nueva realidad familiar. Especial examen de la jurisprudencia», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 68, octubre-diciembre de 2008, págs. 232-233; AGUILAR RUIZ, L., «El derecho a recibir alimentos de los hijos mayores de edad que voluntariamente abandonan el hogar familiar. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de febrero de 2000», en *Revista de Derecho Patrimonial*, 2001-1, núm. 6, pág. 328; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «La obligación legal de alimentos», *op. cit.*, págs. 41-43; LASARTE ÁLVAREZ, C., «Principios de Derecho Civil», *op. cit.*, págs. 350-351; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil*, T. IV, *Derecho de Familia*, 10.^a ed., Dijusa, Madrid, 2005, pág. 29; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, págs. 145-210. Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de marzo de 1967 (*RJ* 1967/1239); las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 6.^a, de 14 de noviembre de 1997 (*AC* 1997/2234), y de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 1.^a, de 3 de mayo de 1999 (*AC* 1999/5401).

(17) MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., «Régimen jurídico de alimentos de hijos mayores de edad», *op. cit.*, págs. 25-26. Vid., en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de febrero de 2000 (*RJ* 2000/1169), define la «deuda alimentaria» como la que afecta a una persona, llamada alimentante, que resulta obligada a prestar a otra, llamada asimismo alimentista, lo indispensable para cubrir todas sus necesidades perentorias, o dicho con otras palabras legales, las necesidades mínimas para subsistir. Además, añade, dicha «deuda alimenticia» precisa la existencia de un nexo de parentesco entre el alimentante y el alimentista —art. 143 del CC—, así como situación socio-económica suficiente en el primero y deficiente en el segundo —art. 148 del CC—, y las sentencias de 3 de octubre de 2006 (*JUR* 2007/62428); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5.^a; de la Audiencia Provincial de Zamora, de 5 de mayo de 2010 (*La Ley* 93230/2010), y de la Audiencia Provincial de Zamora, de 19 de julio de 2011 (*La Ley* 159416/2011).

se encuentran dentro del círculo familiar (preferentemente los padres), como previene el artículo 143 del Código Civil que, cesará cuando el hijo no conviva en casa o tenga recursos propios concretado en el hecho de que pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido mejor fortuna, conforme señala el número 3 del artículo 152 del Código Civil:

1. Obligación mancomunada divisible. Ante la existencia de una pluralidad de deudores alimenticios (los dos progenitores), el artículo 145.1 del Código Civil ordena el reparto del pago de la pensión entre los obligados. Se opta por la mancomunidad de la deuda alimenticia —probablemente en atención al principio según el cual la solidaridad no se presume— dividiendo en tantas partes como alimentantes existan, pero con la particularidad de que la participación de cada uno no es por cuota o por partes iguales, sino en proporción a su respectivo caudal, tal como dispone, asimismo, el citado precepto, en consonancia con el artículo 146 del mismo cuerpo legal (18). De esta forma, aun estando divididos los alimentos en tantas deudas como alimentantes, y siendo dichas deudas calculadas en proporción a la situación económica del obligado, y distintas las unas de las otras, no son, sin embargo, del todo independientes entre sí desde el momento en que la cuantía de cada uno depende directamente de las demás (19). A diferencia de la regla del artículo 1138 del Código Civil, el reparto no es igualitario, sino proporcional a los medios de los obligados.

No obstante, el carácter mancomunado de la obligación cede en un supuesto concreto en el que la obligación se transforma, por imperativo legal, en obligación solidaria. El apartado segundo del artículo 145 prevé la posibilidad que tiene el juez de obligar a uno solo de los alimentistas a que preste provisionalmente alimentos «*en caso de urgente necesidad y por circunstancias especiales*». Ello sin perjuicio de que el alimentante que ha satisfecho la totalidad de la deuda, pueda reclamar a cada uno de los demás obligados el reembolso de la parte que les correspondan, tal como establece con carácter general para las obligaciones solidarias el artículo 1145 del Código Civil.

(18) MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., «Régimen jurídico de alimentos de hijos mayores de edad», *op. cit.*, pág. 27; MARTÍN NÁJERA, S., «Los alimentos de los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales: el artículo 93.2 y la legitimación», en *Actualidad Civil*, 1997-3, pág. 691; MORENO-TORRES HERRERA, M.^a L., «Los presupuestos del derecho de alimentos de los hijos mayores de edad», UNED, *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 28, 2006, pág. 293, quien precisa que al progenitor conviviente con el hijo mayor de edad no se le puede exigir que atienda las necesidades del hijo que quedan sin cubrir como consecuencia del incumplimiento del otro, puesto que la deuda en ningún caso es solidaria, pero, añade, negar la repercusión que este incumplimiento produce en el patrimonio del conviviente sería ignorar la realidad. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de abril de 1994 (RJ 1994/2789), y las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.^a, de 9 de mayo de 1997 (AC 1997/1007), obligación mancomunada y divisible, no solidaria; de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2.^a, de 5 de febrero de 1998 (AC 1998/343); de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 6.^a, de 28 de mayo de 1999 (AC 1999/5803); de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2.^a, de 13 de enero de 2000 (AC 2001/2499); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 20.^a, de 26 de enero de 2007 (JUR 2007/156895), y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de 18 de mayo de 2010 (*La Ley* 119409/2010).

(19) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., *La obligación legal de alimentos entre parientes*, La Ley, Madrid, 2002, págs. 190-191; COBACHO GÓMEZ, J. A., *La deuda alimenticia*, Montecorvo, Madrid, 1991, pág. 31.

Ahora bien, si los hijos mayores de edad solicitan alimentos por el cauce específico del juicio de alimentos, deberá demandar a ambos progenitores, pues, el hijo (alimentista) no puede exigir de cada alimentante más que la parte que le corresponde en proporción a su caudal, por lo que será preciso demandar a todos y cada uno de los obligados, si quiere cobrar íntegramente la prestación, y cada uno de ellos no pagará más que la parte a la que está obligado.

2. Carácter personalísimo o *intuitu personae*. Es evidente la naturaleza esencialmente personal tanto de la obligación de proporcionar los alimentos como el correlativo derecho a reclamarlos (20). Tanto el lado activo como pasivo de la obligación son inherentes a la persona del deudor y del acreedor respectivamente, al ser sus particulares circunstancias personales y no otras, las que determinan la existencia de la relación obligatoria (21). Efectivamente, la obligación está ligada a la persona del acreedor (padres) y a la del deudor alimentario (hijo mayor de edad). De forma que, el derecho a recibir alimentos corresponde a una determinada persona en atención a su vínculo familiar y su personal necesidad; al igual que, el deber de prestarlos se impone al deudor en razón de su condición de pariente y de su concreta situación económica; de ahí que, se señale que, tanto el derecho como el deber están indisolublemente conexo a la persona de su titular y obligado respectivamente.

De este carácter personalísimo de la prestación de alimentos se derivan otras características atribuibles, igualmente, a esta relación jurídica, como son su intransmisibilidad e irrenunciabilidad (art. 151 del CC), en que no cabe transacción (art. 1814 del CC); y que se extinguen por la muerte del acreedor o del deudor (arts. 150 y 152 del CC).

3. Irrenunciabilidad. Relacionado con el carácter personalísimo de los alimentos, y, consecuencia de su indisponibilidad derivado directamente de su finalidad asistencial, es el carácter irrenunciable del derecho de alimentos (22). Si no se puede disponer libremente de tal derecho, en modo alguno se puede renunciar al mismo (23). El artículo 151 establece expresamente que «no es renunciable... el derecho a los alimentos», irrenunciabilidad que se desprende también del mandato general contenido en el artículo 6.2 de nuestro Código Civil, que establece como límites a la renuncia de los derechos reconocidos por la Ley, las cláusulas generales de interés u orden público y el perjuicio de tercero. De forma que, no es válida la renuncia, que se haga de los mismos. Esta prohibición de renuncia para asegurar la satisfacción de las necesidades vitales del alimentista, responde no solo al interés individual, sino también general; y queda fuera del ámbito de

(20) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.ª, de 18 de mayo de 2006 (*JUR* 2006/158372).

(21) BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 26; COBACHO GÓMEZ J. A., La deuda alimenticia, *op. cit.*, pág. 26.

(22) BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS P., La obligación legal de alimentos entre parientes, *op. cit.*, pág. 25; COBACHO GÓMEZ J. A., La deuda alimenticia, *op. cit.*, págs. 27-28. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 3.ª, de 20 de marzo de 2002 (*JUR* 2002/129642).

(23) CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «Comentario al artículo 6 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. I, vol. I, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1992, pág. 751, precisa que es requisito indispensable para poder renunciar al derecho, que el renunciante «tenga la libre disposición sobre los mismos». En la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2.ª, de 22 de abril de 2002 (*JUR* 2002/206574), se posibilita la renuncia de alimentos de los hijos mayores de edad, con independencia económica, abdicando de su derecho reconocido judicialmente.

la autonomía privada (24). Asimismo, el derecho de alimentos como la mayoría de los derechos irrenunciables se fundamenta en el interés público, y las normas que lo regulan, son de orden público; y no puede perjudicar a tercero, que tendrá lugar si se lesiona el interés jurídicamente de una persona ajena al acto de renuncia, en cuanto supone el nacimiento de una nueva obligación frente a otros posibles obligados sucesivamente, cuando el alimentista renuncia a su derecho frente a un determinado deudor.

Ahora bien, la prohibición de renuncia no alcanza a las pensiones atrasadas que pueden ser objeto de renuncia, como tal obligación pecuniaria, al desaparecer las razones de orden público que lo impedían, y no ser imprescindibles para la vida, los alimentos en que consistan estas (25).

Sobre tales bases, el hijo mayor de edad es titular del derecho de alimentos, y, como tal derecho abstracto le pertenece, siendo personal e intransmisible, sin que pueda renunciar a percibirlo en el futuro, ni como añade MORENO-TORRES HERRERA, al cobro de las pensiones atrasadas por no ser el acreedor de tal prestación de alimentos, pues, lo es el progenitor conviviente (26).

4. No transacción de los alimentos. Consecuencia del tan reiterado carácter indisponible de los alimentos es que estos no pueden ser objeto de un contrato de transacción (27). A la prohibición de transigir, se refiere el artículo 1814 del Código Civil al disponer que: «no se puede transigir... sobre alimentos futuros». Sólo afecta a los alimentos futuros, pues, es posible la transacción de las pensiones devengadas, al igual que, lo establece el artículo 151.2 para la renuncia, transmisión y compensación de las mismas. Al respecto, señala MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, la finalidad de esta prohibición está en evitar abusos a que pudiera dar lugar un estado de necesidad por vía de pacto (28); y, como precisa GULLÓN BALLESTEROS, esta prohibición contempla tanto el derecho otorgado por la ley a pedir alimentos, cuando se den las circunstancias de necesidad en ella previstas, como el derecho a las pensiones todavía no vencidas. En cambio se puede transigir sobre los alimentos atrasados, que dejan ya de ser necesarios para la vida y en los cuales no concurren las razones de orden público, que los hacen

(24) CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «Comentario al artículo 6 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 760.

(25) La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de noviembre de 1987 (RJ 1987/8344), considera los alimentos impagados como crédito disponible en el patrimonio del alimentista, quien puede renunciarlos, transigirlos o reclamarlos.

Sin embargo, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., «Régimen jurídico de alimentos de hijos mayores de edad», *op. cit.*, págs. 32-33, señala que «el mayor de edad puede no exigir las cantidades atrasadas o renunciarlas expresamente, en la medida en que estas cantidades podríamos conceptualizarlas como resarcimiento de daños que surge a favor del alimentista a causa del incumplimiento, imputable al deudor, de las prestaciones debidas en el pasado. Pero esto no puede prejuzgar ni su derecho a las prestaciones futuras, ni la no existencia del derecho de crédito a favor del progenitor conviviente con el hijo en los casos en que haya adelantado las cantidades señaladas en concepto de alimentos, cubriendo las necesidades del hijo, porque entonces el titular del derecho de crédito, no es el hijo sino el progenitor que ha pagado».

(26) MORENO-TORRES HERRERA, M.^a L., «Los presupuestos del derecho de alimentos de los hijos mayores de edad», *op. cit.*, pág. 295.

(27) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Cuenca, Sección 1.^a, de 3 de septiembre de 2007 (AC 2007/2296).

(28) MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., «Régimen jurídico de alimentos de hijos mayores de edad», *op. cit.*, pág. 33.

indisponibles, sino que, se convierten en un crédito disponible en el patrimonio del alimentista que puede libremente transigirlo (29).

5. No compensación. El artículo 151 del Código Civil después de establecer la intransmisibilidad y la irrenunciabilidad del derecho de alimentos, declara que «*tampoco pueden compensarse con los que el alimentista deba al que ha de prestarlos*». En consonancia con el párrafo segundo del artículo 1200 del Código Civil que establece que dicha compensación no puede oponerse «*al acreedor por alimentos debidos por título gratuito*». Como acertadamente precisa MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, «no puede decirse que este último precepto sea una repetición inútil del artículo 151, puesto que niega y excluye la compensación no solo de los alimentos legales entre parientes, sino de todos los demás debidos a título gratuito, tengan o no causa legal». Además, añade, «en ningún caso puede considerarse una repetición desde el momento en que la prohibición del artículo 151 va dirigida esencialmente al acreedor de los alimentos, mientras que la del 1200 tiene como destinatario principal el deudor, al señalar expresamente que no “*podrá oponerse al acreedor por alimentos*”» (30). Si bien, hay que tener en cuenta que, la prohibición de compensar afecta únicamente a los alimentos presentes o futuros, pero no a las pensiones atrasadas que, conforme al artículo 151.2, podrán ser objeto de compensación. Lo que implica que, el alimentista que tiene un crédito por cuotas vencidas frente al alimentante, ante el reclamo de este para obtener el pago de una deuda de otra naturaleza, puede oponer la compensación de ambos créditos. Si bien, como precisa MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, «no hay que perder de vista que la titularidad del derecho de alimentos es del hijo. Por tanto debería tratarse de cantidades adeudadas por este al alimentante, para que se pueda dar el requisito de ser recíprocamente acreedores y deudores, exigido en materia de compensación». Y, añade, «el supuesto en la práctica podría darse en el caso de que el progenitor conviviente adelante las cantidades debidas y no satisfechas en concepto de alimentos por el otro progenitor, cubriendo las necesidades de los hijos y convirtiéndose de esta forma en acreedor de la cantidad debida en concepto de alimentos» (31). En todo caso, el fundamento de la no compensación se encuentra en que estamos ante un derecho que está destinado a cubrir necesidades vitales del alimentista (hijo mayor de edad), por lo que no parece admisible que, el suministro de medios indispensables para el sustento del alimentista, se vaya a compensar porque el alimentante sea acreedor de aquel. Tampoco procede la compensación entre pensiones alimenticias en el supuesto de hijos menores y mayores de edad con derecho a alimentos, cuando uno de los padres se haya hecho cargo de la correspondiente al hijo mayor, con la que resulte del pago de alimentos al hijo menor, pues, se ha de contribuir, igualmente, a los alimentos de este en la proporción en que se convenga (32).

(29) GULLÓN BALLESTEROS, A., «Comentario al artículo 1814 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, T. II, dirigidos por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Rodrigo BERCOVITZ, Luis Díez-PICAZO y Ponce de León y Pablo Salvador Cordech, Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pág. 1773. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de noviembre de 1987 (RJ 1987/8344).

(30) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, págs. 171-172. Vid., asimismo, PADIAL ALBÁS A., *La obligación de alimentos entre parientes*, Bosch, Barcelona, 1997, págs. 174-175.

(31) MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., «Régimen jurídico de alimentos de hijos mayores de edad», *op. cit.*, pág. 35.

(32) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.ª, de 8 de abril de 2011 (*La Ley* 78638/2011).

6. La imprescriptibilidad. El derecho a percibir alimentos no prescribe nunca, aunque se den todos los presupuestos para su nacimiento (la necesidad del alimentista, los medios del alimentante, y su relación de parentesco) y el alimentista no lo ejercite; y ello por la misma razón de no ser susceptibles de renuncia, o por su carácter indisponible (33). Así, siempre que el alimentista esté en situación de necesidad y mientras persista esta situación, tendrá acción para reclamar los alimentos que precise (34). Prescriben, sin embargo, las concretas pretensiones a pensiones alimenticias ya vencidas (art. 1966.1 del CC), si no se reclaman en un plazo de cinco años (35). Se trata de un plazo de prescripción que ha de computarse desde que se produce el incumplimiento del alimentante (36). A partir de ese momento en el que los alimentos que deben ser prestados no son abonados por el deudor, el acreedor tiene el plazo de cinco años para reclamar su pago. Ahora bien, si el incumplimiento se produce desde que la cuantía debida es fijada por el Juez, el plazo habrá de contarse conforme al artículo 1971 del Código Civil, desde la firmeza de la sentencia.

7. La intransmisibilidad del derecho. El crédito no es separable de la persona, ni constituye un valor económico que pueda transmitirse por actos *inter vivos* o *mortis causa*. La imposibilidad de transmisión del derecho por causa de muerte ha sido expresamente establecida por el legislador, tanto en el artículo 151 del Código Civil que, con carácter general indica que tal derecho no es transmisible a terceros, como en el artículo 152.1, que señala la muerte del alimentista como una de las causas de extinción de la obligación. El derecho a recibir alimentos se extingue con la muerte de su titular, de manera que, no forman parte de su herencia, y, en modo alguno puede transmitirlo a sus herederos (art. 659 del CC). El derecho del acreedor a reclamar alimentos no es, por tanto, más que el derecho que tiene a satisfacer sus propias y personales necesidades, y que se calcula en función de estas, de los medios que dispone el alimentante y del vínculo de parentesco. Con el fallecimiento del acreedor, sus necesidades desaparecen y también su relación de parentesco, quedando el alimentante liberado, sin que subsista la obligación de alimentos frente a los herederos; sin perjuicio de que alguno de ellos necesite alimentos de este mismo pariente deudor, pero deberán prestarse *ex novo*, surgiendo una nueva relación obligatoria con el mismo deudor.

Al igual que, no opera su transmisibilidad *mortis causa*, tampoco lo es *inter vivos*, en vida de su titular; al estar reconocida dicha prohibición en el artículo 151 del Código Civil, y, ser, además, una consecuencia lógica del carácter personal. El crédito no es transmisible como no lo son las circunstancias personales, ni familiares de las que se deriva, en cuanto no cabe la cesión del

(33) DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Comentario al artículo 151 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 539.

(34) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 183; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS, C., «La obligación legal de alimentos», *op. cit.*, pág. 42.

(35) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de León, Sección 2.ª, de 11 de noviembre de 2000 (*JUR* 2001/111103), tiene legitimación para reclamar el cónyuge con el que conviven las hijas mayores de edad; el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 12 de noviembre de 2001 (*JUR* 2002/20120); el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 14 de enero de 2002 (*JUR* 2003/51959), y el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 15 de marzo de 2005 (*JUR* 2005/115831).

(36) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de julio de 1994 (*RJ* 1994/6306).

derecho. El acreedor no puede ceder su crédito, y transmitir la titularidad del mismo a un tercero, pues, dicha cesión no es un negocio válido y eficaz, al ser el objeto de la cesión un crédito intransmisible (37). Lo que, sin duda, constituye una excepción a la norma general de cesión de créditos contenida en el artículo 1112 del Código Civil.

Ahora bien, la intransmisibilidad afecta únicamente a los alimentos propiamente dichos, actuales y futuros, pero no a las pensiones atrasadas, pues, son susceptibles de transmisión, al no resultar *a priori* ya necesarias para la vida. En relación al crédito, su posibilidad de transmisión está reconocida en el artículo 151.2 del Código Civil que dispone que «podrá transmitirse a título oneroso o gratuito el derecho a demandar las pensiones alimenticias atrasadas», tanto, entendemos, por actos *inter vivos* como *mortis causa*. De la misma forma, la deuda de los alimentos vencidos puede considerarse transmisible como cualquier deuda ordinaria (38). Las pensiones vencidas no ostentan ya una naturaleza personal, sino patrimonial, por lo que cualquiera puede ser deudor de las mismas. El alimentante puede, por tanto, transmitir su deuda a terceros y, asimismo, sus herederos están obligados a pagar los alimentos por él debidos y no pagados al formar parte de la herencia, y, en consecuencia, formar parte del pasivo de la misma. De la misma manera, el tercero que haya prestado alimentos en lugar del causante, podrá repetir contra los herederos de este, las pensiones ya satisfechas, del mismo modo que las podía haber exigido al obligado.

Sobre tales bases, el particular régimen jurídico instaurado por el artículo 93.2 del Código Civil, tal y como viene interpretado por la jurisprudencia, encuentra justificación dogmática en los rasgos característicos de la obligación de alimentos entre parientes; de forma que, el titular del derecho de alimentos que es, en todo caso, el hijo mayor de edad que se encuentra en estado de necesidad, no puede transmitirlo ni *inter vivos* ni *mortis causa*; sin embargo, para MORENO-TORRES HERRERA, no hay razón alguna para excluir la cesión de crédito, por cuanto que «habida cuenta de las circunstancias concurrentes, no hay riesgo alguno de que se frustre el objetivo de la deuda alimenticia». Además, añade, «no se trata de una cesión convencional del crédito, sino de una cesión operada por disposición de ley cuando se dan determinados presupuestos y, ordenada con el objetivo de proteger el interés del progenitor conviviente. La transmisión de la deuda alimenticia a este último aparece así como el instrumento técnico mediante el cual se le proporciona esa protección, sin perjudicar al hijo, el cual como titular del derecho de alimentos, conserva siempre la posibilidad de hacer valer una pretensión frente a sus padres, por el cauce del procedimiento correspondiente de conformidad con lo establecido en los artículos 142 y siguientes del Código Civil» (39).

(37) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 159.

(38) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, págs. 164-165.

(39) MORENO-TORRES HERRERA, M.^a L., «Los presupuestos del derecho de alimentos de los hijos mayores de edad», *op. cit.*, pág. 296.

III. REQUISITOS PARA EL NACIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS

La sede normativa de la obligación de alimentos de los padres respecto de los hijos mayores de edad la constituyen los artículos 142 a 153 del Código Civil, que conforman el Título denominado «De los alimentos entre parientes», a los que hay que añadir la norma contenida en el párrafo segundo del artículo 93 del citado texto legal. De tal normativa, se deduce que, la institución del derecho de alimentos entre parientes, entre los que se encuentran los hijos, bien sean mayores o menores de edad, descansa según señala la doctrina sobre los siguientes presupuestos: 1. La existencia de una relación de parentesco o de carácter familiar; 2. La existencia de un estado de necesidad en el alimentista, unida a la imposibilidad actual de obtener recurso con los que hacer frente. A estos efectos deben ser también valorados los recursos potenciales del alimentista, incluida la posibilidad concreta de obtener los medios de subsistencia mediante su trabajo; 3. La capacidad económica del alimentante (art. 152.2 del CC); de forma que, si el eventual obligado carece de medios con lo que hacer frente a los alimentos, la obligación no llega a nacer a su cargo (40); 4. La situación de necesidad no venga causada por la mala conducta o la falta de aplicación en el trabajo (art. 152.5 del CC). Los tres primeros son requisitos de la obligación de alimentos entre parientes en todo caso: entre ascendientes, y descendientes, entre cónyuge y entre hermanos; mientras que, el último mencionado se refiere únicamente a aquel alimentista que sea descendiente del obligado a dar alimentos. Si bien, conviene precisar que, se trata de una especificidad del derecho de alimentos que la ley concede frente a cualquier ascendiente (no únicamente los padres, aunque en nuestro estudio vamos a referirnos únicamente a ellos).

De forma que, la obligación de alimentos solo opera respecto de los parientes enumerados en el artículo 143 del Código Civil. Acreedor y deudor han de ser, por tanto, miembros de una misma familia, entendiendo esta como familia extensa; y no más allá del círculo familiar establecido por el legislador.

Ahora bien, aunque el parentesco sea un requisito imprescindible para que surja la obligación, no genera más que la posibilidad de una obligación potencial, que no será definitiva, si no se acompaña de la concurrencia del resto de los requisitos expuestos, que son los que, en definitiva, determinarán, si aquella nace, y, en consecuencia, quien asumirá el papel de acreedor y de deudor de esta obligación.

El concepto de alimentos va sustancialmente unido al estado de necesidad del sujeto. Su finalidad es asistencial, y, por tanto, orientada a satisfacer las necesidades del acreedor de una obligación de alimentos. De ahí que, disponga el artículo 148.1 que esta «*será exigible desde que los necesitara para subsistir la*

(40) AGUILAR RUIZ, L., «El derecho a recibir alimentos de los hijos mayores de edad que voluntariamente abandonan el hogar familiar...», *op. cit.*, pág. 329; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 213; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS, C., «La obligación legal de alimentos», *op. cit.*, págs. 48-49; BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 35; del mismo autor, «Comentario a los artículos 142 a 153 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 23. Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de noviembre de 1986 (*RJ* 1986/6574); de 23 de febrero de 2000 (*RJ* 2000/1169); la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 6 de marzo de 2001 (*JUR* 2001/150454); la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 14 de enero de 2003 (*JUR* 2003/92955), y la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 4.ª, de 10 de mayo de 2005 (*JUR* 2005/266155).

persona que tenga derecho a percibirlos...»). Lo que, igualmente, se deduce del artículo 152.3 que, señala entre las causas de extinción de la obligación, el hecho de que al alimentista «no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia». Si se pierde el derecho cuando se acaba la necesidad, es obvio que, no llegue a nacer tal derecho, cuando no exista ninguna necesidad constatable en el alimentista. E, incluso, se infiere de los artículos 146 y 147 del Código Civil que contempla la necesidad de alimentista como uno de los criterios (junto a los medios del alimentante) para determinar la cuantía de la prestación debida y su posible variación (41).

El estado de necesidad que padece un sujeto viene determinada por la insuficiencia de medios para subsistir que, ha de ser establecida mediante una comparación entre los recursos individuales y sus necesidades personales, no la de quienes conviven con él y a su cargo (42). Cuando precisamente aquellos no le permiten cubrir las necesidades más vitales, se produce una situación de necesidad (43). Por ello, en la apreciación de la misma es preciso valorar, tanto los medios de los que dispone el sujeto, como las concretas necesidades del sujeto (44). La valoración de los primeros debe hacerse sobre parámetros más o menos objetivos (rentas de trabajo y de capital, patrimonio, etc.); y la de los segundos debe realizarse en un ámbito subjetivo, apreciando la concreta necesidad personal y situación particular de quien la sufre (45).

De forma que, para que se produzca un estado de necesidad no es suficiente que quien lo alegue, carezca en la actualidad de recursos o medios económicos con los que mantenerse, sino que es preciso, además, que se halle imposibilitado para conseguirlos. Por eso, el Juez, a la hora de determinar si existe o no un estado de necesidad que justifique la pretensión de alimentos, debe tener en cuenta tanto si el sujeto carece o no de medios económicos para subsistir, como si tiene o no posibilidad efectiva de procurárselos (46), sin olvidar, asimismo,

(41) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 219; PADIAL ALBÁS, A., «La obligación de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 101.

(42) MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «La obligación legal de alimentos», *op. cit.*, pág. 47.

(43) La sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, de 23 de febrero de 1998 (AC 1998/3485), procedencia de los alimentos ante la capacidad económica de los padres para prestar alimentos a la hija reclamante y necesidades de esta al estar cursando estudios, y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13.ª, de 28 de marzo de 1998 (AC 1998/4835).

(44) LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, T. IV, *Familia*, 3.ª ed., revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Dykinson, Madrid, 2008, pág. 27. Señala que el concepto de necesidad es relativo, pues ha de juzgarse en relación con la persona concreta.

(45) La sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 29 de enero de 1992 (AC 1992/110), necesidad del alimentista por imposibilidad de ejercer profesión, oficio o industria por causa no imputable a él; la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 29 de abril de 1998 (AC 1998/4534), y la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 5.ª, de 25 de octubre de 2000 (*JUR* 2001/26558).

(46) Como señala ALBALADEJO GARCÍA, M., «Curso de Derecho Civil», *op. cit.*, págs. 19-20, las necesidades insatisfechas deben ser sin culpa del alimentista, esto es, para que la insatisfacción le sea imputable significa que pudiendo y debiendo no obtenga recurso para atender a la satisfacción de sus necesidades. Así es lo normal que trabaje y tiene donde hacerlo, pero prefiere holgar; y, ha de carecer, asimismo, de medios con los que atender sus necesidades, se ha de contar no solo con sus rentas o cualesquiera otros ingresos, sino con su capital y su capacidad para poder realizar *efectivamente* un trabajo que se los proporcione y sea *adecuado* a las circunstancias del caso.

los recursos y posibilidades del guardador (arts. 93, 145 y 146 del CC) (47). La insuficiencia actual de recursos no le legitima para reclamar alimentos, si está en condiciones de cambiar su precaria situación, por ejemplo, acceder al mercado laboral. El propio Código Civil señala el hecho de que «*el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria...*» (art. 153.2), como una causa de extinción de la obligación, que lógicamente impide el nacimiento de la misma (48).

Junto al estado de necesidad del acreedor, es también presupuesto básico del nacimiento de la obligación de alimentos la posibilidad del deudor de atender a esa necesidad, esto es, disponer de recursos suficientes (49).

Como en el caso de necesidad, corresponde en todo caso al Juez analizar y valorar la particular situación económica del posible obligado para determinar tanto el nacimiento de la obligación como también, en su caso, el *quantum* de la prestación debida, e incluso, la extinción de la misma.

(47) La sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 5.^a, de 5 de marzo de 2010 (La Ley 167247/2010), precisa que la obligación de alimentos de los hijos se fundamenta en el estado de necesidad; si bien, ha de matizarse cuando se trata de hijos menores, en el sentido que la colisión entre las necesidades de los progenitores y la de los hijos deben decantarse a favor de los hijos, dado el carácter preferente que tiene la obligación alimenticia de los mismos —art. 145 del CC—, de modo que los padres deben sufrir el sacrificio de reducir al mínimo sus necesidades para satisfacer las de los hijos menores, circunstancia que no se debe contemplar legalmente con la misma rigurosidad cuando se trata de hijos mayores en donde se debe buscar un mayor equilibrio entre la necesidad del progenitor y la necesidad del hijo.

(48) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de julio de 1979 (RJ 1979/2948), el ejercicio de oficio, profesión o industria no ha de entenderse como mera capacidad subjetiva, sino como posibilidad concreta y eficaz; asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 2.^a, de 13 de abril de 2000 (JUR 2000/200839); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.^o, de 27 de julio de 2000 (JUR 2001/19), mayoría de edad, estudios completados, acceso al mercado de trabajo y rendimientos económicos; de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.^a, de 23 de septiembre de 2002 (JUR 2003/8129), hijo que tiene veintitrés años, y no consta que padezca ninguna limitación que le impida trabajar, y tampoco realizar estudios alguno; de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 2.^a, de 25 de septiembre de 2002 (JUR 2003/23006), ausencia de falta real de necesidad, percepción de una pensión contributiva y posibilidad de acceso a una actividad laboral acorde a sus limitaciones; de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.^a, de 7 de octubre de 2002 (JUR 2003/23326), hijo de treinta y dos años que no realiza actividad laboral ni cursa estudios, habiendo rechazado varias ofertas de trabajo disponiendo de vehículo propio. Plenitud de facultades y capacidad laboral plena que le permite acceder al mercado laboral; de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 3.^a, de 21 de octubre de 2002 (JUR 2003/80670), hijo de cuarenta años con autosuficiencia para su acceso al mercado laboral; de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.^a, de 22 de octubre de 2002 (JUR 2003/52886), y de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.^a, de 23 de abril de 2003 (JUR 2003/231799).

(49) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 1993 (RJ 1993/7464); la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 3.^a, de 27 de junio de 2002 (JUR 2002/242047), y la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 3.^a, de 17 de septiembre de 2002 (JUR 2002/281420), la enfermedad del alimentante condiciona las expectativas económicas del mismo.

Señala PADIAL ALBÁS, A., «La obligación de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 114, que no es tanta la relevancia de la posibilidad económica del obligado en el *iter* de la obligación de alimentos, sobre todo en referencia al nacimiento de la misma; dado que la ley únicamente supedita este, al término inicial que supone la existencia de necesidad por parte del alimentista.

Una vez que concurren los presupuestos indicados opera de forma automática el nacimiento de la obligación. Surge *ope legis* cuando, al existir entre las partes una determinada relación familiar, una de ellas deviene necesitada, pudiendo la otra hacer frente a esa situación. Así la concurrencia de tales requisitos determina el momento a partir del cual la obligación de alimentos es perfecta y, en consecuencia exigible (50). Se dispone en este sentido en el artículo 148.1 del Código Civil que «*la obligación de alimentos será exigible desde que los necesitare para subsistir la persona que tenga derecho a percibirlos...*». De forma que, la obligación de alimentos nace desde la concurrencia de los citados presupuestos y desde entonces, es exigible. Una obligación que se puede cumplir voluntariamente ante la simple reclamación del acreedor; incluso, previo requerimiento extrajudicial.

Si bien, el citado artículo 148.1 parece aparentemente entrar en contradicción cuando a continuación señala que «*estos no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda*». La doctrina de forma casi unánime ha entendido que la obligación nace con la concurrencia de los presupuestos, o más concretamente, de la necesidad del futuro alimentista, y es exigible desde ese momento, sin que sea precisa una reclamación judicial (51). No se acepta que, la interposición de la demanda sea el momento inicial de la obligación, de su nacimiento, como si antes no tuviera relevancia jurídica, y, en consecuencia, de la negación de un posible cumplimiento voluntario, sino simplemente tal momento procesal marca cuando debe efectuarse su abono, esto es, cuando resulta exigible (52).

De forma que, dándose los requisitos señalados, ambos progenitores tienen obligación de prestar alimentos a sus hijos mayores de edad, pudiéndose modificar si concurre alguna alteración de circunstancias previstas en los artículos 90 y 91 del Código Civil, o extinguiéndose si concurren las causas legales contenidas en los artículos 150 y 152 del citado cuerpo legal.

(50) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, págs. 267-268.

(51) DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Comentario al artículo 148 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 535; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 270; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 26; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «La obligación legal de alimentos», *op. cit.*, pág. 49; LASARTE ÁLVAREZ, C., «Principios de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 353.

(52) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de abril de 1995 (*RJ* 1995/2991), señala que la reclamación judicial es la que concreta la prestación (cuantía o modo de pago), aunque exista con anterioridad el derecho de alimentos y fuera exigible. No debe confundirse el tiempo del nacimiento y el tiempo de exigibilidad de los alimentos; la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 16 de enero de 1996 (*AC* 1996/57), precisa que la redacción del artículo 148 del Código Civil es clara cuando dispone que la obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos, pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda; el Auto de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 4.ª, de 23 de abril de 2002 (*JUR* 2002/235962); el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 20.ª, de 10 de febrero de 2003 (*JUR* 2004/160117); la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4.ª, de 4 de mayo de 2004 (*JUR* 2004/190102); la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 3.ª, de 30 de marzo de 2005 (*JUR* 2005/124791); la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 22 de noviembre de 2005 (*JUR* 2006/91592); la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 15 de marzo de 2007 (*JUR* 2007/120585), y la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5.ª, de 14 de abril de 2008 (*JUR* 2008/234436).

Ahora bien, para que los alimentos puedan exigirse en el proceso de nulidad, separación y divorcio correspondiente, el artículo 93.2 del Código Civil, además, de la mayoría de edad o emancipación del hijo, resulta necesaria la concurrencia de dos requisitos más: la convivencia en el domicilio familiar y la carencia de ingresos y recursos propios (53). Recordemos que, este precepto no modifica los presupuestos sustantivos que han de concurrir para el nacimiento del derecho de alimentos del hijo mayor de edad que hemos analizado en líneas precedentes: la relación de parentesco, estado de necesidad y la posibilidad económica del alimentante; o lo que es lo mismo, para que el hijo sea acreedor de alimentos, sino la posibilidad del juez de fijar la cuantía de alimentos que corresponde al hijo mayor de edad en el mismo proceso en que se dirime la nulidad, separación o divorcio, si se cumplen los requisitos establecidos en el precepto. Analicemos tales requisitos:

1. Mayoría de edad o emancipación. Como hemos puesto de manifiesto, la mayoría de edad o la emancipación no determinan la extinción de la prestación de alimentos, ni garantiza su independencia económica (54). Así dispone la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 24 de enero de 1992 (55) que «no hay motivos suficientes para suprimir, ni siquiera para reducir en su cuantía, la contribución asignada al esposo para el levantamiento de las cargas del matrimonio, pues, por lo que respecta a la mayoría de edad de los hijos, esta Sala viene manteniendo con reiteración que tal circunstancias no exime a los padres de sus obligaciones para con sus hijos hasta tanto no obtengan un trabajo y consigan su independencia económica de la familia, como resulta de los preceptos del Código Civil relativos a las medidas a adoptar con motivos de la separación o el divorcio, que no excluyen la obligación de los cónyuges de contribuir al sostenimiento de las cargas familiares por el hecho de haber alcanzado los hijos la mayoría de edad, y del artículo 152, número 3 del mismo texto legal, que hace depender el cese de la obligación de dar alimentos, no de dicha circunstancia, sino del hecho de que el alimentista puede ejercer de oficio, profesión o industria o haya

(53) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 3.ª, de 23 de febrero de 1998 (AC 1998/431); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 14 de abril de 1998 (AC 1998/821); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 1.ª, de 27 de julio de 1998 (AC 1998/6876); de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3.ª, de 19 de marzo de 2001 (JUR 2001/140766), y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 25 de mayo de 2010 (La Ley 121113/2010).

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 1.ª, de 27 de julio de 1998 (AC 1998/6876), precisa que el artículo 93.2 se basa en criterios de convivencia y carencia de ingresos propios para permitir lo que constituye, sin duda, una excepción al régimen general de las relaciones paterno-filiales (patria potestad y representación, en especial), ha sido introducido sin especial cuidado en un sistema cuyas previsiones parecen ser en absoluto respetadas, a juzgar por la genérica remisión que el precepto en cuestión hace a los artículos 142 y siguientes del propio Código, pues, olvida, entre otros aspectos, que el hijo mayor de edad, como persona en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, no puede ser forzado a un régimen de convivencia determinante de la obligación de alimentar del progenitor separado de él, quien podría, en consecuencia, hacer uso de la opción concedida por el artículo 149.

(54) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 17 de abril de 1998 (AC 1998/822); de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.ª, de 28 de octubre de 1998 (AC 1998/8100), y de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 5.ª, de 3 de mayo de 2011 (La Ley 67041/2011).

(55) AC 1992/123.

adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia». En parecidos términos, la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 16 de enero de 1993 (56), señala que: «Consciente el legislador español de que la realidad social actual demuestra que el alcanzar la mayoría de edad no conlleva para los hijos la independencia económica respecto a sus padres habida cuenta de la especial dificultad que supone hoy en día el acceder al mercado de trabajo con el objeto de obtener unos ingresos que les permitan llevar una vida independiente de sus progenitores, se ha decidido a afrontar tal realidad cuando mayores dificultades puede presentar para los padres el mantenimiento de sus citados hijos por la crisis matrimonial que les afecta. Es, por ello que, incorporando tal realidad social presente al texto legal, estima como carga familiar los gastos derivados del sostenimiento de tales hijos mayores cuando no han alcanzado la independencia económica, permitiendo, en consecuencia, al Juez, la fijación de los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes del Código Civil, si convivieran en el domicilio familiar aquellos hijos mayores que carecieran de ingresos propios, siendo así en virtud de la inclusión del segundo párrafo del artículo 93 del texto sustantivo civil por Ley 11/1990, de 15 de octubre. Se ha de distinguir así, entre mayoría de edad e independencia económica, y se posibilita de ese modo la reclamación por aquel progenitor en cuya compañía habitual viven los hijos, frente al coobligado, de aquello que le corresponda abonar como pago proporcional de la carga que se origina en aquellos casos en que el primero se ve obligado a atender a la subsistencia, alimentación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción de los hijos mayores» (57).

2. Convivencia. Como se señala en numerosas resoluciones judiciales, las medidas atinentes a los alimentos de los hijos mayores de edad se fundamentan no en el indudable derecho de esos hijos a exigirlos de sus padres, sino en la situación de convivencia en que se hallan respecto a uno de los progenitores (58). Ahora bien, tal situación de convivencia no puede entenderse como el simple hecho de morar en la misma vivienda, sino que se trata de una convivencia familiar en el más estricto sentido del término con lo que la misma comporta entre las personas que la integran (59); de forma que aquella es incompatible con

(56) AC 1993/626.

(57) Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 2.ª, de 11 de junio de 1999 (AC 1999/5681), precisa que, como reiteradamente viene estableciendo esta Sala, la mayoría de edad no comporta de modo automático la extinción de la pensión alimenticia, pues la propia realidad social demuestra que los hijos, aun adquirida la mayoría de edad y extinguida la patria potestad, continúan bajo la dependencia de sus padres, habida cuenta de la especial dificultad que supone hoy en día acceder al mercado de trabajo con objeto de obtener unos ingresos que le permiten llevar una vida independiente de sus progenitores.

(58) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.ª, de 12 de julio de 2000 (*JUR* 2000/286612); de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 7.ª, de 8 de febrero de 2001 (*JUR* 2001/135177); de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 3.ª, de 16 de octubre de 2003 (*JUR* 2003/271399), y de la Audiencia Provincial de Cuenca, de 22 de marzo de 2010 (*La Ley* 43849/2010).

(59) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 22 de mayo de 2000 (AC 2000/1105), no convive con el padre, pues ha creado una nueva familia, se ha casado y vive de forma independiente; de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 7.ª, de 8 de febrero de 2001 (*JUR* 2001/135177); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 31 de mayo de 2002 (*JUR* 2002/259224), la hija ya no vive en el domicilio

situaciones de falta de convivencia o independencia, esto es, cuando los hijos por su propia voluntad deciden abandonar el hogar, gozando durante un tiempo de independencia, aunque no sea así en la actualidad, pues, de necesitar ayuda, tal situación encaja en el régimen de los alimentos ordinarios de los artículos 142 y siguientes del Código Civil, y no en el régimen del artículo 93.2 del citado cuerpo legal (60). Por otra parte, como apunta RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, la convivencia en el domicilio familiar no se interpreta en el sentido estricto de domicilio que hasta la situación de crisis haya tenido el matrimonio y los hijos, sino en el sentido más amplio de domicilio del progenitor con quien permanezca el hijo precisado de alimentos, coincida o no con aquel (61). Igualmente, el hecho de que por razones de estudios el hijo resida en otra localidad, no implica ello la ruptura definitiva de la convivencia, que puede perfectamente mantenerse en fines de semana o períodos vacacionales (62). El elemento integrador que determina la prestación de alimentos es, por tanto, el de «dependencia económica», aunque provisionalmente los hijos estén estudiando fuera; en esencia lo que constituye el fundamento último del precepto es que, haya una unidad de economía familiar. Sin embargo, para BELO GONZÁLEZ, «es imprescindible que al tiempo de iniciarse el procedimiento matrimonial exista un domicilio familiar. Y, además que, en ese domicilio familiar resida el hijo mayor de edad. De no ser así no concurrirá este requisito. No basta con que a resultas de la crisis matrimonial el hijo mayor de edad quede conviviendo con uno de los progenitores». Lo determinante, por tanto, es que «al iniciarse el procedimiento matrimonial el hijo mayor de edad resida en el domicilio familiar. Si, por el contrario, reside fuera del mismo no concurrirá el requisito exigido legalmente. Salvo, claro está, que hubiera sido expulsado por uno de los cónyuges o que obedezca su marcha al cumplimiento

familiar sino con su novio; de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3.ª, de 10 de septiembre de 2003 (*JUR* 2003/263688), consta una vida independiente por lo que no procede la obligación de alimentos; de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 2.ª, de 3 de noviembre de 2010 (*La Ley* 312735/2010), no procede fijar cantidad alguna en concepto de pensión alimenticia al vivir independiente de sus padres, y de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5.ª, de 25 de octubre de 2011 (*La Ley* 234497/2011), no consta la convivencia con el padre, pareciendo más bien que la hija lleva una vida independiente en otro domicilio.

(60) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4.ª, de 5 de marzo de 2007 (*JUR* 2007/137862).

(61) RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J., «La fijación de alimentos a los hijos mayores de edad o emancipados al amparo del párrafo segundo del artículo 93 del Código Civil», en *Aranzadi Civil*, 1993-I, pág. 1957, que, igualmente cita la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 25 de noviembre de 1991, al manifestar esta que el hecho de que la hija en unión de la madre hayan abandonado el domicilio familiar para ocupar en la actualidad una vivienda distinta, no hace escapar el supuesto de la incidencia beneficiosa del artículo 93.2 del Código Civil, toda vez que la razón de su exigencia «radica en la presunción para el legislador de que la no convivencia de los hijos mayores de edad o emancipados en el domicilio familiar es sinónima de su independencia económica, equiparando la autonomía de vida con la patrimonial, por ello valdrá a los fines de su vigencia, tanto el domicilio conyugal propiamente dicho, como el de cualquiera de los progenitores con quien permanezca el hijo.

Señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de marzo de 1983 (*RJ* 1983/1428), el domicilio real corresponde a la residencia permanente e intencionada en un lugar, con habitualidades y raíces familiares y económicas.

(62) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 18 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003/6163); de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 2.ª, de 14 de marzo de 2001 (*JUR* 2001/140451), y de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5.ª, de 20 de enero de 2011 (*JUR* 2011/118799).

de un deber social (servicio militar obligatorio...) o tenga carácter transitorio o pasajero» (63).

En todo caso, se suele vincular el hecho de la convivencia con uno de los progenitores con la presunción de falta de independencia económica que justifica la concesión de los alimentos o su mantenimiento, mientras no se pruebe lo contrario. E, igualmente, la falta de convivencia se puede considerar como indicio de la independencia económica del hijo; pero si esta no queda acreditada en el proceso, aun cuando se compruebe que el alimentista no vive ya con el otro progenitor por causa no imputable al mismo, se mantendrá la obligación a cargo del progenitor (64).

Ahora bien, MORENO VELASCO se pregunta qué momento temporal debemos tener en cuenta para valorar el requisito de la convivencia, bien el de interposición de la demanda, o bien el momento de dictar sentencia. Al respecto señala el autor que, «basta con que el hijo mayor de edad conviviera con unos de los progenitores en el momento de dictar sentencia, aunque en estos casos debe evitarse la picaresca y los abusos del hijo que, habiéndose marchado del domicilio familiar, vuelve a «casa» con el único objeto de justificar una eventual pensión alimenticia» (65).

Finalmente, algunos autores ante el cese de la convivencia posterior a la concesión proponen no la pérdida del derecho a los mismos, «sino que el deudor de la pensión podrá ejercitar la opción del artículo 149 y exigir al hijo que vaya a vivir con él y recibir alimentos en su casa. La convivencia es exigible para el reconocimiento del derecho, pero no para la subsistencia del derecho a la prestación ya acordada» (66).

3. Carencia de ingresos propios. Se señala que mientras el hijo no adquiera una autonomía patrimonial suficiente, forma parte del conjunto familiar en la

(63) BELO GONZÁLEZ, R., «Los alimentos de los hijos mayores de edad en el procedimiento matrimonial de sus progenitores», en *Actualidad Civil*, 1991-1, págs. 29-30, quien, asimismo, precisa que, para la adecuada interpretación del término «domicilio familiar», empleado en la redacción del párrafo segundo del artículo 93 del Código Civil, debe acudirse a lo dispuesto en el artículo 96 del mismo cuerpo legal, que regula la atribución del uso de la «vivienda familiar» en los procedimientos matrimoniales contenciosos (así como al art. 90, extremo B del Código Civil, que trata del convenio regulador de la separación o el divorcio de mutuo acuerdo). De ahí que considere los términos domicilio familiar y vivienda familiar idénticos, por lo que su concepto debe serlo también.

(64) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de febrero de 2000 (RJ 2000/1169), donde se señala que en la hija no concurren los presupuestos necesarios para la denominada «deuda alimentaria», pues «la hija ha ejercitado al salir del hogar paterno, uno de los mayores bienes o valores que tiene el ser humano, como es el ejercicio de la libertad personal. Ahora bien, no puede ni debe olvidar, que muchas veces la libertad como valor social particular, exige el pago de un precio, como es el de la pérdida de ciertas comodidades, y de sufrir contratiempos dolorosos, que van desde el área de los afectos hasta el entorno laboral. Y lo que no se puede pretender es realizar un modelo de vida propio y con arreglo a unos principios de conducta que, atacan y contradicen a los de un entorno familiar y social y seguir obteniendo las ventajas de acogimiento y económicas de dicho entorno que se rechaza», y la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1.ª, de 22 de febrero de 2002.

(65) MORENO VELASCO, V., «Los alimentos de los hijos mayores de edad en los procesos de separación, nulidad o divorcio», en *La Ley*, 2010-4, págs. 1471-1472.

(66) RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Matrimonio y divorcio*. Comentario al nuevo Título IV, Libro I del Código Civil, coordinador: José Luis LACRUZ BERDEJO, Civitas, Madrid, 1994, pág. 1073.

fijación de las prestaciones asistenciales a cargo de los progenitores; y romper esa unidad, cuando después de la mayoría de edad el hijo no ha terminado su formación por causa no imputable, resulta contrario a lo establecido en los artículos 142.2 y 93.2 del Código Civil (67). Asimismo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 21 de diciembre de 2000, se dispone que, «lo determinante para conceder alimentos a los hijos mayores de edad que conviven en el domicilio familiar es la carencia por los mismos de ingresos suficientes para subvenir a sus necesidades, permitiéndoles vivir una vida independiente, y ello por más que la causa jurídica de la prestación no se encuentre entre los deberes inherentes a la patria potestad sino en el deber general de alimentos entre parientes que se recoge en el artículo 142 del Código Civil con lo que ello implica en cuanto al contenido y extensión de tales alimentos» (68). Sobre tales bases, este requisito no se identifica necesariamente con independencia económica, pues, es posible que el mayor de edad perciba ingresos, si bien estos resulten insuficientes para subvenir a sus necesidades. Lo que no significa que, en todos los casos que el hijo mayor de edad carezca de ingresos, tenga derecho a alimentos, si la falta de estos es por causa imputable al mismo, al no haber terminado su formación (art. 142.2) (69); o no haberse procurado un oficio, profesión o industria (70). En algunos casos, aun teniendo trabajos o ocupaciones laborales eventuales, esporádicas y discontinuas, por las que se percibe una escasa retribución, se considera que no carece de ingresos, pues, ha entrado en el mundo laboral (71); de ahí que, no precise la pensión

(67) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.^a, de 21 de septiembre de 1998 (AC 1998/7774); la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.^a, de 28 de octubre de 2010 (*La Ley* 219254/2010), consta acreditado que en este caso, si bien la hija Rocío, es mayor de edad, pues tiene veinte años, carece en cambio de independencia y autosuficiencia económica, al tiempo que convive con su madre, formando parte integrante del mismo núcleo familiar; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 1.^a, de 29 de diciembre de 2010 (*La Ley* 313293/2010).

(68) *JUR* 2001/112491.

(69) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.^a, de 1 de diciembre de 2011 (*La Ley* 243066/2011).

(70) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 21 de diciembre de 2000 (*JUR* 2001/112491), en este caso estamos con la alimentista que cuenta con veinticuatro años de edad, realizó estudios de peluquería; habiendo llegado a trabajar hasta hace dos años. No consta, por otro lado, que esté realizando estudios de especialización de ningún tipo, ni siquiera que aparezca como demandante de empleo, y si tenemos en cuenta que el padre está en desempleo, todo ello lleva a desestimar la solicitud de pensión alimenticia; la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.^a, de 30 de junio de 2008 (*JUR* 2008/337373), considera no procedente contribuir a los alimentos de su hijo de treinta y siete años, pues están en condiciones para acceder al mercado de trabajo y capacitado para mantener por sí mismo, y en la sentencia de la Audiencia Provincial de Les Illes Balears, Sección 4.^a, de 15 de diciembre de 2010 (*La Ley* 260367/2010), se ha puesto de manifiesto que el hecho de que la adaptación al mundo laboral del hijo Rafael no se haya consumado, no puede considerarse que sea debido a su falta de aplicación en el trabajo, sino, principalmente, porque su capacidad laboral es muy limitada, tanto por la ausencia de conocimientos, como, por sus condiciones físicas.

(71) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.^a, de 12 de julio de 2000 (*JUR* 2000/286612); de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.^a, de 23 de enero de 2006 (AC 2006/659), en el caso de autos los hijos sí viven en el domicilio familiar, pero ambos trabajan, obteniendo por ello la correspondiente remuneración, y si bien es verdad que tales trabajos son eventuales, no lo es menos que ya han entrado en

alimenticia de sus progenitores, aunque, de necesitarlos puede acudir a la vía del proceso de alimentos, y no al procedimiento privilegiado que, es el matrimonial; mientras que en otros casos, se considera que, la realización de trabajos esporádicos no garantiza la independencia económica del hijo (72). Asimismo, no faltan pronunciamientos en que, se niega la pensión de alimentos porque recibe ingresos económicos procedentes de una beca (73) y, no de una relación laboral; o porque aquellos provienen de una prestación por desempleo (74). En otros casos, en cambio, no se considera acceso al mercado laboral el realizar prácticas en empresas durante la vida universitaria (75); o realizar trabajos esporádicos para costearse sus estudios universitarios o de otro tipo (76); o un contrato de apren-

el mundo laboral, por lo que no precisan ya de la pensión alimenticia de su padre, sin perjuicio de que, en su caso, de no tener ingresos, puedan solicitar alimentos por la vía del artículo 146 y siguientes, pero no a través del procedimiento privilegiado que es el matrimonial; de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3.ª, de 25 de marzo de 2010 (*La Ley* 41561/2010); de la Audiencia Provincial de Palencia, de 13 de mayo de 2010 (*La Ley* 92318/2010); de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 1.ª, de 7 de diciembre de 2010 (*La Ley* 313230/2010), percibe unos ingresos, aunque escasos, por un trabajo ocasional, por lo que se considera razonable reducir en cien euros la contribución del demandante a su asistencia alimenticia; de la Audiencia Provincial de Albacete, Sección 1.ª, de 2 de febrero de 2011 (*La Ley* 9727/2011); de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 8 de junio de 2011 (*La Ley* 137523/2011), y de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 2.ª, de 28 de octubre de 2011 (*La Ley* 221190/2011).

(72) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 26 de marzo de 1999 (*AC* 1999/4544); de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 4 de mayo de 2004 (*JUR* 2005/2617), y de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.ª, de 21 de marzo de 2011 (*La Ley* 78606/2011).

(73) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1.ª, de 20 de diciembre de 2001 (*JUR* 2002/21744), establece que: «ante esta situación y sin la concurrencia de otras circunstancias, esta Sala entiende que no procedería la fijación de pensión alimenticia a favor del hijo, al constituir dicha beca una fuente de ingresos suficiente para atender a sus necesidades; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1.ª, de 23 de noviembre de 2010 (*La Ley* 237518/2010), la beca de estudios se proyecta sobre los gastos extraordinarios, no sobre el concepto ordinario de alimentos en sentido estricto, de tal manera que, al margen del importe de dicha beca, destinado a satisfacer los gastos de estudios universitarios, existen otros gastos a los que no alcanza la beca y a los que deben subvenir los progenitores. En contra, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5.ª, de 26 de octubre de 2010 (*La Ley* 219219/2010).

(74) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 12 de marzo de 1999 (*AC* 1999/809).

(75) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 10 de mayo de 2004 (*JUR* 2005/2562).

(76) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 11 de mayo de 1998 (*AC* 1998/1085), no ha completado aún su formación, pues está cursando estudios universitarios de Derecho, sin que sea óbice para la prestación de alimentos, la realización de algún trabajo esporádico; el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2.ª, de 31 de mayo de 2005 (*JUR* 2005/265515); la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.ª, de 21 de junio de 2007 (*JUR* 2007/300182), se estima improcedente la supresión de la prestación alimenticia a favor del hijo mayor, toda vez, que ha venido a acreditarse la obtención por el mismo de ingresos por su trabajo los sábados en el Servicio de Correos, y la impartición de clases de baile, el escaso montante de tales ingresos (en torno a los 300 euros mensuales), con los que debe costearse sus estudios universitarios, determina que en último término su consideración como persona dependiente

dizaje (77). Otras veces, se señala que no basta la mera capacidad subjetiva de ejercer profesión u oficio, sino que hay que entenderlo como una posibilidad real y concreta en relación con las circunstancias concurrentes, debiendo emplear el hijo la debida diligencia en la búsqueda de empleo, so pena de perder el derecho de alimentos, salvo que, no haya terminado su formación académica por causa no imputable (78). De ahí que, en ocasiones se entienda que solo se tiene independencia económica cuando el hijo tiene empleo fijo, indefinido o estable (79); y, en otras, basta que haya realizado una actividad remunerada durante algún tiempo para entender que tiene capacidad para procurarse empleo (80); aunque

económicamente de sus padres, y la sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila, de 12 de julio de 2011 (*La Ley* 209292/2011).

(77) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 5.ª, de 5 de noviembre de 2010 (*La Ley* 298800/2010).

(78) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de noviembre de 1984 (*RJ* 1984/5367), señala al respecto que «para que cese la obligación de prestación alimenticia, es preciso que el ejercicio de una profesión, oficio o industria sea una posibilidad concreta, y eficaz según las circunstancias, no una mera capacidad subjetiva»; la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 2.ª, de 14 de marzo de 2011 (*La Ley* 83578/2011); la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 5.ª, de 3 de mayo de 2011 (*La Ley* 67041/2011), se estima probado que la capacidad laboral y la independencia económica de la hija es una realidad actual. Por todo ello, además de la capacidad subjetiva para ejercer un oficio, tiene la posibilidad concreta y efectiva de acceder al mercado laboral y de permanecer en él, con independencia de la mayor o menor estabilidad de su situación laboral y del carácter transitorio o definitivo de la misma, común a la mayoría de las relaciones laborales a las que se ven sujetas las personas de su edad, y la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 3.ª, de 20 de mayo de 2011 (*La Ley* 168461/2011).

(79) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 3.ª, de 22 de febrero de 2001 (*JUR* 2001/1148663), «la prueba practicada en la primera instancia no ha servido para acreditar que la hija mayor ejercite o desempeñe algún trabajo o profesión remunerada, tampoco que resida en domicilio distinto de la madre; y su edad (veintiún años al día de hoy) tampoco se encuentra dentro de la franja en la que suele ser habitual estar empleado. El segundo hijo, cierto es que ha reconocido estar trabajando, pero también lo es que no consta un empleo fijo —se trata de un contrato de aprendizaje— por lo que, dada su edad (veinte años), y teniéndose en cuenta que no se ha probado lo contrario, es decir que, el trabajo sea indefinido y que tenga domicilio propio, ha de colegirse que su interés a los efectos previstos en el artículo 93 del Código Civil es tan digno de protección como el de sus hermanos menores».

(80) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, de 24 de junio de 1950 (*RJ* 1950/1171), y de 17 de marzo de 1960 (*RJ* 1960/967), señalan que «cesa la obligación de alimentos cuando el que los reclama está capacitado para realizar trabajos con cuyo producto pueda atender a sus necesidades»; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 5.ª, de 31 de marzo de 2005 (*JUR* 2005/111159), dispone al respecto que «es cierto que los contratos de trabajo que ha suscrito la hija mayor de edad han tenido carácter temporal y que no disfruta de una situación estable, pero también aparece que, habiendo terminado o, en su caso, abandonado su formación académica, ha accedido al mercado laboral, aunque sea de forma precaria, y sin perjuicio de que en el futuro, como otras muchas personas en los tiempos actuales, pueda verse abocado a una situación de desempleo, cierto que no disfruta de un trabajo permanente, pero esta es una característica común de la situación por la que atraviesan la mayoría de los jóvenes de nuestra sociedad, de modo que el hecho de estar capacitada para desarrollar una actividad laboral remunerada y el haber accedido al mercado de trabajo son circunstancias que impiden el mantenimiento de la pensión alimenticia a su favor».

sea con precariedad (81); o que se trate de la realización de trabajos retribuidos por quien da por finalizada su formación (82).

En todo caso, basta que el hijo trabaje y obtenga los suficientes recursos para subsistir, para entender que no opera la obligación de alimentos o, para que esta cese (83); correspondiendo al progenitor obligado probar la existencia de tal independencia económica a través de muy diversas vías como cotizaciones a la Seguridad Social, contratos de trabajo, informes de vida laboral, nóminas, examen de extractos bancarios, o titularidad de cuentas corrientes, etc. (84).

(81) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 1.^a, de 28 de enero de 1999 (AC 1999/3022), dada la edad del hijo, unido a que desde el año 1996, aunque con precariedad, se inicia en el mercado laboral, permaneciendo con cierta regularidad de alta en alguna empresa, lo que determina que el hijo Jesús empieza a percibir unos ingresos propios, lo que impide fijar a su favor y por petición de su madre una pensión alimenticia.

(82) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de 17 de abril de 1998 (AC 1998/822), ha finalizado los estudios, y participado en programa de Escuela-Taller en calidad de alumno-trabajador; becado por el INEM y debidamente retribuido, y la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 8.^a, de 26 de septiembre de 2000 (JUR 2000/301753), en la actualidad con veinticuatro y veintidós años han finalizado su formación y se han incorporado al mundo laboral, en idéntica situación a la que es usual entre jóvenes que acceden a los primeros puestos de trabajo, esto es, con contratos a tiempo parcial u otras formas de contratación de análogas características.

(83) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, de 31 de marzo de 1998 (AC 1998/4873); el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de 6 de julio de 1998 (AC 1998/1346), tiene ingresos propios derivados del ejercicio de una actividad profesional; la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 2.^a, de 29 de enero de 2001 (JUR 2001/101504), goza actualmente de independencia económica el hijo al ser soldado profesional; la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, de 31 de mayo de 2002 (JUR 2002/259224), trabaja percibiendo un salario de 100.000 pesetas, y además no vive en el domicilio familiar, sino con el novio; la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3.^a, de 10 de septiembre de 2003 (JUR 2003/263688), cuenta con trabajo remunerado en Vinaroz y ahora en Alcanar, aunque aparece matriculada en el instituto y lleva una vida independiente según manifiestan los testigos; la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 3.^a, de 5 de diciembre de 2003 (JUR 2004/100241), cuenta con ingresos superiores al importe de la pensión; la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5.^a, de 16 de diciembre de 2003 (JUR 2004/78341), incorporación al mercado laboral con continuidad; la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.^a, de 2 de octubre de 2006 (JUR 2007/266390), el juzgadora valorada atinadamente la prueba documental aportada al pleito por el actor, exponente de la realidad de un trabajo estable de su hija mayor de edad e independiente económicamente; la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de 8 de octubre de 2010 (*La Ley* 190930/2010); la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de 15 de octubre de 2010 (*La Ley* 190884/2010); la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 2.^a, de 3 de noviembre de 2010 (*La Ley* 312725/2010), y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.^a, de 11 de noviembre de 2010 (*La Ley* 242549/2010).

(84) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.^a, de 28 de octubre de 1998 (AC 1998/8100); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 1.^a, de 3 de mayo de 1999 (AC 1999/5401), no procede la pensión por falta de prueba de la carencia de ingresos propios y de convivencia en el domicilio conyugal, y de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.^a, de 7 de junio de 2006 (JUR 2006/259207), a la vista de la prueba obrante en autos, la incorporación de los hijos al mundo laboral consta acreditado por la aportación de las hojas histórico laborales y muy especialmente por el propio reconocimiento de la hermana que, sus hermanos han trabajado esporádicamente

En relación a la formación, resulta necesario que, este no haya finalizado sus estudios por causa no imputable. Así, los tribunales consideran que aun existiendo una aptitud en el hijo para desempeñar un trabajo y posibilidades reales de realizarlo en atención a las circunstancias del momento, no pierde su derecho de alimentos si continúa formándose, pues, no se le debe obligar a que sacrifique sus estudios para procurarse los medios de subsistencia (85). Pero hasta donde se han de prolongar los estudios. La solución pasa por la aplicación del principio de proporcionalidad en la determinación de la cuantía a asumir por los padres (art. 146 del CC), y, por la exigencia de responsabilidad en el alimentista relativa a que la no finalización de su formación y acceso al mercado laboral sea por causa no imputable al mismo (art. 142.2 en conexión con el artículo 152.3 del CC) (86). En algunas ocasiones, se indica que tal formación se ha de prologar durante la realización de otra carrera universitaria (87), o para la preparación de oposiciones (88), o la realización de un máster (89) o de otra formación complementaria; en otras, basta con la culminación de una carrera universitaria (90); o cualquier otro estudio (91); o la exigencia de resultados o de un rendimiento adecuado en estos (92); o, en fin, se establece un plazo

en la naranja y en el almacén, y ahora uno de sus hermanos trabaja y el otro no. Esa incorporación al trabajo, señala la Sala ha de interpretarse conforme a la realidad actual laboral —en la que ya es prácticamente imposible la estabilidad laboral a través de un contrato fijo— conlleva la obtención de recursos propios y en consecuencia, el que la pensión de alimentos se declare extinguida conforme al artículo 152.3 del Código Civil.

(85) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 5.ª, de 22 de enero de 2010 (*La Ley* 62713/2010), y de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 5.ª, de 5 de noviembre de 2010 (*La Ley* 298803/2010).

(86) En similares términos, POVEDA BERNAL, M. I., «Alimentos a los hijos mayores de edad...», *op. cit.*, pág. 263.

(87) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 4 de mayo de 2004 (*JUR* 2005/2617), después de haber terminado la carrera de enfermería, pretende iniciar la carrera de medicina.

(88) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1.ª, de 6 de abril de 2010 (*La Ley* 51716/2010), pretende preparar oposiciones, circunstancia que implica, no solo la continuación de su formación educativa académica específica para el desempeño de su futura actividad profesional, sino también la posibilidad de obtener ingresos propios para subvenir a sus necesidades; y, de la Audiencia Provincial de Ávila, de 29 de septiembre de 2010 (*La Ley* 195884/2010), el hijo ha venido preparando oposiciones, manteniendo la voluntad de buscar empleo.

(89) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 12 de enero de 2011 (*La Ley* 26944/2011).

(90) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 30 de enero de 2001 (*JUR* 2001/133267), la garantía de la realización de una carrera superior es lo que cabe exigir del núcleo familiar, del que no se puede seguir dependiendo para realizar otro tipo de estudios adicionales, cuando existe la posibilidad racional de obtener trabajo e ingresos con la formación adquirida, lo que determina que proceda extinguir la obligación alimenticia en sede del proceso de familia, puesto que el vínculo de legitimación de la madre, con la que convive, también se ha extinguido.

(91) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 9 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003/61985), tiene veinticuatro años, ha concluido estudios superiores de grado medio, puede acceder al trabajo, lo que ha hecho de manera esporádica, y además, su padre cuenta solo con un trabajo de tipo temporal, por lo que no consta que perciba un salario muy alto.

(92) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.ª, de 26 de marzo de 2003 (*AC* 2003/436), se halla matriculada en la ESO, siendo prematuro, por

para terminar los estudios, optando por una temporalidad, —ya establecida en la pensión compensatoria—, sobre todo cuando la edad del hijo es avanzada o este invierte un tiempo excesivo en terminar sus estudios, por causa solo a él imputable, o se constata una falta de esfuerzo o dedicación a los mismos, o un escaso interés en acceder al mercado laboral, en un intento de compatibilizar el *favor progenitoris* con el *favor filii* (93). Normalmente, la fijación de un plazo para el mantenimiento de la pensión alimenticia debe ser suficiente para que atendiendo a la duración de los estudios, o teniendo presente las dificultades de acceder a un empleo, permitan al hijo mayor de edad lograr una independencia económica. En estos casos, los jueces intentan encontrar el difícil equilibrio entre el derecho del hijo a su educación y la obligación que pesa sobre cualquier adulto de procurarse sus propios medios de subsistencia, evitando favorecer el

el momento la exigencia de rendimientos en unos estudios que acaba de comenzar, y sin perjuicio de que tal situación se mantenga en el tiempo, y se le exija a la hija un determinado rendimiento escolar que ahora mismo resulta prematuro exigir, y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 15 de septiembre de 2010 (*La Ley* 160204/2010).

(93) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 17 de mayo de 1996 (AC 1996/893), prorroga la pensión de alimentos por el plazo de cinco años a partir de la fecha de presentación de la demanda; la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, Sección única, de 1 de abril de 1998 (AC 1998/4585), se señala que, si bien es cierto que, en principio, la obligación subsiste, mientras subsistan las necesidades del hijo beneficiado, tal obligación no puede establecerse a perpetuidad y pendiente de que el padre esté investigando la situación económica del hijo, que no se olvide reside en otra localidad, sino que ha de limitarse en el tiempo razonable para entender que una hija de 24 años con título universitario, tiene a su favor unas lógicas circunstancias que la obligan a buscar un trabajo remunerativo, debiendo por tanto limitarse la obligación del padre durante tres años más a partir de la presentación de la presente demanda en cuyo momento aquella obligación cesará; la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 5.ª, de 31 de marzo de 2005 (*JUR* 2005/111144), su formación aún no ha concluido por causa que solo a ella le es imputable, pues, esta situación de descuido y abandono se ha prolongado en el tiempo durante, nada más y nada menos que, cuatro cursos académicos, de modo que la decisión de limitar la prestación a su favor al lapso temporal de dos años ha de considerarse acertada, ya que, además, su capacidad para procurarse empleo es manifiesta al haber desempeñado trabajos remunerados, al margen de su mayor o menor estabilidad; la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4.ª, de 28 de abril de 2009 (*La Ley* 144053/2009), una limitación temporal a un año a contar desde la presente resolución; la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 13 de enero de 2010 (*La Ley* 6559/2010), al periodo de tres años computados desde la fecha de la sentencia de instancia; la sentencia de la Audiencia Provincial de Soria, de 3 de marzo de 2010 (*La Ley* 32168/2010), señala que parece beneficioso una limitación temporal con respecto a los hijos mayores de edad, porque de esta forma se crea en el acreedor una motivación para conseguir un estatus económico independiente, por ello conviene un límite temporal de dos años para la extinción de la pensión, pues, es más que suficiente para que el hijo del matrimonio esté en condiciones de alcanzar independencia económica y laboral, pues, contará con 28 años; la sentencia de la Audiencia Provincial de León, Sección 2.ª, de 3 de diciembre de 2010 (*La Ley* 252629/2010), hasta que cumpla los veintitún años; la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3.ª, de 28 de enero de 2011 (*La Ley* 10082/2011), no más allá de cinco años; la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.ª, de 22 de febrero de 2011 (*La Ley* 204443/2011), plazo de cuatro años; la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5.ª, de 14 de abril de 2011 (*La Ley* 91707/2011), dos años desde la fecha de la presente resolución, y la sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila, de 12 de julio de 2011 (*La Ley* 209292/2011), a dos años desde la presente resolución.

«parasitismo social» (94). De ahí que, el insuficiente rendimiento académico determine el cese de la obligación alimenticia (95), aunque no faltan ocasiones en que los tribunales introducen matices que les permiten eludir esa consecuencia, como problemas físicos y personales, o psicológicos derivados de la propia crisis matrimonial de sus padres que, puede repercutir negativamente en los hijos; causas muy variadas que evidentemente pueden influir en la falta de rendimiento o retraso en los estudios del hijo, pese a su total dedicación (96). Como precisa AGUILAR RUIZ la jurisprudencia ha señalado en repetidas ocasiones que no son equiparables, en todo caso, la desidia o abandono del alimentista en la conclusión de sus estudios con los malos resultados alcanzados (97).

Ahora bien, pese a que se está imponiendo la temporalidad de la pensión, no faltan pronunciamientos favorables a su mantenimiento por el tiempo que resulte necesario para que el hijo pueda acceder al mercado laboral, pues, es una realidad hoy habitual entre los jóvenes, no saber con certeza cuándo van a poder encontrar un empleo (98).

Finalmente, se ha considerado que la nueva familia creada por el hijo, incluso que se ha casado, es un dato significativo sobre su independencia económica respecto de los padres; lo que no le impide ante una situación de necesidad pueda reclamar alimentos por la vía de los artículos 142 y siguientes del Código Civil (99).

IV. OBJETO DE LA PRESTACIÓN DE ALIMENTOS Y CUANTÍA

El artículo 142 del Código Civil enumera como elementos integrantes de la prestación alimenticia *«todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Además de la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aunque después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable»*.

De forma que, la prestación de alimentos a los hijos mayores de edad no puede exceder de lo preciso para cubrir las necesidades de sustento, vestido,

(94) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de marzo de 2001 (RJ 2001/2562), hijas graduadas universitarias con plena capacidad física y mental que superan los treinta años; tal situación no es conceptuable como de necesidad.

(95) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 25 de febrero de 2011 (La Ley 26886/2011).

(96) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 1.ª, de 16 de junio de 2010 (La Ley 115700/2010).

(97) AGUILAR RUIZ, «El derecho a recibir alimentos de los hijos mayores de edad que voluntariamente abandonan el hogar familiar», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 6, 2001-1, pág. 334.

(98) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 2 de julio de 2010 (La Ley 191413/2010), señala que, no procede establecer un límite temporal a la obligación alimenticia de los padres respecto de los hijos, pues su propia naturaleza pugna con la imposición de un término o plazo, ya que la obligación ha de subsistir en tanto se mantengan los requisitos que para la subsistencia de este derecho establece la ley; de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 1.ª, de 25 de octubre de 2010 (La Ley 313168/2010); de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 11 de enero de 2011 (La Ley 13557/2011), y de la Audiencia Provincial de Zamora, de 19 de julio de 2011 (La Ley 159416/2011).

(99) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 22 de mayo de 2000 (AC 2000/1105).

habitación, asistencia médica; y, gastos de educación e instrucción, todo lo que resulta indispensable para la satisfacción de las mismas (100).

Precisamente, en relación a los gastos de formación o educativos, constituye una realidad, como así hemos constatado, la continuidad de la formación más allá de la minoría de edad, consecuencia de la iniciación de estudios universitarios (101), de formación profesional, de postgrado (doctorado y máster), y de oposición. Se destaca que, si la continuación en la formación después de la mayoría de edad es imputable al alimentista, por su falta de esfuerzo y atención, no tiene derecho a reclamar (102); si, por el contrario, no ha terminado esa formación por circunstancias que le son ajenas, si debe incluirse esta partida en la prestación de alimentos (103). En todo caso, no puede exigirse al alimentante un sacrificio económico constante e indefinido, de ahí que, en numerosos pronunciamientos judiciales —como, asimismo, hemos puesto de manifiesto—, se ha optado por fijar un límite temporal a partir del cual, se presumirá imputable al alimentista la no terminación de su etapa formativa (104); otras veces, es la aptitud para

(100) Como precisan DIEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 52, pese al nombre, la obligación de alimentos comprende un conjunto de prestaciones cuya finalidad no es solo la estricta supervivencia, también busca una mejor inserción social (educación e instrucción). Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.ª, de 13 de diciembre de 1999 (AC 1999/8479), en la determinación de los alimentos han de cuantificarse globalmente para todos los conceptos; en el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 13 de junio de 2002 (JUR 2002/278182), y de esta misma Audiencia y Sección, la sentencia de 18 de mayo de 2010 (*La Ley* 121096/2010), define los alimentos como aquellos que son indispensables para el mantenimiento, vivienda, vestido, asistencia médica y gastos de formación en determinados supuestos; configurando así un concepto de alimentos en sentido estricto o limitado a lo indispensable, a diferencia del concepto de alimentos para los hijos menores se entiende en sentido más amplio y no solo a cubrir las necesidades alimenticias en lo que resulta indispensable.

Por su parte, la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE), de 20 de marzo de 1997 (Asunto C-295/95 Farrell/Long), sostuvo que los alimentos deben interpretarse en sentido amplio, entendiéndose como aquellas prestaciones que la Ley establece con el objetivo de paliar las necesidades económicas de ciertas personas impuestas sobre determinados parientes o personas con mayores recursos económicos.

(101) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 1.ª, de 17 de noviembre de 2000 (JUR 2001/87079), hija mayor de edad que cursa sus estudios en una universidad privada fuera del domicilio paterno, gastos mensuales de matrícula y cantidad para gastos personales; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, Sección 1.ª, de 30 de septiembre de 2009 (JUR 2009/460298), becas y ayudas al estudio insuficientes para lograr su total manutención.

(102) PADIAL ALBÁS, A., «La obligación de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 99. Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 7 de mayo de 2002 (JUR 2002/177778).

(103) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 451. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de León, Sección 2.ª, de 28 de enero de 1999 (AC 1999/6042); de la Audiencia Provincial de León, Sección 2.ª, de 28 de enero de 1999 (AC 1999/6042); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 16 de febrero de 1999 (AC 1999/3475); de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3.ª, de 30 de septiembre de 1999 (AC 1999/7590), y de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 1.ª, de 6 de febrero de 2001 (JUR 2001/116487).

(104) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, de 13 de junio de 1992 (AC 1992/1061); de la Audiencia Provincial de Madrid, de 20 de junio de 1995 (AC 1995/1267); de la Audiencia Provincial de Navarra, de 18 de diciembre de 1995 (AC 1995/2453); de Las

proseguir el tipo de estudios que ha elegido, esto es, si tiene o no suficiente capacidad para culminar con éxito los mismos; o, simplemente, su dedicación e interés en proseguirlos y finalizarlos en un periodo razonable de tiempo; o por, el contrario, existe una dejación o desinterés en los mismos, son criterios de los que se puede valer el juzgador, para determinar si procede o no la cobertura de tales gastos por el alimentista (105). De todas formas, parece lógico entender que, no procede ya la cobertura de tales gastos, y, en consecuencia, la reducción o extinción de la pensión, cuando la formación y titulación, que posee el alimentista le permita una independencia económica y acceso a un empleo. Ahora bien, es posible que aún no procediendo la pensión de alimentos en estos casos, ello no suponga que necesariamente el hijo mayor de edad pierda su condición de acreedor alimenticio; pues, tiene derecho a seguir recibiendo alimentos, si carece de medios con los que mantenerse; pero habrá de reclamarlos por la vía de alimentos entre parientes (106).

En cuanto a los gastos extraordinarios, esto es, aquellos que de modo urgente, imprevisto o simplemente, fuera de lo cotidiano, pueden tener lugar; en la mayoría de los casos se suelen repartir porcentualmente entre ambos progenitores al 50 por 100 (107). Para CARPI MARTÍN los rasgos definitorios de los gastos extraordinarios son: 1. La imprevisibilidad o no habitualidad, y 2. La necesidad del gasto (108). En algunas Audiencias Provinciales se califican de gastos extraordinarios los gastos por formación universitaria (109); mientras que otras los consideran un gasto incluido en la pensión ordinaria de alimentos (110). No

Palmas, de 29 de enero de 1996 (AC 1996/809); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 3 de noviembre de 1999 (AC 1999/8026); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª, de 9 de mayo de 2003 (JUR 2003/171700), y de la Audiencia Provincial de La Rioja, Sección 1.ª, de 8 de marzo de 2006 (JUR 2006/130666).

(105) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, de 7 de febrero de 1995 (AC 1995/1000).

(106) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, de 11 de mayo de 1995 (AC 1995/1622).

(107) En la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 4.ª, de 8 de marzo de 2002 (JUR 2002/150608), la contribución a los gastos extraordinarios será de forma proporcional a los recursos económicos y no a los ingresos; en la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 5.ª, de 24 de septiembre de 2010 (JUR 2011/72341), los gastos extraordinarios se dispone que sean al 50 por 100, y en la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5.ª, de 2 de noviembre de 2010 (JUR 2011/22195), los gastos extraordinarios, como el permiso de conducir o del permiso de patrón de embarcación, queda sometido al régimen que las sentencias de separación o divorcio establecen para este tipo de gastos.

(108) CARPI MARTÍN, R., «Los gastos extraordinarios en las pensiones de alimentos a los hijos: un análisis jurisprudencial», en *La Ley*, año XXX, núm. 7270, de 27 de octubre de 2009, págs. 8-10.

(109) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 2.ª, de 22 de diciembre de 2006; de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 15 de marzo de 2007, y de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 6.ª, de 7 de junio de 2007.

(110) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Cuenca, de 20 de enero de 1999; de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 26 de septiembre de 2002, y de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4.ª, de 10 de junio de 2010 (*La Ley* 199357/2010), los dos hijos del matrimonio cursan sus estudios universitarios en el extranjero donde habitan la mayor parte del tiempo y donde tienen alquiladas viviendas para tal fin, gastos todos ellos que asume íntegramente el padre, y el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 6.ª, de 22 de febrero de 2001.

obstante, existe consenso en cuanto a los gastos médicos, farmacéuticos y sanitarios no cubiertos por el Sistema Nacional de Salud de considerarlo un gasto ordinario y necesario (111). En todo caso, en los convenios o resoluciones judiciales que ponen fin a los procesos matrimoniales se suelen contener previsiones específicas sobre la partida relativa a los gastos extraordinarios, y la modalidad y porcentaje de su cobertura (112).

Sobre tales bases, para la concreta fijación de la cuantía (*quantum*) de la prestación de alimentos, el legislador español no ha optado por un criterio objetivo o aritmético, sino simplemente ha fijado las pautas que han de seguirse en su determinación (113). Así la cuantía en que se cifre la prestación alimenticia ha de ser proporcional al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe (art. 146 del CC) (114). Operando sobre tal proporcionalidad, las partes

(111) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 7 de noviembre de 2007, y de 9 de mayo de 2008; de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1.ª, de 18 de junio de 2007, y de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 9.ª, de 30 de noviembre de 2007. Sin embargo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 15 de septiembre de 2010 (*La Ley* 160204/2010), respecto a los gastos médicos o farmacéuticos no cubiertos por el sistema sanitario público de la Seguridad Social, lo cubre la pensión mientras no constituya un extraordinario.

Para MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., «Régimen jurídico de alimentos de los hijos mayores de edad», *op. cit.*, pág. 157, los gastos extraordinarios derivados de una enfermedad o tratamiento específico no vienen incluidos dentro de la prestación alimenticia.

(112) La sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 5.ª, de 13 de mayo de 2011 (*La Ley* 168221/2011), considera que, cuando se otorga una pensión alimenticia a los hijos, se entienden incluidos dentro de ella, todos los gastos, ordinario y extraordinarios que entran dentro del concepto de «indispensables», entendiendo por ordinarios los periódicos y corrientes y por extraordinarios los no periódicos, aunque, como se dice, dentro de ellos se encuentra los «indispensables» referidos al sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción, embarazo y parto, en su caso (art. 142 del CC). Todos los demás gastos que hayan de acometerse, bien que sean convenientes, bien incluso porque atiendan a otras finalidades de mero recreo, diversión o placer, tienen la consideración de extraalimenticios, aun cuando, como esta cuestión permite el pacto entre los cónyuges, cabe la posibilidad de llegar a un acuerdo sobre lo que entra dentro de esta parcela de gastos, fuera de la obligación de alimentos, bien con carácter previo, bien por acuerdo simultáneo a la decisión sobre el referido gasto, generando en tal caso obligación exigible como es lo ocurrido respecto de los gastos de preparación de oposiciones, que han sido impuesto al progenitor por haberlos asumido voluntariamente.

(113) La sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 17 de octubre de 1994 (AC 1994/1768), señala que no cabe fijar la obligación de alimentos en una cifra porcentual en atención a la indeterminación de los ingresos del esposo obligado. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 14 de julio de 1995 (AC 1995/1304), se determina la cuantía de la obligación de alimentos en una cuota o porcentaje sobre los ingresos líquidos percibidos y no en una concreta suma de dinero mensual.

(114) La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de noviembre de 1983 (RJ 1983/5956), se trata de una cuestión de hecho la fijación de tal proporcionalidad; las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, de 25 de enero de 1992 (AC 1992/88); de la Audiencia Provincial de Asturias, de 14 de mayo de 1992 (AC 1992/720); de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 27 de octubre de 1993 (AC 1993/2053); de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 13 de noviembre de 1995 (AC 1995/2032); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 3.ª, de 1 de abril de 1998 (*JUR* 1998/98781); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 25 de mayo de 1998 (AC 1998/5430); de la Audiencia Provincial de León, Sección 1.ª, de 24 de septiembre de 1998 (AC 1998/1768); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 2 de diciembre de 1998 (*JUR* 1999/30970); de la Au-

pueden fijar de común acuerdo la cuantía (115). A falta de acuerdo, corresponde al Juez valorar las necesidades de quien reclama alimentos y los medios del posible obligado, respetando igualmente, la proporcionalidad exigida legalmente, para fijar la concreta cantidad. Fijación que consiste en la delimitación concreta del *quantum* (116). Una vez concretada por el Juez a su prudente arbitrio la cuantía de la prestación (117), tal decisión judicial no podrá impugnarse, salvo que, en la misma no se haya respetado el criterio de proporcionalidad, que exige de forma expresa el artículo 146, por constituir una evidente infracción legal (art. 477.1 de la LEC) (118). En este sentido, solo podrá ser impugnada la resolución en casación, alegando la mencionada la falta de proporcionalidad (119).

No obstante, la cuantía de la prestación alimenticia puede también fijarse convencionalmente, si bien, estos pactos no limitan el derecho del alimentista de reclamar una mayor cantidad, si no se ha respetado la norma imperativa de proporcionalidad en la determinación de la misma (120).

diencia Provincial de Jaén, Sección 1.ª, de 14 de mayo de 1999 (AC 1999/6654); de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2.ª, de 21 de julio de 2000 (JUR 2001/3345), el 30 por 100 de los ingresos netos del esposo; de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1.ª, de 4 de mayo de 2001 (JUR 2001/190233); de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 5 de marzo de 2002 (JUR 2002/161649); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 4 de diciembre de 2002 (JUR 2003/82082); de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 9 de septiembre de 2003 (JUR 2003/269394); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5.ª, de 27 de abril de 2004 (JUR 2004/172051); de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 23 de junio de 2005 (AC 2005/1452); de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1.ª, de 17 de abril de 2007 (JUR 2007/262459); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 8 de abril de 2010 (La Ley 96798/2010); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 28 de abril de 2010 (La Ley 100832/2010); de la Audiencia Provincial de Albacete, Sección 1.ª, de 10 de mayo de 2010 (La Ley 86513/2010); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 26 de julio de 2010 (La Ley 138682/2010); de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2.ª, de 10 de noviembre de 2010 (La Ley 296692/2010); de la Audiencia Provincial de Palencia, de 17 de enero de 2011 (La Ley 12855/2011); de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4.ª, de 4 de febrero de 2011 (La Ley 12788/2011); de la Audiencia Provincial Valencia, Sección 10.ª, de 30 de junio de 2011 (La Ley 165088/2011); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5.ª, de 8 de noviembre de 2011 (La Ley 267424/2011).

(115) Si bien, la validez de estos pactos no descarta la posible intervención judicial posterior para su revisión.

(116) Acto que, como señala ROCA JUAN, se mueve solamente en los límites de los fines de la norma aunque el juicio descansa en la libre convicción sobre los hechos básicos contenidos en el proceso. ROCA JUAN, J., «Notas sobre la determinación de la cuantía en la prestación de alimentos», en *Anales de la Universidad de La Laguna*, 1971, pág. 12.

(117) Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de febrero de 1997 (RJ 1997/678), señala que, se puede fijar en ejecución de sentencia en un supuesto de embargo por ejecución de condenas a prestaciones alimenticias (art. 608 de la LEC).

(118) La cuantía no es recurrible en casación, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de diciembre de 1934 (RJ 1934/2189); de 17 de mayo de 1971 (RJ 1971/3158), y de 3 de diciembre de 1993 (RJ 1993/8940), y el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de junio de 2000 (RJ 2000/4657).

(119) ROCA JUAN, J., «Notas sobre la determinación de la cuantía en la prestación de alimentos», *op. cit.*, pág. 17. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.ª, de 14 de mayo de 2001 (JUR 2001/213433).

(120) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de febrero de 1989 (RJ 1989/1399).

Sobre tales bases, la pensión de alimentos, tal como establece el artículo 149 del Código Civil puede satisfacerse mediante el pago de una determinada cantidad de dinero (pensión periódica) (121), o mediante una prestación en especie, esto es, manteniendo al alimentante en el propio domicilio del alimentista. Si bien, esta elección no será posible en cuanto contradiga la situación de convivencia determinada para el alimentista por las normas aplicables o por resolución judicial; y, asimismo, puede ser rechazada cuando concurre justa causa que perjudique el interés del alimentista menor de edad. Este último supuesto es claro que solo se aplica al alimentista menor de edad; mientras que, la otra excepción puede alcanzarse también al mayor de edad, si tenemos en cuenta que, es posible que, en la propia sentencia de separación o divorcio se atribuya el uso de la vivienda al cónyuge no titular conviviente y a los hijos mayores de edad, cuando constituyen el «bloque» familiar más numeroso y más digno de protección, por estar menos dotado económicamente (122). En todo caso, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de noviembre de 1985 (123) señala que el artículo 149 del Código Civil no puede ser tan absoluto que limite el amplio examen que los Tribunales han de efectuar de los datos concurrentes en cada caso. De ahí que, en relación a los alimentos de los hijos mayores de edad es posible que la situación conflictiva con el hijo (124); la falta de convivencia con el alimentante; la no aceptación personal de la nueva pareja o relación sentimental del padre/

(121) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 10 de diciembre de 2010 (*La Ley* 281191/2010).

(122) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra, de 8 de junio de 1992 (AC 1992/903); de 3 de octubre de 1994 (AC 1994/2433); de 31 de octubre de 1994 (AC 1994/2420); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 8 de septiembre de 1997 (AC 1997/1914), y de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 26 de octubre de 1998 (AC 1998/7838). Asimismo, vid., CERVILLA GARZÓN, M. D., *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 40; GONZÁLEZ CARRASCO, M.ª del C., «Los alimentos de los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales», *op. cit.*, págs. 44-45, considera que la atribución del uso de la vivienda al cónyuge no titular cuando en la misma vayan a seguir conviviendo los hijos mayores de edad, como una partida alimenticia con respecto de los hijos satisfecha por el cónyuge titular, y como tal habrá de ser tenida en cuenta a la hora de fijar su obligación conforme el artículo 93.2 del Código Civil.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 8 de marzo de 2012 (*La Ley* 39626/2012) señala: (...) Que la prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo mayor aparezca desvinculada del derecho a usar la vivienda familiar mientras sea menor de edad, se traduce en que, una vez alcanzada la mayoría de edad, la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulte factor determinante para adjudicarle el uso de aquella, puesto que dicha necesidad del mayor de edad habrá de ser satisfecha a la luz de los artículos 142 y siguientes del Código Civil (...) En definitiva, ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir. En dicha tesitura, la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse al margen de lo dicho sobre los alimentos que reciba el hijo o los hijos mayores y, por tanto, única y exclusivamente a tenor, no del párrafo 1... sino del párrafo 3 del artículo 96 del Código Civil (Fundamento de Derecho 3.º...).

(123) *RJ* 1985/5908.

(124) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2.ª, de 27 de enero de 1998 (AC 1998/2742), y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 22 de enero de 1998 (AC 1998/174), y de 11 de mayo de 1998 (AC 1998/1084).

madre (125); o, en fin, la posible existencia de una justa causa por razones de estudios o formación del hijo, al vivir el alimentante en otra ciudad o provincia distinta de lugar donde este cursa sus estudios (126); todo ello unido al hecho de que no se aprecian consecuencias económicas negativas en el patrimonio del obligado, han de considerarse circunstancias que, pueden en cierta forma condicionar el derecho de opción del alimentante establecido en el mencionado artículo 149 (127).

Ahora bien, la exigencia de este criterio de proporcionalidad de los alimentos debidos, en los términos expuestos, determina que la cuantía de la pensión alimenticia pueda ser modificada cuando varían las circunstancias sobre las que se tomaron como base para su cálculo (art. 147 del CC) (128).

De forma que, cuando aquella se fije en una cantidad fija y determinada; podrá ser actualizada (129) y/u objeto de revisión ante una alteración sustancial de las circunstancias que fueron contempladas para su fijación; igualmente, podrá ser revisable la pensión, cuando se ha convenido su prestación en especie. La sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.ª, de 22 de febrero de 2011 (130), señala que «es doctrina reiterada y pacífica la que entiende que una alteración de circunstancias ha de ser sobrevenida, sustancial o permanente; o dicho de otra forma, «ha de revestir una serie de requisitos, reiteradamente exigidos por la jurisprudencia tales como: 1. Que sea verdaderamente trascendente, y no de escasa o relativa importancia; 2. Permanente o duradera, y no coyuntural o transitoria; 3. Que no sea imputable a la simple voluntad de quien insta la revisión, ni preconstituida con la finalidad de fraude; 4. Y, por último, que sea posterior y no prevista por los cónyuges o el juzgador en el momento en que las medidas cuya revisión se insta fueron establecidas»; y añade «es, por ello que, una pretensión de tal clase se encuentra condicionada a la demostración por quien demanda, de que la mentada alteración ha tenido lugar». De forma que, teniendo lugar tal alteración, es posible proceder a una reducción

(125) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.ª, de 1 de octubre de 2004 (*JUR* 2005/19109).

(126) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11.ª, de 27 de julio de 1999 (*AC* 1999/7652), y de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 1.ª, de 20 de febrero de 2001 (*AC* 2001/1497).

(127) Para BELO GONZÁLEZ, R., «Los alimentos de los hijos mayores de edad en el procedimiento matrimonial de sus progenitores», *op. cit.*, pág. 31, el artículo 149 del Código Civil no será de aplicación a las pretensiones alimenticias ejercitadas por el hijo mayor de edad en el procedimiento matrimonial de sus progenitores. Igualmente, señala GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «A vueltas con los alimentos de los hijos mayores de edad en la crisis matrimonial de sus progenitores: el artículo 93, párrafo 2.º del Código Civil», en *Aranzadi Civil*, 1997, tomo I, vol. III, pág. 185, que no es posible el cumplimiento *in natura* que deriva del artículo 149. En esta línea, vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 15 de febrero de 1995 (*AC* 1995/356).

(128) Señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de noviembre de 1978 (*RJ* 1978/3511), para el incremento o reducción de la obligación de alimentos no entran en juego las reglas genéricas de actualización, estabilización y correcciones de valor dinerario en sí solo apreciables, sino la norma contenida en el artículo 147 del Código Civil.

(129) Conforme al IPC, vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección 1.ª, de 18 de abril de 2008 (*JUR* 2007/262375), y la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2.ª, de 18 de febrero de 2011 (*La Ley* 55229/2011).

(130) *La Ley* 204443/2011. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5.ª, de 12 de abril de 2011 (*La Ley* 91688/2011).

de la cuantía (131), o un aumento de la misma en atención al aumento de las necesidades del alimentista, o un incremento de ingresos del alimentante (132).

Ahora bien, la alteración de las circunstancias que pueden justificar la modificación de la cuantía de la pensión de alimentos normalmente opera sobre parámetros objetivos en los términos apuntados en líneas precedentes; si bien, no falta algún pronunciamiento judicial que entiende que, el tener un nuevo hijo el alimentante puede exigir una supresión o modificación de la pensión alimenticia (133). Aunque tal forma de proceder puede resultar criticable, pues, cuando se habla de alteración de las circunstancias, el artículo 147 del Código Civil no introduce ningún elemento subjetivo; y, además, no pueden considerarse más dignos de protección los intereses de unos hijos sobre otros, cuando ambos se encuentran en situación de necesidad (134).

V. CUESTIONES PROCESALES

Antes de la reforma introducida por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, el problema de los alimentos debidos a hijos mayores de edad que, tras la ruptura, quedaban conviviendo con uno de los padres, aparecía en el Código Civil como un supuesto de alimentos entre parientes regulado en los artículos 142 y siguientes. De forma que, si concurrían los requisitos necesarios para ello, podría hacerse efectiva la demanda de alimentos a instancia del propio hijo a través de los procedimientos especiales previstos en los artículos 1609 y siguientes de la LEC de 1881 a tal efecto. Pese a esta circunstancia, no obstante, algunos pronunciamientos de nuestros Tribunales de Justicia, sobre todo a partir de 1987, por razones de

(131) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 7 de octubre de 1996 (AC 1996/2543); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 1.^a, de 11 de enero de 1999 (AC 1999/4102), ante la modesta cantidad que ingresa el obligado en concepto de pensión de incapacidad permanente; la Audiencia Provincial de Girona, Sección 2.^a, de 5 de marzo de 2001 (JUR 2001/176811), y de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2.^a, de 18 de febrero de 2011 (La Ley 55229/2011), pues está realizando la hija trabajos por los que percibe rentas por un contrato temporal a tiempo parcial (cuatro horas).

(132) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.^a, de 23 de octubre de 1997 (AC 1997/2131); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 1.^a, de 25 de mayo de 1999 (AC 1999/5486), respecto de la fijada en el Convenio Regulador de separación matrimonial, al alcanzar el hijo la mayoría de edad y cursar estudios universitarios, que suponen un aumento de sus necesidades; de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1.^a, de 29 de septiembre de 1999 (AC 1999/1914), aumento de la cuantía por cursar estudios superiores en localidad distinta de donde vive; de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2.^a, de 28 de abril de 2010 (La Ley 78137/2010), mayores ingresos de la madre, de forma que su contribución ha de ser mayor; y de la Audiencia Provincial de Les Illes Balears, Sección 4.^a, de 9 de diciembre de 2010 (La Ley 249905/2010), procede un incremento al ser mayores los gastos durante el curso lectivo, no pudiéndose descontar una beca que no consta concedida en el curso 2009/10; tal aumento de los gastos justifica, por tanto, una subida de la pensión de alimentos al superar notablemente los gastos cuya cobertura se preveía en la sentencia de divorcio.

Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.^a, de 21 de abril de 2008 (JUR 2008/225359), se desestima un aumento de la pensión, pues tiene una beca de estudios y, trabaja los fines de semana.

(133) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4.^a, de 23 de febrero de 2006 (JUR 2006/24999).

(134) Poveda Bernal, M. I., «Alimentos a los hijos mayores de edad», *op. cit.*, pág. 278.

economía procesal, y en aras del principio de *favor filii*, ampliaban el concepto de cargas familiares o matrimoniales para comprender en él la contribución de los padres a los alimentos de los hijos mayores de edad que permanecen conviviendo con uno de los progenitores y que carecían de independencia económica. De esta forma, se posibilitaba que se incorporaran al proceso matrimonial la fijación de las pensiones alimenticias de los hijos mayores de edad que se encontraban en la situación descrita, legitimando al progenitor conviviente para solicitar la pensión para tales hijos, o su mantenimiento más allá de la mayoría de edad o emancipación (135); mientras que, para otro sector doctrinal y jurisprudencial, se negaba tal legitimación al progenitor que convivía con ellos, al no ostentar la representación legal de los hijos; de tal modo que, estos eran los únicos facultados para dicho ejercicio. Lo cierto es que, ante la ausencia de una norma que disciplinase esta materia como efecto de la nulidad, separación o divorcio, el hijo mayor de edad no podía hacer valer sus derechos en el proceso matrimonial seguido por sus padres, debiendo acudir a la vía del juicio especial de alimentos, o en su caso, al declarativo ordinario (136). Tras la citada reforma, el artículo 93.2 del Código Civil ya consagra legalmente la posibilidad que en los procesos de separación, nulidad o divorcio se puede conocer como pretensión accesoria de los alimentos de los hijos menores de edad o emancipados que convivan en el domicilio familiar, y carezcan de ingresos propios. Ahora bien, se genera un problema de orden procesal pues en dichos procesos no son parte los hijos, sino únicamente los cónyuges (137) —no pueden ser aquellos litisconsortes activos en el proceso matrimonial de sus progenitores—, y, además, dado que son hijos mayores de edad, tienen capacidad suficiente para ser parte procesal, sin necesidad de representación legal de los padres como ocurre para el caso de hijos menores de edad no emancipados. Ante el silencio del propio artículo 93.2 acerca de la legitimación activa para reclamar la pensión de alimentos correspondiente a tales hijos mayores de edad o para interesar la modificación de la fijada con anterioridad, a diferencia de otros ordenamientos donde se otorga legitimación al cónyuge conviviente (art. 295 del CC francés) (138), se han planteado, desde la doctrina y la jurisprudencia varias tesis. Así, la primera, conocida como tesis alimentista, que estima que la pensión alimenticia a que se refiere el artículo 93.2, al remitirse a los artículos 142 y siguientes del mismo cuerpo legal, se otorga al hijo y no al progenitor, lo que únicamente legitima a aquel para reclamarlos (139), por lo que parece

(135) Vid., las sentencias de la Audiencia Territorial de Pamplona, de 1 de julio de 1987, y de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 10 de diciembre de 1987.

(136) Vid., las sentencias de la Audiencia Territorial de Barcelona, de 24 de diciembre de 1985, y de la Audiencia Provincial de Bilbao, de 22 de julio de 1986.

(137) Vid., la sentencia del Tribunal Constitucional, de 21 de marzo de 1984 (RTC 1984/177), señala que, introducir a terceros, condición que sin duda tienen los hijos en el proceso de separación, nulidad o divorcio, no solo afecta a la estructura del proceso, sino que derivaría en situaciones procesalmente irregulares, dado el carácter mancomunado de la obligación alimenticia de los padres para con sus hijos en cantidad proporcional a sus respectivos caudales.

(138) El artículo 295 del Code Civil dispone que: «*El progenitor que asuma, a título principal, la carga de atender a los hijos mayores de edad, que no pueden subvenir a sus propias necesidades puede demandar a su cónyuge que le abone una contribución para su cuidado y educación*».

(139) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, de 7 de diciembre de 1992 (AC 1992/1670); de la Audiencia Provincial de Valencia, de 8 de abril de 1993 (AC 1993/471); de la Audiencia Provincial de Asturias, de 8 de noviembre de 1993 (AC 1993/2237);

requisito ineludible para el otorgamiento de la misma que el beneficiario comparezca de algún modo en el procedimiento solicitándolos, o al menos, ratificando la petición; y ello, porque al adquirir la mayoría de edad, según los artículos 169.2 y 315.1 del Código Civil, se extingue la patria potestad y la representación legal que tienen los padres sobre los hijos menores. La intervención de los hijos mayores de edad dentro del proceso de separación, nulidad o divorcio puede, por tanto, articularse, interviniendo adhesivamente u otorgando poder suficiente a uno de los dos progenitores (140), bien al inicio del pleito, bien en su trascurso, siempre que queden debidamente salvaguardados los derechos de defensa y contradicción del demandado (141); o ratificando la petición (142). La segunda tesis es conocida como del levantamiento de cargas, en la que se concede una legitimación procesal como sustantiva al cónyuge que permanece en el domicilio familiar en compañía de los hijos mayores de edad no independientes económicamente (143), sin que tales

de la Audiencia Provincial de Lugo, de 22 de noviembre de 1993 (AC 1993/2239); de la Audiencia Provincial de Asturias, de 9 de diciembre de 1993 (AC 1993/2440); de la Audiencia Provincial de Palencia, de 7 de abril de 1994 (AC 1995/670); de la Audiencia Provincial de Granada, de 29 de noviembre de 1994 (AC 1994/1962); de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, de 22 de mayo de 1995 (AC 1995/1164); de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4.ª, de 28 de septiembre de 1996 (AC 1996/1533); de la misma Audiencia, Sección 5.ª, de 21 de enero de 1998 (AC 1998/3021); de la Audiencia Provincial de León, Sección 1.ª, de 24 de septiembre de 1998 (AC 1998/1768); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 5 de febrero de 2002 (JUR 2002/135128); el Auto de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 7 de abril de 1995 (AC 1995/1652), y el Auto de la Audiencia Provincial de Zamora, Sección única, de 19 de noviembre de 1999 (AC 1999/2361).

Esta es también la postura que mantiene la Fiscalía General del Estado en la Consulta número 1/1992, de 13 de febrero.

(140) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, de 23 de julio de 1992 (AC 1992/1022); de 28 de octubre de 1992 (AC 1992/1480), y de 26 de junio de 1993 (AC 1993/1223); de la Audiencia Provincial de Álava, de 8 de junio de 1994 (AC 1994/206), y de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7.ª, de 19 de febrero de 1999 (AC 1999/4007), situándose el hijo en posición de adheridos o litisconsortes activos.

Asimismo, vid., GONZÁLEZ CARRASCO, M.ª del C., «Los alimentos de los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales. Doctrina de las Audiencias», en *Aranzadi Civil*, 1998-1, págs. 34-35, para quien el hijo mayor de edad solo está legitimado para intervenir en el proceso matrimonial entablado entre sus padres de forma adhesiva; MORENO, V., «La reconvencción en los procedimientos de modificación de medidas: interpretación garantista del derecho de defensa», en *La Ley*, año XXX, núm. 7134, de 13 de marzo de 2009, pág. 6, quien señala que ha de intervenir el hijo mayor de edad al amparo del artículo 13 de la LEC, ya que tiene un evidente interés y derecho a participar en el debate que se genere en torno a una pensión de la que disfruta.

(141) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 21 de septiembre de 1992 (AC 1992/1256).

(142) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 7 de diciembre de 1994 (AC 1994/2179), y de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 5.ª, de 10 de marzo de 2005 (JUR 2005/111483).

(143) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, de 20 de enero de 1993 (AC 1993/61); de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 25 de febrero de 1994 (AC 1994/343); de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 16 de abril de 1994 (AC 1994/701), que estima como carga familiar los gastos derivados del sostenimiento de tales hijos mayores de edad cuando no han alcanzado independencia económica; de la Audiencia Provincial de Jaén, de 3 de junio de 1995 (AC 1995/1171); de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 2.ª, de 23 de septiembre de 1998 (AC 1998/1738); de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.ª, de 14 de mayo de 1999 (AC 1999/6654); de la Audiencia Provincial de Valencia,

hijos tengan ninguna intervención en tales procesos, pues, los únicos legitimados en dichos procesos son los cónyuges y el Ministerio Fiscal, constituyéndose el cónyuge en la esfera sustantiva, en administrador de los gastos familiares comunes a los hijos del matrimonio. Por último, la tesis denominada «sustitutoria» (sustitución procesal) o tesis del «desplazamiento de la legitimación», que parte de la titularidad del derecho de los alimentos en la persona del alimentista —con respecto a todos sus elementos reguladores y causas de extinción—, y de la existencia de una facultad procesal de exigirlos para él en la persona del otro progenitor conviviente con el hijo, en virtud de la evitación de un perjuicio patrimonial propio (144). Si bien, en atención a la causa sustitutoria tenida en cuenta por el legislador, se ha de entender que, mientras se den las circunstancias del artículo 93.2 el progenitor conviviente con el hijo tiene un derecho propio a ejercitar la acción derivada de la norma. No altera la cualidad extrínseca de las partes del proceso matrimonial —porque la acción corresponde al cónyuge—, y no pone en duda la titularidad del derecho de alimentos reclamado —que pertenece al hijo mayor de edad—, y lo que es más importante, la existencia de un sustituto en la acción procesal derivada de un derecho ajeno, no obsta para entender que ante la pretensión de suspensión o modificación de tal derecho existirá litisconsorcio pasivo necesario entre el progenitor demandante y el hijo titular. Sobre tales bases, es comúnmente admitido que para que se produzca la sustitución es preciso que una norma legal la autorice, pero dicha autorización puede ser expresa o cabe deducirla de los términos en que se presenta el objeto litigioso frente a los legitimados en la relación jurídica sustantiva. Ahora bien, una segunda cuestión que se plantea, es si cabe plantear si será necesario el apoderamiento del titular del derecho. Respecto de la primera, para esta tesis, basta que se deduzca de los términos en que se presenta el objeto litigioso, como sucede en el artículo 93.2, en que se introduce la fijación de alimentos a sujetos plenamente capaces de obrar en un proceso en el que las partes quedan limitadas a los cónyuges. La deuda alimenticia de los padres a favor de los hijos mayores de edad se inscribe dentro de la categoría obligacional de los alimentos entre parientes, basada en vínculos de filiación. En cuanto a la segunda cuestión —referente a la intervención del sustituido— la ley al conceder una legitimación extraordinaria está concediendo al sustituto el derecho a solicitar la tutela jurisdiccional de sus propios intereses, el hecho de que al pedir esa tutela, lo haga tomando como referencia una relación jurídica material de la que no es titular, no comporta otra exigencia que la de probar la concurrencia de dos tipos de hechos: a) la existencia del supuesto base de la norma expresa

Sección 6.ª, de 26 de enero de 2000 (AC 2000/4067), y de la Audiencia Provincial de Ourense, Sección 1.ª, de 31 de octubre de 2003 (JUR 2003/277309).

Asimismo, vid., RUBIO TORRANO, E., «Los alimentos para el hijo mayor del artículo 93.2 del Código Civil», en *Aranzadi Civil*, 2000-III, pág. 2312.

(144) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 6.ª, de 14 de noviembre de 1997 (AC 1997/2237); de la Audiencia Provincial de Zamora, Sección única, de 29 de enero de 1999 (AC 1999/246); de la Audiencia Provincial de Segovia, de 4 de octubre de 1999 (AC 1999/7927), y de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 2.ª, de 5 de noviembre de 1999 (AC 1999/2585).

Vid., asimismo, MARTÍN NÁJERA, S., «Los alimentos de los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales: el artículo 93.2 y la legitimación», en *Actualidad Civil*, 1997-3, pág. 692; RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J., «La fijación de alimentos a los hijos mayores de edad o emancipados al amparo del párrafo segundo del artículo 93 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 1959-1960.

que autoriza la sustitución (esto es, la convivencia con el hijo mayor de edad o emancipado, y la carencia de recursos económicos propios), y, b) la relación de fondo existente entre el sustituido y el demandado (procedencia de los alimentos conforme el artículo 142 del CC) (145).

En este contexto, de forma mayoritaria se ha optado por la tesis que concede legitimación al cónyuge conviviente con el hijo mayor de edad, sobre todo a partir de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de abril de 2000, —al conocer de un recurso de casación en interés de ley presentado por el Fiscal ante las diversas posiciones que se mantienen sobre el alcance y significado del artículo 93.2 del Código Civil—, en cuyo Fundamento de Derecho 2.º señala que: «Del artículo 93.2 del Código Civil emerge un indudable interés del cónyuge con quien conviven los hijos mayores de edad necesitados de alimentos a que, en la sentencia que pone fin al proceso matrimonial, se establezca la contribución del otro progenitor a la satisfacción de esas necesidades alimenticias de los hijos. Por consecuencia de la ruptura matrimonial el núcleo familiar se escinde, surgiendo una o dos familias monoparentales compuestas por cada progenitor de dirección y organización de la vida familiar en todos sus aspectos corresponde al progenitor, que si ha de contribuir a satisfacer los alimentos de los hijos mayores de edad que con él conviven, tiene un interés legítimo, jurídicamente digno de protección a demandar del otro progenitor su contribución a esos alimentos de los hijos mayores. No puede olvidarse que la posibilidad que establece el artículo 93, párrafo 2.º del Código Civil de adoptar en la sentencia que recaiga en estos procedimientos matrimoniales, medidas atinentes a los alimentos de los hijos mayores de edad se fundamenta, no en el indudable derecho de esos hijos a exigirlos de sus padres, sino en la situación de convivencia en que se hallan respecto a uno de los progenitores, convivencia que no puede entenderse por el simple hecho de morar en la misma vivienda, sino que se trata de una convivencia familiar en el más estricto sentido del término con el que la misma comporta entre las personas que la integran. De todo lo expuesto, se concluye que el cónyuge con el cual conviven los hijos mayores de edad que se encuentran en la situación de necesidad a que se refiere el artículo 93, párrafo 2.º del Código Civil se halla legitimado para demandar del otro progenitor la contribución de este a los alimentos de aquellos hijos, en los procesos matrimoniales entre los comunes progenitores».

Por tanto, el Tribunal Supremo, sobre la base de la escisión de la unidad familiar en dos núcleos monoparentales, considera como legitimado activamente en los procedimientos de nulidad, separación o divorcio para solicitar la pensión del hijo mayor de edad al progenitor que convive con él al amparo no de un derecho propio, sino de un interés legítimo digno de protección que, le legitima para reclamar del otro lo que debiere como contribución al sostenimiento de los hijos mayores, ya que en caso contrario se vería desfavorecido y perjudicado económicamente, pues, teniendo en cuenta que procurar alimentos a los hijos mayores es una carga u obligación común de ambos progenitores, a satisfacer de modo mancomunado, no se puede exigir al progenitor conviviente que atienda a las necesidades del hijo que quedan sin cubrir como consecuencia del incumplimiento del otro (146). No cabe duda que cuando uno de los obligados presta

(145) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 2.ª, de 5 de noviembre de 1999 (AC 1999/2585).

(146) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra, de 15 de septiembre de 1994 (AC 1994/1423); de la Audiencia Provincial de Segovia, de 6 de mayo de 1998 (AC 1998/5640); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 3 de junio de 1999 (AC

en exclusiva los alimentos que corresponde a varios, se origina un derecho de reembolso que encuentra su fundamento en el artículo 1158 del Código Civil. De manera que, aplicado al presente supuesto, es lógico que se conceda legitimación al progenitor que convive con el hijo o los hijos y que cubre sus necesidades para reclamar del otro progenitor no conviviente lo que le corresponde como obligado (147). De ahí que, estemos ante un interés legítimo propio del progenitor conviviente que, resulta digno de protección.

Además desde la perspectiva de la unidad familiar que conforma el progenitor con los hijos, parece lógico que se le sitúe en posición de reclamar las medidas necesarias, pues, a la vez se le otorga una administración de los intereses comunes. Además razones de economía procesal, de «favor filii» y sin que tal forma de proceder cause indefensión a los hijos mayores de edad, se posibilita que en la misma resolución sobre la nulidad, separación o divorcio se fije, a instancia del progenitor conviviente —pues el juez no puede declararlos de oficio— y conforme los artículos 142 y siguientes del Código Civil, los alimentos que sean debidos a los hijos mayores de edad, sin necesidad de acudir estos al procedimiento declarativo correspondiente, y sin que sea necesaria su intervención en el procedimiento matrimonial. Desde tal perspectiva, podemos concluir que esta es la mejor solución procesal dada la defectuosa redacción del artículo 93.2, con la que intentar dar una respuesta a todas las dificultades que presenta un precepto referido a alimentos entre parientes, y, en el que se ofrece la posibilidad de tramitar la acción de alimentos de los hijos mayores en el proceso matrimonial de sus progenitores, estando para ello legitimado el cónyuge conviviente que de facto asume la carga familiar que representan los hijos mayores de edad, para

1999/1823); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5.ª, de 4 de diciembre de 2000 (AC 2001/79); de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 2.ª, de 15 de enero de 2001 (AC 2001/71); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 22 de febrero de 2002 (JUR 2002/116723); de la Audiencia Provincial de Ourense, Sección 1.ª, de 28 de junio de 2002 (JUR 2002/260351); de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.ª, de 10 de octubre de 2002 (JUR 2003/99198); de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 2.ª, de 26 de noviembre de 2003 (JUR 2004/28441); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5.ª, de 12 de marzo de 2004 (JUR 2004/145973); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2.ª, de 21 de septiembre de 2004 (JUR 2004/292615); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 18 de noviembre de 2005 (JUR 2006/35250); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5.ª, de 2 de noviembre de 2010 (JUR 2011/22195); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5.ª, de 20 de enero de 2011 (JUR 2011/118799); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 5 de octubre de 2011 (La Ley 230561/2011).

Asimismo, vid., CORRAL GARCÍA, E., «Legitimación para solicitar alimentos para los hijos mayores de edad tras la ruptura de la unión de hecho», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 7, 2001-2, pág. 403; MORENO VELASCO, V., «Los alimentos de los hijos mayores de edad en los procedimientos de separación, nulidad y divorcio», *op. cit.*, pág. 1473; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.ª T., *Crisis matrimoniales: ¿Quién solicita los alimentos de los hijos mayores de edad?*, Tecnos, Madrid, 1999, pág. 24; INIESTA DELGADO, J. J., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de junio de 2003», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 65, mayo-septiembre de 2004, pág. 561.

(147) La consideración de esta legitimación como un supuesto de acción de reembolso ha sido defendida fundamentalmente por GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «A vueltas con los alimentos de los hijos mayores de edad en las crisis matrimonial de sus progenitores», *op. cit.*, págs. 189-190. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3.ª, de 4 de mayo de 1999 (AC 1999/1087), y de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5.ª, de 15 de octubre de 2009 (JUR 2010/10319).

exigir por derecho propio al otro la contribución de lo que le corresponde en ese régimen de corresponsabilidad impuesto en el citado artículo 93.2, siempre que, asimismo, concurren los requisitos establecidos en el mismo.

En este contexto, conviene señalar que, los titulares del derecho de alimentos siguen siendo los hijos mayores de edad; de ahí que, tengan derecho a reclamar al otro progenitor los alimentos de acuerdo con el artículo 142 del Código Civil, por la vía del juicio verbal, de acuerdo con el artículo 250.1.8 de la LEC.

Sobre tales bases, cualquier modificación o supresión de la pensión de alimentos de hijos mayores tendrá legitimación pasiva el progenitor conviviente, sin que sea necesario demandar a los hijos mayores de edad, en una suerte de litisconsorcio pasivo necesario (148).

Es posible pactar en un convenio regulador alimentos a favor del hijo mayor de edad (149); como que se establezca como medida provisional o definitiva en un proceso contencioso de separación o divorcio (arts. 773.3 y 775.1 de la LEC).

Por otra parte, en nuestro derecho es clara la posibilidad del progenitor conviviente con el hijo, de solicitar el reembolso de las cantidades satisfechas por él ante el incumplimiento del otro progenitor en concepto de pensiones alimenticias ya vencidas y atrasadas (150).

Finalmente, como precisa acertadamente MORENO VELASCO, procesalmente «no podrá el progenitor con el que convive el hijo mayor pedir la pensión de alimentos en la contestación de la demanda —en caso de ser demandado— sino que debe introducir concretamente dicha pretensión a través de la reconvencción que, tal y como prevé el artículo 406 de la LEC solo puede ser expresa (art. 770.2.^a LEC)» (151).

(148) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.^a, de 24 de junio de 1999 (AC 1999/1186); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.^a, de 28 de octubre de 1999 (AC 1999/2097); de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 3.^a, de 8 de noviembre de 1999 (AC 1999/8171); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 5.^a, de 17 de enero de 2000 (AC 2000/605); de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.^a, de 18 de septiembre de 2003 (AC 2003/2115), y de la Audiencia Provincial de Ávila, de 12 de julio de 2011 (*La Ley* 209292/2011). En contra, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, de 2 de marzo de 1992 (AC 1992/499), y de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 7 de noviembre de 1995 (AC 1995/2225).

En esta línea, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., «El favor progenitoris en la relación con los hijos mayores de edad», en *Aranzadi Civil*, 2001-1, pág. 2010. En contra, GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a del C., «Los alimentos de los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales», *op. cit.*, pág. 38.

Por su parte, MORENO, V., «La reconvencción en los procedimientos de modificación de medidas: interpretación garantista del derecho de defensa», *op. cit.*, pág. 6, señala que, en los procesos de modificación de medidas es difícil imaginar un supuesto de litisconsorcio, si bien, podríamos plantearnos un supuesto relativo a la legitimación del hijo mayor para ser demandado por el cónyuge reconviniente cuando se solicita por este la modificación o la extinción de las pensiones alimenticias.

(149) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, de 20 de junio de 1997 (AC 1997/1281).

(150) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, de 7 de abril de 1994 (AC 1995/670).

(151) MORENO VELASCO, V., «Los alimentos de los hijos mayores de edad en los procedimientos de separación, nulidad y divorcio», *op. cit.*, pág. 1473.

VI. EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS

En los artículos 150 y 152 del Código Civil se enumeran los distintos modos de extinción de la relación obligatoria de alimentos, referidos unos a la desaparición de alguno de los presupuestos que han dado lugar al nacimiento de la obligación; y, otros a la conducta del alimentista. Así son causas de extinción de la pensión de alimentos del hijo mayor de edad: 1. La muerte del obligado o los obligados a la prestación de alimentos; 2. La muerte del hijo alimentista; 3. Cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiera reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia, así un despido laboral, la jubilación; si bien es necesario que la reducción sea de tal entidad, que haga imposible la satisfacción de los alimentos en la cuantía precisa para superar el estado de necesidad del alimentante; 4. Cuando el alimentista ha culminado su formación y, pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya mejorado su fortuna (152), de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia: La necesidad constituye uno de los presupuestos de la existencia de la obligación. De manera que, si el hijo ha finalizado sus estudios (153), o ha mejorado su situación económica, al haber accedido al mercado laboral (154), la

(152) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2.^a, de 10 de enero de 2000 (AC 2000/160).

(153) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.^a, de 9 de febrero de 2010 (*La Ley* 101277/2010); de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 3.^a, de 18 de enero de 2000 (AC 2000/19); de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1.^a, de 15 de junio de 2009 (*JUR* 2009/301331), son graduadas universitarias «con plena capacidad física y mental que superan los treinta años de edad», por lo que pese al contenido del artículo 39.1 de la Constitución, se ha de proceder a su extinción, «pues lo contrario sería favorecer una situación pasiva de lucha por la vida»; de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2.^a, de 24 de junio de 2010 (*La Ley* 125778/2010), ha terminado los estudios y puede incorporarse al mundo laboral, y de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 3.^a, de 9 de diciembre de 2011 (*La Ley* 249097/2011), dada su edad, veintisiete años, y pese a preparar oposiciones, la obligación de dar alimentos no puede mantenerse *sine die*.

(154) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, de 23 de julio de 1992 (AC 1992/1022), trabajos temporales y acceso al mercado laboral; de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, de 25 de enero de 2005 (*JUR* 2005/54656); de la misma Audiencia y sección, de 23 de mayo de 2008 (*JUR* 2008/223878), se acredita que tiene estudios terminados, y actualmente está incorporada al mundo laboral; de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.^a, de 18 de marzo de 2010 (*La Ley* 174711/2010), tiene treinta y dos años y vive independiente de sus padres; de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1.^a, de 9 de julio de 2010 (*La Ley* 133992/2010), tiene un empleo estable y suficientemente remunerado; de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2.^a, de 10 de noviembre de 2010 (*La Ley* 296692/2010), Candelaria tiene veinticuatro años de edad, ha finalizado su periodo de formación hace más de tres años, y ha iniciado su actividad laboral con contratos temporales, demostrando una aptitud y capacidad para el desempeño de actividades remuneradas; de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 3 de marzo de 2011 (*La Ley* 54929/2011); de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5.^a, de 12 de abril de 2011 (*La Ley* 91688/2011), tiene independencia económica; de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.^a, de 3 de mayo de 2011 (*La Ley* 191670/2011), los progenitores están obligados a contribuir para satisfacer los alimentos de los hijos hasta que obtenga ingresos propios, por lo que, *a sensu contrario*, cesará esta obligación cuando los hijos sean independientes económicamente de sus progenitores, situación que ha de equipararse a la posibilidad real de serlos, y en el caso de litis se da esta última circunstancia, pues el hijo abandonó un trabajo que ya duraba nueve meses ininterrumpidos y con visos de permanencia y promoción, en consecuencia, al haber interrumpido el hijo voluntariamente la trayectoria real de independencia económica de sus progenitores, cesa la

carencia de recursos, y la necesidad que habían determinado el nacimiento del derecho de alimentos han desaparecido, y, en consecuencia, ya no existe base legal para el mantenimiento de la obligación; 5. Cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a desheredación, y 6. Cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos, y la necesidad de aquel provenga de la mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa.

A estas causas podemos añadir la no culminación de los estudios o acceso al empleo por causa imputable al hijo (155).

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BELO GONZÁLEZ, R.: «Los alimentos de los hijos mayores de edad en el procedimiento matrimonial de sus progenitores», en *Actualidad Civil*, 1991-1.
- CASTILLA BAREA, M., y CABEZUELO ARENAS, A. L., «Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio (II)», en *Tratado de Derecho de Familia*, vol. II, *Las crisis matrimoniales*, directores: Mariano YZQUIERDO TOLSADA y Matilde CUENA CASAS, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2011.
- CORRAL GARCÍA, E.: «Legitimación para solicitar alimentos para los hijos mayores de edad tras la ruptura de una unión de hecho», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 7, 2001-2.
- DELGADO ECHEVARRÍA, J.: «Comentario a la STS de 5 de noviembre de 1984», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 7, enero/marzo de 1985.
- DE LA IGLESIA MONJE, M.^a I.: «Limitación temporal del derecho de alimentos a favor de hijos mayores de edad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 718, marzo-abril de 2010.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a del C.: «Los alimentos de los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales. Doctrina de las audiencias», en *Aranzadi Civil*, 1998-I.

obligación de estos de prestarle alimentos, y si bien es verdad que el hijo cuenta tan solo con diecinueve años cuando se presenta la demanda, también lo es que a los catorce años dejó los estudios y que, por lo tanto, desde los dieciséis años debió procurar y mantener su acceso al mercado laboral; y, de la Audiencia Provincial de León, Sección 1.^a, de 7 de diciembre de 2011 (*La Ley* 249160/2011).

(155) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Lleida, Sección 1.^a, de 14 de junio de 1999 (*AC* 1999/7131), escaso interés en los estudios; de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.^a, de 29 de mayo de 2007 (*JUR* 2007/321878), hija que en la actualidad tiene veintiséis años de edad que, ha finalizado sus estudios a los diecisiete años por voluntad propia, sin que desde entonces haya intentado reiniciar algún tipo de actividad formativa, ha trabajado como cajera durante un total de 146 días, entre el 14 de diciembre de 1999 y 12 de octubre de 2002, y desde entonces no consta que haya realizado actividad laboral alguna, ni ha intentado siquiera encontrar trabajo. Ha quedado, por tanto, interrumpido el vínculo de dependencia necesaria para el mantenimiento de la pensión; de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4.^a, de 2 de marzo de 2010 (*La Ley* 62413/2010); y, de la Audiencia Provincial de Cuenca, de 28 de junio de 2011 (*La Ley* 122209/2011), no consta prueba alguna sobre la efectiva dedicación al estudio del hijo mayor de edad, pues, no se acredita con el certificado del Jefe del Servicio de Inspección Educativa de Valencia, una dedicación al estudio, ya que ni siquiera sabe si fue admitido en listado definitivo, y si efectivamente comenzó a cursar tales estudios. Y si a ello se le añade que el hijo ha estado incorporado en algunos periodos al mercado laboral, lo que nos inclina a atribuir la misma una relativa independencia económica, resulta extinguida la pensión de alimentos del hijo.

- GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: «A vueltas con los alimentos de los hijos mayores de edad en la crisis matrimonial de sus progenitores: el artículo 93, párrafo 2.º del Código Civil», en *Aranzadi Civil*, 1997, tomo I, vol. III.
- INIESTA DELGADO, J. J.: «Comentario a la STS de 27 de junio de 2003», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 65, mayo/septiembre de 2004.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.^a T.: *Régimen jurídico de los alimentos de los hijos mayores de edad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- *Crisis matrimoniales: ¿Quién solicita los alimentos de los hijos mayores de edad?*, Tecnos, Madrid, 1999.
- «El favor progenitoris en relación con los hijos mayores de edad», *Aranzadi Civil*, 2001-I.
- MARTÍN NÁJERA, S.: «Los alimentos de los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales: el artículo 93.2 y la legitimación», en *Actualidad Civil*, 1997-3.
- MORENO-TORRES HERRERA, M.^a L.: «Los presupuestos del derecho de alimentos de los hijos mayores de edad», en *UNED. Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 28, 2006.
- MORENO VELASCO, V.: «Los alimentos de los hijos mayores de edad en los procedimientos de separación, nulidad o divorcio», en *La Ley*, 2010-4.
- RUBIO TORRANO, E.: «Los alimentos para el hijo mayor del artículo 93.2 del Código Civil», en *Aranzadi Civil*, 2000-III.
- RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J.: «La fijación de alimentos a hijos mayores de edad o emancipados al amparo del párrafo segundo del artículo 93 del Código Civil», en *Aranzadi Civil*, 1993-I.
- SERRANO CASTRO, Francisco de Asís: «Aspectos procesales de la reclamación de los alimentos de los hijos mayores de edad dentro del procedimiento matrimonial», en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 9, octubre de 2000.

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, de 5 de noviembre de 1984 (*RJ* 1984/5367).
- STS, Sala de lo Civil, de 24 de febrero de 1989 (*RJ* 1989/1399).
- STS, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 1993 (*RJ* 1993/7464).
- STS, Sala de lo Civil, de 24 de abril de 2000 (*RJ* 2000/3378).
- STS, Sala de lo Civil, de 23 de febrero de 2000 (*RJ* 2000/1169).
- STS, Sala de lo Civil, de 30 de diciembre de 2000 (*RJ* 2000/10385).
- STS, Sala de lo Civil, de 1 de marzo de 2001 (*RJ* 2001/2562).
- SAP de Álava, de 13 de junio de 1992 (*AC* 1992/1061).
- SAP de A Coruña, de 27 de octubre de 1993 (*AC* 1993/2053).
- SAP de Lugo, de 11 de mayo de 1995 (*AC* 1995/1622).
- SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 17 de mayo de 1996 (*AC* 1996/893).
- SAP de La Rioja, Sección única, de 1 de abril de 1998 (*AC* 1998/4585).
- SAP de Madrid, Sección 22.^a, de 12 de marzo de 1999 (*AC* 1999/809).
- SAP de Jaén, Sección 1.^a, de 12 de julio de 2000 (*JUR* 2000/286612).
- SAP de Cáceres, Sección 1.^a, de 4 de mayo de 2001 (*JUR* 2001/190233).
- SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 9 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003/61985).
- SAP de Islas Baleares, Sección 3.^a, de 5 de diciembre de 2003 (*JUR* 2004/100241).
- SAP de Valencia, Sección 10.^a, de 10 de mayo de 2004 (*JUR* 2005/2562).
- SAP de Las Palmas, Sección 5.^a, de 31 de marzo de 2005 (*JUR* 2005/111159).
- SAP de Valencia, Sección 10.^a, de 23 de enero de 2006 (*AC* 2006/659).

- SAP de Murcia, Sección 4.^a, de 28 de octubre de 2010 (*La Ley* 219254/2010).
SAP de Madrid, Sección 24.^a, de 11 de noviembre de 2010 (*La Ley* 242549/2010).
SAP de Almería, Sección 2.^a, de 14 de marzo de 2011 (*La Ley* 83578/2011).
SAP de A Coruña, Sección 5.^a, de 3 de mayo de 2011 (*La Ley* 67041/2011).
SAP de Badajoz, Sección 2.^a, de 28 de octubre de 2011 (*La Ley* 221190/2011).

RESUMEN

MAYORÍA DE EDAD
PATRIA POTESTAD
ALIMENTOS

La mayoría de edad no supone la extinción automática de los alimentos a favor de los hijos cuando alcanzan dicha edad, pues constituye hoy una realidad la prolongación de sus estudios más allá de la misma, además de las dificultades de acceso a un empleo que determinan que constante matrimonio tales alimentos formen parte de las cargas familiares o del matrimonio, y una vez tiene lugar la crisis conyugal, puedan solicitarse como pensión de alimentos en el seno del propio procedimiento matrimonial, siempre que concurren los requisitos contenidos en el artículo 93.2 del Código Civil, concediendo legitimación para solicitarlos al progenitor conviviente. Sobre tales bases, en el presente estudio vamos a analizar el régimen jurídico de los alimentos de los hijos mayores de edad, tanto en sus aspectos sustantivos como procesales, haciendo referencia para ello a las diferentes aportaciones doctrinales y jurisprudenciales existentes en relación con la materia.

ABSTRACT

ADULT AGE
PARENTS
FOOD

The adult age does not suppose the automatic extinction of the food in favour of the children when they reach the above mentioned age, so, a reality constitutes today the prolongation of his studies beyond the same one, besides the difficulties of access to an employment that determine that constant marriage such food forms a part of the familiar loads or of the marriage, and once the conjugal crisis takes place, could be requested as alimony in the bosom of the own matrimonial procedure, providing that they meet requirements contained in the article 93.2 of the Civil Code, granting legitimization to request them the coexistent progenitor. On such bases, in the present study we are going to analyze the juridical regime of the food of the major children of age so much in his substantive as procedural aspects referring for it to the different doctrinal and jurisprudential existing contributions in relation with the matter.

**CUSTODIA COMPARTIDA DE LOS PROGENITORES: CASOS DE
PROCEDENCIA E IMPROCEDENCIA. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL**

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

Profesora Contratada Doctora.

Derecho Civil. UCM

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA CUSTODIA COMPARTIDA. DEFINICIÓN JURISPRUDENCIAL. REQUISITOS. DECÁLOGO.—II. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EXPUESTAS POR LA JURISPRUDENCIA.—III. CONCESIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN ATENCIÓN AL SUPERIOR INTERÉS DE LOS HIJOS.—IV. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES PARA LA CONCESIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.—V. BREVE VISTAZO AL DERECHO COMPARADO.—VI. CUSTODIA COMPARTIDA. REGULACIÓN CATALANA. REGULACIÓN ARAGONESA.—VII. SUPUESTOS REALES DE EXISTENCIA DE OTORGAMIENTO.—VIII. SUPUESTOS REALES DE INEXISTENCIA DE OTORGAMIENTO.—IX. ARTICULACIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA. FORMAS: A) POR SEMANAS ALTERNAS Y VACACIONES DE VERANO POR QUINCENAS ALTERNAS. B) POR SEMANAS ALTERNAS Y VACACIONES CADA MES CON UN PROGENITOR. C) POR PERIODOS ALTERNOS DE SEIS DÍAS CON CADA PROGENITOR. D) POR TRIMESTRES COINCIDENTES CON CADA EVALUACIÓN DEL CURSO ESCOLAR. E) POR CUATRIMESTRES. F) POR MITAD DE CURSOS ESCOLARES. G) MODELO INTERMEDIO ENTRE LA CUSTODIA EXCLUSIVA Y LA COMPARTIDA.—X. BIBLIOGRAFÍA.—XI. ÍNDICE DE SENTENCIAS ANALIZADAS DEL TC, TS, DE LOS TSJ, DE LAS AP Y DE LOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA (POR ORDEN CRONOLÓGICO).—XII. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN: LA CUSTODIA COMPARTIDA. DEFINICIÓN JURISPRUDENCIAL. REQUISITOS. DECÁLOGO

Iniciamos hoy nuestro análisis jurisprudencial tomando las palabras de la SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 21 de febrero de 2007, como modelo de definición práctica de la custodia compartida: es una «modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de la pareja, en la que tanto el padre como la madre están capacitados para establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención de las necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro...» (1).

(1) No tiene nada que ver la custodia compartida, basada en la coparentalidad responsable, con la custodia por periodos repartidos, caso al que se refiere la sentencia del Tribunal Constitucional, número 4/2001 (LA LEY 2364/2001), de 15 de enero, puesto que el contenido semántico del verbo repartir es muy distinto del de compartir. En muchos de los casos confluyen otros conflictos en relación con las reivindicaciones de las partes sobre la vivienda, pago de alimentos o pensiones o liquidaciones del patrimonio común. SAP de

Por su parte, el TSJ de Cataluña entiende que «bajo la denominación equívoca de custodia compartida pueden hallar amparo diversas situaciones de convivencia de los hijos con sus progenitores —partida, repartida, rotativa, alterna, conjunta—, que supongan un reparto no necesariamente igual del tiempo de convivencia con cada uno de los padres y/o de las tareas o funciones que en relación con su cuidado diario cada uno de ellos se obligue a asumir, en razón a muy diversos factores (la diferente edad de los niños, su comodidad y confort, su aprovechamiento escolar, sus problemas evolutivos particulares, el horario laboral y la disponibilidad efectiva de los padres, etc.), no tiene nada de extraño que las situaciones de desigualdad en el tiempo de convivencia con uno y otro progenitor puedan compensarse mediante la correspondiente pensión de alimentos, en cuya fijación habrá que tener en cuenta, además y en su caso, las diferencias de ingresos que puedan existir entre los obligados a su pago (art. 267 CF), puesto que, permaneciendo inalterable la necesidad de los alimentistas, sería contrario a la regla arriba mencionada (art. 82.2 CF) no procurar un cierto equilibrio y una razonable estabilidad en la calidad e intensidad de su cuidado integral, en lugar de someterlos a los vaivenes derivados de la diferente capacidad adquisitiva de sus progenitores custodios» (2).

REQUISITOS DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

La custodia compartida, a juicio de la jurisprudencia, y como veremos en este breve análisis, requiere que para que su aplicación sea aceptable, el sistema se asiente sobre ciertas condiciones. A saber:

- Ambos cónyuges deben ser adecuados como progenitor custodio, con disponibilidad de tiempo de uno y otro para dedicarlo a los hijos.
- Debe asegurarse la estabilidad del menor en relación con la situación precedente.
- Continuidad en el entorno: no debe implicar el desplazamiento o esfuerzo de los niños en cada traslado a ambientes totalmente distintos (localidades diversas, estando muy lejano del centro escolar, etc.).
- Mantener y tener en cuenta las relaciones con la familia extensa, el colegio, los amigos o la ciudad o barrio.
- Existencia de buena relación entre los padres, que dado el régimen que se establece, comparten al cincuenta por ciento la educación, el desarrollo y el cuidado de los hijos, debiendo unificar criterios educativos y de comportamiento.
- Fluidez y facilidad en los intercambios.
- Existencia de buena y frecuente comunicación entre los progenitores.
- Garantizar el equilibrio psíquico del menor, para que no se vea afectado por desequilibrios graves que afecten a uno de los progenitores.

Barcelona, Sección 12.^a, de 21 de febrero de 2007, recurso: 820/2006. Ponente: María José PÉREZ TORMO. Número de sentencia: 127/2007. Número de recurso: 820/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 53774/2007.

(2) STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 31 de julio de 2008, recurso: 72/2007. Ponente: Carlos RAMOS RUBIO. Número de sentencia: 29/2008. Número de recurso: 72/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 116201/2008.

- La constancia de que queda deslindada la idoneidad de la custodia, con el interés por la obtención de réditos materiales indirectos, no confesados, como el uso de la vivienda o la percepción o ahorro de pensiones (3).

DECÁLOGO

El juzgador (4) aconseja incluso que para el buen cumplimiento de este régimen de guarda y custodia establecido en interés del menor, los progenitores deben llevar a cabo el cumplimiento del siguiente decálogo:

1. Nunca desacredite a su excónyuge delante de sus hijos, ya que ellos se sienten «parte de su mamá» y «parte de su papá», con lo que la crítica puede dañar su autoestima.
2. No utilice a sus hijos como mensajeros entre usted y su excónyuge. Cuanto menos se sientan ellos parte de la pelea entre sus padres, mejor entenderán la situación.
3. Tranquilice a sus hijos haciéndoles entender que ellos no tuvieron ninguna responsabilidad en la separación. Muchos de ellos asumen como propias las causas de la ruptura.
4. Anime a sus hijos a que vean con frecuencia a su excónyuge. Haga todo lo posible por estimular las visitas.
5. En cada paso de su divorcio o separación, recuérdese a sí mismo que sus propios intereses no son los de sus hijos, por los que no debe incluirlos en ninguna negociación.
6. Sus hijos pueden ser estimulados a actuar como su «corresponsal» en la casa de su excónyuge. Trate de no pedirles que le cuenten nada que no sea del interés de ellos. Deje a sus niños ser niños.
7. Si usted siente que no puede asumir el trance de la separación con calma y responsabilidad, pida asesoramiento terapéutico urgente. Sus problemas pueden trasladarse a sus hijos, complicándoles aún más el poder enfrentar con éxito la situación.
8. Cumpla con sus obligaciones económicas, «alimentos» de su hijo, en forma mensual y sin interrupciones. Sepa que de no hacerlo, el perjudicado será su hijo, que además de tener que enfrentar una situación familiar compleja, deberá soportar faltas materiales, lo cual puede tener un efecto permanente por el resto de su vida.
9. Si usted es un padre/ madre responsable, y no está recibiendo los «alimentos» por parte del que tiene obligación, no traslade su enojo a sus hijos. Esto alimenta en ellos el sentimiento de abandono, y los pone en situaciones muy difíciles.
10. Dentro de lo posible, no efectúe demasiados cambios en la vida de sus hijos. Si además de soportar la separación deben cambiar de residencia

(3) Juzgado de Primera Instancia, número 5 de Gavá, sentencia de 24 de julio de 2006, proc. 172/2006. Número de sentencia: 113/2006. Número de recurso: 172/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 293983/2006. Y SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 21 de febrero de 2007.

(4) Juzgado de Primera Instancia, número 8 de Gijón, Auto de 22 de junio de 2010, recurso: 512/2010. Ponente: Ángel Luis CAMPO IZQUIERDO. Número de recurso: 512/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 109976/2010.

y de escuela, tardarán mucho más en superar el trauma del divorcio de sus padres.

II. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EXPUESTAS POR LA JURISPRUDENCIA

Ya en el año 2007, la SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 20 de febrero de 2007, señaló como *ventajas* de la custodia compartida que con ella:

- a) se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de las relaciones de pareja, siendo tal presencia similar de ambas figuras parentales y constituye el modelo de convivencia que más se acerca a la forma de vivir de los hijos durante la convivencia de pareja de sus padres, por lo que la ruptura resulta menos traumática;
- b) se evitan determinados sentimientos negativos en los menores, entre los cuales cabe relacionar los siguientes: miedo al abandono; sentimiento de lealtad; sentimiento de culpa; sentimiento de negación; sentimiento de suplantación, etc.;
- c) se fomenta una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de los padres, que permite una mayor aceptación del nuevo contexto, y se evitan situaciones de manipulación consciente o inconsciente por parte de los padres frente a los hijos;
- d) se garantiza a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, evitando, así, el sentimiento de pérdida que tiene el progenitor cuando se atribuye la custodia al otro progenitor y la desmotivación que se deriva cuando debe abonarse la pensión de alimentos, consiguiendo, además, con ello, una mayor concienciación de ambos en la necesidad de contribuir a los gastos de los hijos;
- d) no se cuestiona la idoneidad de ninguno de los progenitores;
- e) hay una equiparación entre ambos progenitores en cuanto a tiempo libre para su vida personal y profesional, con lo que se evitan de esta manera dinámicas de dependencia en la relación con los hijos, pues en ocasiones el dolor y vacío que produce una separación se tiende a suplir con la compañía del hijo o hija que se convierte así en la única razón de vivir de un progenitor; y
- f) los padres han de cooperar necesariamente, por lo que el sistema de guarda compartida favorece la adopción de acuerdos, lo que se convierte, asimismo, en un modelo educativo de conducta para el menor».

La STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 31 de julio de 2008, indica que la custodia compartida o conjunta por ambos progenitores presenta indudables ventajas para la evolución y desarrollo del niño en las situaciones de conflicto familiar producido por la ruptura matrimonial, en la medida en que evita la aparición de los «conflictos de lealtades» de los menores para con sus padres, favorece la comunicación de estos entre sí, aunque no sirva para disminuir las diferencias entre ellos —tampoco puede afirmarse que las acentúe— y, en fin, coadyuva, por un lado, a visualizar la ruptura matrimonial como un conflicto

en el que no existen vencedores y vencidos ni culpables e inocentes, y por otro, a concebir el reparto equilibrado de cargas derivadas de la relación paterno filial como algo consustancial y natural, y no como algo eventual o accidental, favoreciendo la implantación en los hijos de la idea de la igualdad de sexos (5).

El Juzgado de Primera Instancia, número 12 de Palma de Mallorca, sentencia de 10 de marzo de 2009, indica también que la custodia compartida es mucho más acorde con la realidad del tiempo presente y señala los beneficios que en su día reconoció la SAP de Barcelona, en 2007 (6).

Pero también la Jurisprudencia reconoce que hay alguna *desventaja*. Por ejemplo, la SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 20 de febrero de 2007, señaló como inconvenientes:

- la posible inestabilidad de los menores producida por los continuos cambios de domicilio;
- los problemas de integración o adaptación a los nuevos núcleos familiares que se vayan creando;
- y las dificultades para unificar criterios en las cuestiones más cotidianas de la vida de los menores.

(5) STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 31 de julio de 2008, recurso: 72/2007. Ponente: Carlos RAMOS RUBIO. Número de sentencia: 29/2008. Número de recurso: 72/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 116201/2008.

(6) Juzgado de Primera Instancia, número 12 de Palma de Mallorca, sentencia de 10 de marzo de 2009, proc. 1113/2008. Ponente: Joaquín María ANDRÉS JOVEN. Número de sentencia: 125/2009. Número de recurso: 1113/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 91994/2009.

Aunque introduce alguna novedad entre las ventajas, sigue los criterios de la citada SAP: literalmente como ventajas o beneficios de la guarda y custodia compartida los siguientes:

a) se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de las relaciones de pareja, siendo tal presencia similar de ambas figuras parentales y constituye el modelo de convivencia que más se acerca a la forma de vivir de los hijos durante la convivencia de pareja de sus padres, por lo que la ruptura resulta menos traumática;

b) se evitan determinados sentimientos negativos en los menores, entre los cuales cabe relacionar los siguientes: miedo al abandono; sentimiento de lealtad; sentimiento de culpa; sentimiento de negación; sentimiento de suplantación, etc.;

c) se fomenta una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de los padres, que permite una mayor aceptación del nuevo contexto y se evitan situaciones de manipulación consciente o inconsciente por parte de los padres frente a los hijos;

d) se garantiza a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, evitando, así, el sentimiento de pérdida que tiene el progenitor cuando se atribuye la custodia al otro progenitor y la desmotivación que se deriva cuando debe abonarse la pensión de alimentos, consiguiendo, además con ello, una mayor concienciación de ambos en la necesidad de contribuir a los gastos de los hijos;

e) no se cuestiona la idoneidad de ninguno de los progenitores;

f) hay una equiparación entre ambos progenitores en cuanto a tiempo libre para su vida personal y profesional, con lo que se evitan de esta manera dinámicas de dependencia en la relación con los hijos, pues en ocasiones el dolor y vacío que produce una separación se tiende a suplir con la compañía del hijo o hija que se convierte así en la única razón de vivir de un progenitor; y

g) los padres han de cooperar necesariamente, por lo que el sistema de guarda compartida favorece la adopción de acuerdos, lo que se convierte asimismo en un modelo educativo de conducta para el menor.

El Juzgado de Primera Instancia, número 12 de Palma de Mallorca, sentencia de 10 de marzo de 2009, considera que la custodia compartida está llamada a satisfacer una *demanda residual*, puesto que el número de solicitudes constituyen una excepción en la dinámica de los procesos matrimoniales, incluso en los de mutuo acuerdo. Parte además de que:

- Su conveniencia es muy discutible cuando se trata de niños de corta edad.
- No es adecuada en supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores, especialmente siempre que existan malos tratos, a causa de la continua exposición del niño al enfrentamiento, en cuyo caso la ponderación de los intereses en juego, en especial los del niño, debe ser extremadamente cuidadosa y subordinada a la protección jurídica de la persona y de los derechos de personalidad de los menores afectados.

Considera que el sistema de custodia compartida podía no estimarse, en algunas ocasiones, favorecedor para el adecuado desarrollo de los menores, ya que la situación de alternancia periódica de la convivencia con cada uno de los padres puede no permitir, en buena parte de los casos, estructurarse psicológicamente a los hijos, siendo por ello dicho sistema fuente de innecesarios conflictos en las relaciones personales de los integrantes del núcleo familiar, dado el periódico cambio de casa, entorno, amistades, criterio e influencia de uno y otro al que se somete a los menores (7).

III. CONCESIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN ATENCIÓN AL SUPERIOR INTERÉS DE LOS HIJOS

La concesión de la custodia compartida de los hijos menores se realiza en atención a su interés. Hay que seguir el *principio del favor filii*, ya que los menores no pueden ser utilizados como objeto o como instrumento del conflicto matrimonial. Es más, la jurisprudencia establece la necesidad de dejar suficientemente expresadas en la motivación las razones esenciales de la conclusión finalmente adoptada (8), a fin de comprobar la existencia del interés superior del menor. Interés que prevalece por encima del de sus progenitores. Es un principio de orden público y como tal los jueces y tribunales deben observarlo obligatoriamente [vid. STS de 9 de julio de 2003 (9) y STS de 28 de septiembre de 2009] (10)].

(7) Juzgado de Primera Instancia, número 12 de Palma de Mallorca, sentencia de 10 de marzo de 2009, proc. 1113/2008. Ponente: Joaquín María ANDRÉS JOVEN. Número de sentencia: 125/2009. Número de recurso: 1113/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 91994/2009.

(8) Falta de motivación de la sentencia de apelación que denegó la custodia compartida únicamente en base a la falta de conocimiento del domicilio de los padres, lo que no es cierto, y en la no permanencia de los menores en un domicilio estable, cuando es consustancial a la guarda y custodia compartida que los hijos vivan con sus padres en domicilios cambiantes. STS, Sala Primera de lo Civil, de 8 de octubre de 2009, recurso: 1471/2006. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 623/2009. Número de recurso: 1471/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 192180/2009.

(9) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 9 de julio de 2003, recurso: 884/1999. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de sentencia: 719/2003. Número de recurso: 884/1999. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2569/2003.

(10) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 28 de septiembre de 2009, recurso: 200/2006. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 614/2009. Número de recurso: 200/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 184085/2009.

Como anteriormente hemos señalado, el Código Civil aunque establece la custodia compartida en su artículo 92, no concreta los criterios, según los cuales esta debe establecerse, sino que *contiene una cláusula abierta que obliga al juez a acordar esta modalidad siempre en interés del menor*, y que en determinados casos puede resultar difícil de concretar en qué consiste este interés a falta de una lista de criterios, como ocurre en algunos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, que sí los especifican. Últimamente ha sido Juan Antonio XIOL, quien en la STS de 10 de enero de 2012, insiste en que «esta normativa debe completarse con lo establecido en el artículo 91 del Código Civil, que permite al Juez una amplia facultad para decidir cuál debe ser la solución adecuada a la vista de las pruebas que obran en su poder, de modo que en los procedimientos judiciales sobre menores no rige el principio dispositivo, tal como se afirma en la Exposición de Motivos de la vigente LEC en su artículo 752.1, 2. Además en relación con la guarda y custodia compartida, el artículo 92.6 del Código Civil, establece que el juez debe *valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda*» (11).

El *favor filii* es un principio institucionalizado en el artículo 3.1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN), aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989; en el artículo 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000; y en el principio mínimo 15 de la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (DOCE núm. C. 241 de 21 de septiembre de 1992), documentos internacionales todos ellos que deben considerarse asumidos por las normas constitucionales españolas sobre protección integral de la familia y de la infancia (art. 39.4 CE). En el mismo sentido deben tenerse en cuenta los artículos 12.1.b) y 3.b), 15.1 y 5 y 23 del Reglamento (CE), núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad parental, en vigor desde el 1 de marzo de 2005.

Así lo ha señalado nuestro Tribunal Constitucional, según el cual constituye «un estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional» (STC, Sala Segunda, 141/2000, de 29 de mayo de 2000) (12) y un «cri-

(11) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 10 de enero de 2012, recurso: 1784/2009. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS. Número de sentencia: 961/2011. Número de recurso: 1784/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 7717/2012.

(12) STC, Sala Segunda, sentencia 141/2000, de 29 de mayo de 2000, recurso: 4233/1996. Ponente: Tomás VIVES ANTÓN. Número de sentencia: 141/2000. Número de recurso: 4233/1996. LA LEY 8805/2000. Sentencia que analiza una vulneración de la libertad ideológica por restricción del régimen de visitas a los hijos en atención a las creencias del padre, y que afirma que: «frente a la libertad de creencias de sus progenitores y su derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos, se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de estos pudieran afectar negativamente a su desarrollo personal. Libertades y derechos de unos y otros que, de surgir el conflicto, deberán ser ponderados teniendo siempre presente el “interés superior” de los menores de edad» (arts. 15 y 16.1 CE en relación con el art. 39 CE).

Tratándose, como se trata en el caso de autos, de la supuesta afectación de dos menores de edad por las prácticas de su padre de conformidad con sus creencias, no deben dejar

terio básico y preferente» en los procedimientos en materia de familia (Tribunal Constitucional, Auto 127/1986, de 12 de febrero de 1986) (13), que «debe inspirar la actuación jurisdiccional» (STC, Sección 3.ª, 217/2009, de 14 de diciembre de 2009) (14) y que, en consecuencia, faculta al tribunal para resolver incluso *ex officio* sobre todo lo concerniente a los menores (STC, Sala Segunda, 4/2001, de 15 de enero de 2001) (15).

de ser tenidas en cuenta las normas internacionales de protección de la infancia, que son de aplicación en España».

(13) Tribunal Constitucional, Auto 127/1986, de 12 de febrero de 1986. Número de sentencia: 127/1986. LA LEY 556/1986. «En efecto, la sentencia en cuestión no formula declaración alguna en el sentido de establecer una imposición o prohibición de ningún tipo sobre la libertad de la recurrente para fijar su residencia o entrar y salir de España, derechos de los que goza esta en los términos que establece la ley, la cual, por cierto, admite la posibilidad de limitaciones, y principalmente, porque los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros, siendo derechos constitucionales y dotados por tanto, dentro de su específica regulación, de la protección constitucional, son todos ellos sin excepción, en cuanto a su contenido, derechos de configuración legal, conforme con lo que establece el artículo 13 de la CE. La carga o gravamen que se recoge en la sentencia impugnada, y que pudiera afectar a la libertad de establecimiento o residencia de la recurrente, se hace conforme y en atención a un interés protegido privilegiadamente por el ordenamiento, sin tener en cuenta el factor de la nacionalidad. En este sentido carecen de toda fuerza argumental las insinuadas afirmaciones de que el pronunciamiento ahora impugnado ha sido adoptado en razón a la protección a ultranza del español, en este caso el esposo de la recurrente. Lo único que se es transparente en la sentencia es, como hemos dicho, el interés de las hijas, que ha sido valorado de acuerdo con una interpretación de los hechos y del Derecho que corresponde en exclusiva, conforme dispone el artículo 117-3 de la CE a la función jurisdiccional ejercida por el órgano competente. Tal decisión, como ha declarado este TC en su Auto 116, de 22 de febrero de 1984, “ni sanciona, ni despoja, ni limita al actor en el derecho indicado (art. 19 de la CE)... sino que valora determinadas circunstancias... en virtud de los intereses de los hijos que estima superiores, y cuando dicha opción se efectúa con base en circunstancias que guardan relación con dichos intereses filiales, el hecho de tomarlos en estima por el Juez no supone siquiera un juicio positivo o negativo acerca de la conducta del cónyuge reclamante... haciendo en definitiva un adecuado juicio de la legalidad que no puede ser materia de recurso constitucional por no rozar el derecho concedido en el artículo 19.2 quedando extramuros del contenido peculiar del proceso de amparo”».

(14) STC, Sección 3.ª, 217/2009, de 14 de diciembre de 2009, recurso: 10656/2006. Ponente: Eugeni GAY MONTALVO. Número de sentencia: 217/2009. Número de recurso: 10656/2006. LA LEY 240117/2009. El Tribunal Constitucional estima, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a los recursos legalmente establecidos, la demanda de amparo planteada contra la providencia que inadmitió el recurso de reposición interpuesto contra la providencia del Juzgado de Primera Instancia que modificó el régimen de visitas de un menor con su padre, y al objeto de restablecer a la recurrente en su derecho, declara la nulidad de la resolución impugnada.

(15) STC, Sala Segunda, 4/2001, de 15 de enero de 2001, recurso: 3966/1997. Ponente: Tomás VIVES ANTÓN. Número de sentencia: 4/2001. Número de recurso: 3966/1997. LA LEY 2364/2001.

Mediante sentencia de fecha 14 de noviembre de 1995 se decretó la separación de los cónyuges, ratificando la medida provisional referida a la guarda y custodia del hijo menor de edad. La sentencia de separación fue apelada por el cónyuge de la demandante de amparo, que, según consta en la diligencia de vista, impugnó únicamente la cuantía de la pensión alimenticia y el contenido del régimen de visitas, cuya ampliación solicitó. La señora G. M. solicitó la confirmación de la sentencia de instancia, e igualmente lo hizo el Ministerio Fiscal. El 1 de septiembre de 1997 fue dictada la sentencia de apelación. En ella se estimó parcialmente el recurso de apelación y se decretó la guarda y custodia compartida por ambos progenitores, de

La regulación catalana también sigue este criterio, como se advierte en el artículo 82.2, en relación con el artículo 76, ambos del Codi de Família de Catalunya, aprobado por la Llei 9/1998, de 15 de julio, y del artículo 3 de la Llei 8/1995, de 27 de julio, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia, de manera congruente con lo dispuesto en el artículo 752.2 LEC sobre la facultad de los tribunales de decidir en este punto lo más adecuado para los menores al margen de las concretas pretensiones de las partes del procedimiento. Y siguiendo dicha regulación, el TSJ de Catalunya, que lo cataloga de «regla universal... que siempre ha de prevalecer» en materia de guarda y custodia de menores (STSJ de Catalunya, Sala de lo Civil y Penal, de 5 de septiembre de 2008) (16), conteniendo «elementos indiscutibles de *ius cogens* no dispositivos para ninguna de las partes» que justifican la actuación *ex officio* del tribunal (STSJ de Catalunya, Sala de lo Civil y Penal, de 31 de julio de 2008) (17).

El problema estriba en que se trata de un concepto indeterminado y de que la ley resulta incapaz para supervisar todas las relaciones interpersonales estableciendo pautas uniformes y generales al respecto. De manera que el interés superior del menor afectado por un proceso judicial habrá de ser precisado caso

forma que el menor «habitará con cada uno de sus progenitores en meses alternos, estando los meses pares con la madre y los impares con el padre, cambiando esta distribución cada año», fijando un régimen de visitas en favor del otro progenitor para los periodos durante los que no ostente la guarda y custodia, y un régimen especial para los periodos vacacionales. Formulado recurso de amparo, es desestimado.

«La Audiencia Provincial, en el Fundamento Jurídico segundo de su sentencia, tras señalar que en materia de guarda y custodia de los hijos menores el criterio decisivo de atribución es el interés del menor, ha valorado las circunstancias concretas del caso (la situación laboral de ambos progenitores y su disponibilidad) y ha justificado la guarda y custodia compartida en la necesidad de garantizar “su buen desarrollo personal y social” para “favorecer del modo más razonable la íntima y necesaria relación del menor con cada uno de sus progenitores”, de forma que el niño “sienta que tanto la casa de su padre como la de su madre son su propia casa, y que cada uno de sus progenitores interviene en todos y cada uno de los momentos de su vida”. Este razonamiento puede ser discutido, como lo hace la recurrente en su demanda, pero tal disensión no justifica la demanda de amparo que se analiza, ni puede llevar a este Tribunal a revisar la decisión adoptada en ejercicio de la potestad que el artículo 117.3 y 4 CE reconoce a Jueces y Tribunales, pues se trata de una decisión razonada, motivada y fundada en Derecho, que satisface, en el extremo analizado, el derecho a obtener la tutela judicial efectiva» [STC 24/1990, de 15 de febrero (LA LEY 609/1990), FJ 4].

«La naturaleza de las funciones de tutela atribuidas a la jurisdicción en este ámbito impide trasladar miméticamente las exigencias de congruencia consustanciales a la función jurisdiccional *stricto sensu* (aquella que se traduce en un pronunciamiento motivado sobre pretensiones contrapuestas), pues el principio dispositivo, propio de la jurisdicción civil, queda atenuado y, paralelamente, los poderes del Juez se amplían al servicio de los intereses que han de ser tutelados (AATC 328/1985, de 22 de mayo y 291/1994, de 31 de octubre). Como expusimos en la STC 77/1986, de 12 de junio (LA LEY 2886/1986), “la incongruencia no existe, o no puede reconocerse, cuando la sentencia del Tribunal versa sobre puntos o materias que, de acuerdo con la Ley, el Tribunal está facultado para introducir *ex officio*”».

(16) STSJ de Catalunya, Sala de lo Civil y Penal, de 5 de septiembre de 2008, recurso: 134/2007. Ponente: Enrique ANGLADA FORS. Número de sentencia: 31/2008. Número de recurso: 134/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 116202/2008.

(17) STSJ de Catalunya, Sala de lo Civil y Penal, de 31 de julio de 2008, recurso: 72/2007. Ponente: Carlos RAMOS RUBIO. Número de sentencia: 29/2008. Número de recurso: 72/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 116201/2008.

por caso por los tribunales sobre la base de la información recabada al respecto en el procedimiento. No existe en nuestra legislación —ni en la estatal ni en la autonómica— una lista de criterios de referencia para poder identificarlo con carácter general, a fin de comprobar en qué medida haya podido quedar satisfecho por la concreta decisión adoptada en relación con la guarda y custodia, a diferencia de lo que sucede en otras legislaciones extranjeras.

Además, por su carácter eminentemente casuístico, su revisión en casación ante el TS solo puede afrontarse en aquellos supuestos en que la concreta solución adoptada por el tribunal de instancia sobre la guarda y custodia debiera tenerse como «irracional, ilógica o arbitraria, o, en su caso, claramente atentatoria contra el interés de los menores» (18), o si «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» (19).

Últimamente ha sido la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 10 de enero de 2012 (20), la que siguiendo la doctrina contenida en la STS de 28 de septiembre de 2009 (21), recuerda que la custodia compartida «...permite al juez determinarla en dos supuestos: a) cuando sea pedida por ambos progenitores (párrafo 5), y b) cuando a pesar de no existir esta circunstancia, se acuerde para proteger el interés del menor de forma más eficaz (párrafo 8). En cualquier caso, se debe recabar informe del Ministerio Fiscal, que debe ser favorable en el supuesto previsto en el pr. 8, se debe oír a los menores cuando tengan suficiente juicio, así como tener en cuenta el informe de los equipos técnicos relativos a «la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia» (párrafo 9) (22).

Los Juzgados de Primera Instancia siguen, evidentemente, todas estas indicaciones marcadas por la jurisprudencia (23).

(18) Vid. STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 31 de julio de 2008, recurso: 72/2007. Ponente: Carlos RAMOS RUBIO. Número de sentencia: 29/2008. Número de recurso: 72/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 116201/2008.

(19) Vid. STS, Sala Primera, de lo Civil, de 28 de septiembre de 2009, recurso: 200/2006. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 614/2009. Número de recurso: 200/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 184085/2009.

(20) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 10 de enero de 2012, recurso: 1784/2009. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS. Número de sentencia: 961/2011. Número de recurso: 1784/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 7717/2012.

(21) Supresión por el tribunal de apelación de la medida relativa a 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. Interés del menor: La normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales. La discusión sobre si se ha aplicado o no la norma, fundando la decisión en el interés del menor, tiene aspectos casacionales, pero la delimitación de la realidad que determina en cada caso concreto cuál es el interés del menor no los tiene por lo que no cabe su impugnación casacional.

(22) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 28 de septiembre de 2009, recurso: 200/2006. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 614/2009. Número de recurso: 200/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 184085/2009.

(23) Juzgado de Primera Instancia, número 12 de Palma de Mallorca, sentencia de 10 de marzo de 2009, proc. 1113/2008. Ponente: Joaquín María ANDRÉS JOVEN. Número de sentencia: 125/2009. Número de recurso: 1113/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 91994/2009. «Igualmente debe recordarse en este punto, que en un procedimiento como el presente es

IV. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES PARA LA CONCESIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

Los criterios que se deben valorar en la atribución de la guarda y custodia compartida, también han sido analizados por la Jurisprudencia.

Así, en la sentencia de 8 de octubre de 2009, Encarna Roca (24) señaló que «el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar, en cada caso concreto, qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta».

Juan Antonio XiOL, en la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 10 de enero de 2012 (25), indica que del estudio del Derecho Comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como:

- la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor;
- sus aptitudes personales;
- los deseos manifestados por los menores competentes;
- el número de hijos;
- el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos;
- y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar;
- los acuerdos adoptados por los progenitores;
- la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros;
- el resultado de los informes exigidos legalmente (26),

preciso valorar las concretas circunstancias concurrentes en el supuesto que nos ocupa, teniendo *siempre en cuenta el mayor interés de los menores*, principio elemental, inspirador de cualquier medida atinente a los hijos, y que determina que su interés debe prevalecer por encima de cualquier otro, incluido el de sus progenitores; auténtica pauta de conducta inamovible contenida en la Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, en la Constitución Española (art. 39), en diversos preceptos del Código Civil (arts. 92, 93, 94, 103, 154, 158 y 170) y en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que tanto en su rótulo como en su articulado antepone expresamente el interés superior del menor a todo otro interés legítimo concurrente».

(24) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 8 de octubre de 2009, recurso: 1471/2006. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 623/2009. Número de recurso: 1471/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 192180/2009.

(25) La STS, Sala Primera, de lo Civil, de 10 de enero de 2012, recurso: 1784/2009. Ponente: Juan Antonio XiOL Ríos. Número de sentencia: 961/2011. Número de recurso: 1784/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 7717/2012.

(26) El informe del Ministerio Fiscal, en caso de que el régimen de guarda y custodia compartida no se solicite por ambos progenitores, puede ser preceptivo, pero en ningún caso debe exigirse el informe favorable y establecerse como requisito, sea cual sea su contenido, para que el juez dicte su resolución en el sentido expuesto en dicho informe, debiendo valorarse junto a los demás medios de prueba que se han practicado (vid. HERNANDO RAMOS, Susana, «El informe del Ministerio Fiscal en la guarda y custodia compartida», en *Diario La Ley*, núm. 7206, año XXX, de 29 de junio de 2009, Ref. D-232, Editorial LA LEY. Abogados de Familia, núm. 56, segundo trimestre de 2010, Editorial LA LEY).

- y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.

El Tribunal Supremo estima en la sentencia de 1 de octubre de 2010, los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación presentados por el demandante, casa y anula la sentencia recurrida y, en su lugar, repone la sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia. Todo porque entiende que se ha producido la falta de *valoración por el Tribunal de un informe de los servicios psico-sociales* que aconsejaba seguir manteniendo la guarda y custodia compartida acordada en primera instancia (27).

V. BREVE VISTAZO AL DERECHO COMPARADO

Al no existir un modelo general que obligue a repartir la convivencia en periodos iguales con cada uno de los progenitores, los sistemas de guarda compartida vigentes en Derecho Comparado adoptan métodos diferentes para interpretar si concurre o no interés del menor en cada caso (28).

Precisamente es la línea marcada por el TSJ de Cataluña. En sentencia de 3 de marzo de 2010, se consideró que procedía denegar este sistema por ausencia de informe favorable del Ministerio Fiscal ante la falta de acuerdo de los progenitores para su establecimiento.

SAP de Barcelona, Sección 18.ª, de 2 de noviembre de 2010, recurso: 274/2009. Ponente: María Dolores VÍÑAS MAESTRE. Número de sentencia: 608/2010. Número de recurso: 274/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 281732/2010, indica que la ausencia de informe del Ministerio Fiscal, favorable o no a este sistema de custodia, no constituye óbice a su concesión, al primar el interés superior de los menores y haber quedado subsanada esta omisión mediante el escrito de oposición formulado en la alzada.

No obstante la ponente considera que es improcedente el sistema de custodia compartida acordado inicialmente por los progenitores, por ser perjudicial para el menor, atendiendo a su edad y a los continuos cambios de domicilio. Mantiene un régimen de custodia compartida con reparto semanal alterno, por ser lo más favorable para el interés del menor una presencia equitativa de ambas figuras parentales, si bien mitigándolo, a fin de evitar los riesgos o indicadores desfavorables, imponiendo la condición de seguimiento de la situación del menor y las aptitudes de los progenitores y fijando una visita o estancia semanal con el progenitor con el que no convive cada semana, pero sin pernoctar pues ello evita una separación o ausencia de contacto del menor con el progenitor con el que no convive, durante toda la semana, resultando más favorable y satisfactorio para el niño una relación más frecuente y no tan espaciada en el tiempo con ambos progenitores.

La SAP de Girona, Sección 2.ª, de 13 de octubre de 2009, recurso: 413/2009. Ponente: José Isidro REY HUIDOBRO. Número de sentencia: 352/2009. Número de recurso: 413/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 271716/2009, fijó un régimen de custodia compartida por semanas sin necesidad de atenerse a los requisitos establecidos en el Código Civil, entre ellos el informe favorable del Ministerio Fiscal.

(27) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 1 de octubre de 2010, recurso: 681/2007. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de recurso: 681/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 165754/2010.

(28) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 8 de octubre de 2009, recurso: 1471/2006. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 623/2009. Número de recurso: 1471/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 192180/2009.

Algunos sistemas jurídicos reservan la guarda y custodia compartida únicamente en los casos en que exista *acuerdo entre los cónyuges* [Alemania (29), Holanda, Noruega].

En otros sistemas es *el juez* quien otorga dicha guarda en los casos de falta de acuerdo, siempre que se cumpla la regla del interés del menor [Bélgica (30), Francia (31), Inglaterra (32), Gales y Escocia, y el Códici de Familia de Catalunya (33)].

(29) Alemania: El artículo 1671 del BGB alemán establece la custodia compartida de los padres en los siguientes términos: 1.º Los progenitores pueden solicitar la custodia compartida temporalmente al tribunal de familia. La solicitud deberá ser acogida:

Primero: si el otro progenitor está de acuerdo, salvo que el niño sea mayor de catorce años y se oponga.

Segundo: se tendrá en cuenta siempre el interés del menor.

(30) En Bélgica, la Ley de 18 de julio de 2006 habla de alojamiento de los niños prioritariamente igualitario.

(31) La Ley número 2002-305, de 4 de marzo de 2002, relativa a la patria potestad, introduce un párrafo 3 al artículo 373 del Code Civil. Comienza el artículo 373-2-6 indicando que «*el juez del tribunal de primera instancia que entienda en los asuntos de familia velará por la protección de los intereses de los hijos menores*». Por ello «*podrá adoptar medidas que permitan garantizar la continuidad y la efectividad del mantenimiento de los vínculos del niño con cada uno de sus padres*».

El artículo 373-2-7 indica que los progenitores podrán recurrir al juez de familia para que ratifique el convenio en el que organizan las modalidades del ejercicio de la patria potestad y se fija la contribución al mantenimiento y a la educación del niño. El juez ratificará el convenio, salvo si constatase que no preserva suficientemente el interés del niño o que el consentimiento de los progenitores no se ha dado libremente.

Artículo 373-2-9. *La residencia del niño podrá fijarse en el domicilio de cada uno de los progenitores, con carácter alternativo, o en el domicilio de uno de ellos. Si uno de los progenitores lo solicita, o en caso de desacuerdo entre ambos respecto del modo de residencia del niño, el juez podrá ordenar con carácter provisional una residencia alterna durante un plazo determinado. Al término de este plazo, el juez emitirá un fallo definitivo sobre la residencia alterna del niño en el domicilio de cada uno de los padres o la residencia en el domicilio de uno de ellos.*

Artículo 373-2-10. *En caso de desacuerdo, el juez tratará de conciliar a las partes. Al efecto de facilitar la búsqueda por los padres de un ejercicio consensuado de la patria potestad, el juez podrá proponerles una solución de mediación y, tras haber obtenido su conformidad, designar un mediador familiar al efecto. Asimismo, podrá ordenarles que se dirijan a un mediador familiar para que les informe sobre el objeto y el desarrollo de esta medida.*

El artículo 373-2-11. Concreta determinados criterios del siguiente modo: «*Cuando se pronuncie sobre las modalidades del ejercicio de la patria potestad, el juez tendrá necesariamente en cuenta: 1.º La práctica seguida anteriormente por los padres o los acuerdos que hubiesen firmado con anterioridad. 2.º Los sentimientos expresados por el niño en las condiciones previstas en el artículo 388-1. 3.º La aptitud de cada uno de los padres para asumir sus deberes y respetar los derechos del otro. 4.º El resultado de las exploraciones periciales que hayan podido efectuarse. 5.º Los datos de los informes y contrainformes sociales que hayan podido llevarse a cabo*».

(32) Children Act 1989 (Ley del menor).

(33) Artículo 139. *Vida separada del padre y de la madre. 1. Si el padre y la madre viven separados, de común acuerdo formalizado en escritura pública, pueden delegar, también de común acuerdo, solemnizado de la misma forma, el ejercicio de la potestad en aquel que conviva con los hijos o acordar que este ejercicio corresponda a ambos conjuntamente o la distribución de funciones entre ellos. En cualquier momento, el padre o la madre, separadamente, pueden dejar sin efecto, mediante notificación notarial, tanto aquella delegación como esta distribución.*

En Suecia (34) en 1983, se introdujo en su legislación la custodia compartida *vardnaden gemensam*, que es la responsabilidad compartida de los padres en el cuidado de los hijos, independientemente de si este es ejercido cotidianamente de manera individual o alternada. Ambos padres deben atender las necesidades y derechos del menor y ambos deben adoptar en común las decisiones que le afecten. Esto significa que en caso de separación o divorcio han de decidir conjuntamente con quién debe vivir el hijo y de qué forma ha de compartir su tiempo con el padre o madre con el que no convive. El Código de los Niños y de los Padres, modificado en 1998, establece el interés del menor como criterio rector en las decisiones sobre custodia, considerando los deseos del niño en atención a su edad y madurez, no admitiéndose la custodia compartida si ambos progenitores están en contra de ella. La convivencia del menor, cuya custodia se ejerce de forma compartida, puede organizarse a través de la designación de una residencia principal, o bien de forma alternativa con ambos padres.

En Holanda, la custodia compartida no está regulada, pues los menores de dieciocho años están sujetos a la responsabilidad parental o patria potestad. En cuanto al cuidado de los hijos después del divorcio, los padres tienen la custodia compartida, como custodia natural después de la ruptura, la excepción es la custodia unilateral, que debe ser solicitada ante el Tribunal de Distrito por ambos o uno de los progenitores y adoptada en cuanto al interés superior del niño.

En Italia, el proceso relativo a las crisis familiares contemplaba hasta el año 2006 la guarda y custodia unilateral, siendo la doctrina la que había sido partidaria de la custodia conjunta y alternativa, haciendo una interpretación amplia de los preceptos reguladores de la materia y aplicando analógicamente el artículo 6 de la Ley del divorcio de 1987, que atribuía al tribunal la facultad de establecer un cuidado conjunto, alternativo o unilateral, según lo considerara conveniente para los intereses del menor. Actualmente la Ley de 8 de febrero de 2006 (35) establece como principio rector el derecho a que el hijo menor mantenga una relación equilibrada y continuada con cada progenitor, por eso el juez será quien atienda al interés material y moral de la prole y valorará prioritariamente la posibilidad de una guarda y custodia conjunta. De manera que para establecer una guarda y custodia exclusiva, el juez debe justificar las razones por las que la guarda compartida no procede y es contraria a los intereses del menor.

En Australia (36) actualmente la regulación se encuentra contenida en la *Australian Family Law Act* de 1975, que en su Sección 61D establece el principio de corresponsabilidad y mantenimiento de los mismos poderes, responsabilidades y autoridad después de la ruptura, a menos que una resolución judicial ordene lo contrario. En el año 2006 se reformó el Derecho de Familia de este país, esta-

(34) Folleto divulgativo del Consejo Nacional de Salud y Bienestar de Suecia. Puede consultarse en:

<http://www.sos.se/FULLTEXT/0000-008/0000-008>, se encuentra traducido en el Informe de Reencuentro de la página web www.padresdivorciados.es

<http://www.padresdivorciados.es/wp-content/uploads/custodia-compartida-en-eeuu-y-francia-ysuecia.pdf>

El «Informe Reencuentro» documento consultado el 10 de noviembre de 2009.

(35) Ley de 8 de febrero de 2006 (*Gazzetta Ufficiale*, núm. 50, del 1 de marzo de 2006) dice que el juez debe valorar prioritariamente la posibilidad de que los hijos menores sean confiados a los dos padres.

(36) 17 Folleto divulgativo del Gobierno de Australia, puede ser consultado en la página http://www.padresdivorciados.es/?page_id=757.

bleciendo, respecto de la custodia compartida, una presunción legal a favor de la coparentalidad, regulando el tiempo que el hijo pasa con cada uno de sus padres.

En los Estados Unidos (37) la custodia compartida (*shared custody*) o custodia conjunta (*joint custody*) se configura como la presunción general aplicable en casi todas las legislaciones sobre divorcio de los distintos estados. De hecho se distingue entre dos formas de custodia compartida o conjunta: la custodia legal conjunta, en virtud de la cual los padres comparten el derecho de decisión, la responsabilidad y la autoridad respecto a todas las cuestiones de importancia que afecten al niño con un régimen amplio de convivencia que varía según los distintos estados, y la custodia física conjunta en la que los padres comparten el tiempo de residencia con el niño, sin exigir que dichos periodos sean matemáticamente iguales. La ley Uniforme sobre Jurisdicción y Aplicación de la Custodia de Niños de 1997 (*Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act*) adoptada por unos veinte estados, establece el contacto asiduo y significativo del niño con ambos padres después de la crisis matrimonial (38).

Otros sistemas, como los *American Law Institute Principles of the Law of Family Dissolution* se han fundado en la dedicación de cada uno de los progenitores a la atención y cuidado del menor antes de la ruptura, teniendo en cuenta el ligamen emocional entre cada uno de los progenitores y el menor o las aptitudes de cada uno de ellos en relación con dicho cuidado (39).

Del estudio del Derecho Comparado se llega a la conclusión de que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.

VI. CUSTODIA COMPARTIDA. REGULACIÓN CATALANA. REGULACIÓN ARAGONESA. REGULACIÓN VALENCIANA

El Código español (40) *no contiene una lista de criterios* que permitan al Juez determinar, en cada caso concreto, qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta.

(37) <http://www.padresdivorciados.es/wp-content/uploads/joint-custody-in-the-usa-en-espanol.pdf>. En este enlace puede ser consultada en español la legislación correspondiente a diversos estados.

(38) <http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/fnact99/1990s/uccjea97.htm>

(39) USA: Estados que están a favor de la custodia conjunta (*Joint custody*) son Louisiana, Idaho, Vermont, Washington, Missouri, Nevada, Alabama, Connecticut, Minnesota, Mississippi, Alaska, California, etc...

(40) En España, la Ley 15/2005, de 8 de julio, establece la custodia compartida en su artículo 92 del Código Civil.

Pero la cuestión objeto de análisis ha sido modificada en el Derecho Foral en los dos últimos años. Vamos a ver brevemente tres supuestos: la regulación catalana, la aragonesa y la valenciana.

En el territorio del Derecho Civil catalán no es aplicable el artículo 92 del Código Civil, ya que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 111-5 del Código Civil catalán, rige en esta materia lo dispuesto en el artículo 82.2 CF en relación con el artículo 76.1.a) CF, conforme a los cuales ha sido posible y sigue siéndolo disponer la guarda y custodia compartida por los progenitores de sus hijos menores de edad, aun sin acuerdo ponderando en su aplicación las circunstancias de cada caso atinentes a la cuestión. Y así lo concreta el TSJ de Cataluña en su sentencia de 3 de marzo de 2010 (41).

Sentencia que además recoge la doctrina consolidada del TSJC y que afirma que: «la custodia compartida está llamada a satisfacer una demanda residual, puesto que el número de solicitudes constituyen una excepción en la dinámica de los procesos matrimoniales, incluso en los de mutuo acuerdo. Por otra parte, su conveniencia es muy discutible cuando se trata de niños de corta edad (al respecto, la Declaración de los Derechos del Niño aprobada en la 14.ª Sesión Plenaria de la ONU, de 20 de noviembre de 1959, recuerda que, “salvo circunstancias excepcionales, no debe apartarse al niño de corta edad de la madre”). Tampoco es adecuada en supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores, especialmente siempre que existan malos tratos, a causa de la continua exposición del niño al enfrentamiento, en cuyo caso la ponderación de los intereses en juego, en especial los del niño, debe ser extremadamente cuidadosa y subordinada a la protección jurídica de la persona y de los derechos de personalidad de los menores afectados (ATC 336/2007, de 18 de julio); sin que ello signifique, sin embargo, que deba desecharse frente a cualquier grado de conflictividad y que no deba procurarse su implantación cuando resulta beneficiosa para los menores, aunque sea imponiendo en determinados casos la mediación familiar o terapias educativas (art. 79.2 CF)».

Insiste el TSJ de Cataluña que para la concesión de la custodia compartida «habrán de ser ponderadas las circunstancias de cada caso, tales como la edad de los hijos, el horario laboral o profesional de los progenitores, la proximidad del domicilio de estos para que no afecte a las relaciones escolares, de amistad o de actividades extraescolares del menor, la disponibilidad de los padres de una residencia adecuada para tener consigo a los hijos, el tiempo libre o de vacaciones, la opinión de los menores al respecto, si tienen suficiente madurez, u otras similares. Pero es más, al plantearse un posible régimen de guarda y custodia compartida, resulta conveniente tener en cuenta en primer término, la propia capacidad o aptitud de cada uno de los progenitores para asumir las obligaciones derivadas del régimen de guarda y custodia compartida, lo que implica la superación de desavenencias personales, tensiones y hostilidad entre los otrora cónyuges, así como para sostener una adecuada comunicación para adoptar las decisiones que redunden en beneficio y mejor interés de los menores».

En este estado de cosas debemos echar un vistazo a la situación existente en Aragón. El 26 de mayo de 2010, las Cortes de Aragón promulgan la Ley de

(41) STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 3 de marzo de 2010, recurso: 152/2008. Ponente: Carlos RAMOS RUBIO. Número de sentencia: 9/2010. Número de recurso: 152/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2102/2010.

de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, conocida vulgarmente como ley de custodia compartida. Ley que supone un avance en la consideración de la institución, pero que ha sido derogada por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.

Deteniéndonos en aquella ley, para entender la evolución que se ha producido, debemos indicar que dicha ley de custodia compartida de Aragón (42), tenía como objeto promover el ejercicio de dicha institución por ambos padres en caso de ruptura de la convivencia de estos en desarrollo de los principios de protección de la familia y la infancia, y de igualdad entre el hombre y la mujer (43). La Ley consideraba la custodia compartida como el régimen de guarda más beneficioso para los hijos porque favorece el mejor interés de estos y promueve la igualdad entre los progenitores, conjugando dos derechos básicos: «de una parte, el derecho de los hijos a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos padres, y, por otra, el derecho-deber de los padres de crianza y educación de los hijos en ejercicio de la autoridad familiar» (Preámbulo, III).

En consonancia con esa filosofía, la Ley consideraba la custodia compartida como el régimen de custodia que el Juez debe adoptar de forma preferente en interés de los hijos menores a falta de pacto, salvo en los supuestos en que la custodia individual fuera lo más conveniente (Preámbulo, VII).

La verdadera finalidad de la Ley, aunque no esté explicitada en su articulado, era la de promover la implantación de regímenes de custodia compartida en los casos de ruptura de convivencia de los padres. Los derechos y principios que la inspiraban, según el artículo 2 de la misma, no son sino *la plasmación de criterios o directrices decisorios encaminados a favorecer el establecimiento de sistemas de custodia compartida frente al tradicional régimen de custodia individual*.

La custodia compartida pasa a ser la regla general frente a la custodia individual, que será la excepción. Esto supone un importante cambio del posicionamiento mental del Juez ante la controversia de los progenitores sobre el régimen de custodia. Puesto que la Ley presume, *iuris tantum*, no solo la bondad del sistema de custodia compartida, sino que, en abstracto, este sistema es preferente y debe prevalecer sobre el de custodia individual o exclusiva; el Juez no deberá razonar que la custodia compartida es el régimen de guarda más beneficioso para el menor (porque lo dice la Ley) solo deberá razonar por qué en el caso concreto resulta más conveniente para el interés del menor siempre que alguna de las partes o el Ministerio Fiscal, hubiere solicitado dicha modalidad de custodia.

(42) Ley 2/2010, de 26 de mayo, de Cortes de Aragón (BOA 111, de 8 de junio), de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, derogada por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.

(43) GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, «Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar, ante la falta de acuerdo de los progenitores, en la llamada Ley Custodia Compartida de Aragón», en *Diario La Ley*, núm. 7537, año XXXI, de 29 de diciembre de 2010, Ref. D-408, Editorial LA LEY.

Hoy el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón» (44), regula la institución en su artículo 80 (45).

(44) El preámbulo del Código señala: Efectos de la ruptura de convivencia de los padres con hijos a cargo.

La preocupación por la protección del menor y de la familia ha sido una constante en las democracias más desarrolladas. Este principio se reconoce en el artículo 39 de la Constitución Española y en el Estatuto de Autonomía de Aragón, cuyo artículo 24 impone a los poderes públicos aragoneses adoptar políticas que garanticen la protección de las relaciones familiares y la igualdad entre el hombre y la mujer. Igualmente, la Convención sobre los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, obliga a los Estados a respetar el derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo que fuera contrario al interés superior del niño.

La Sección III (arts. 75 a 84), que incorpora los preceptos de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, recoge y refuerza el principio del interés superior de los menores en relación con las consecuencias de la ruptura de convivencia de sus progenitores. La mejor realización de su beneficio e interés exige que ambos progenitores perciban que su responsabilidad continúa, a pesar de la separación o el divorcio, y que la nueva situación les exige, incluso, un mayor grado de diligencia en el ejercicio de sus deberes con los hijos.

La presente regulación, respondiendo a una importante demanda social, supone un cambio del esquema tradicional, al configurar la custodia compartida frente a la individual como norma preferente en los supuestos de ruptura de la convivencia entre los padres y en ausencia de pacto de relaciones familiares. Con este cambio se pretende favorecer el mejor interés de los hijos y promover la igualdad entre los progenitores.

La Sección se compone de un total de diez artículos distribuidos en cinco subsecciones. La subsección I, denominada Disposiciones generales, delimita el objeto y finalidad de la Sección, así como los derechos y principios que han de observarse ante la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo. El derecho de los hijos a un contacto directo y continuado con sus padres y el derecho de los padres a la igualdad en sus relaciones con los hijos son los dos derechos esenciales sobre los que se fundamenta toda la sección.

(45) Artículo 80. *Guarda y custodia de los hijos.*

1. Cada uno de los progenitores por separado, o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida por ambos o por uno solo de ellos.

En los casos de custodia compartida, se fijará un régimen de convivencia de cada uno de los padres con los hijos adaptado a las circunstancias de la situación familiar, que garantice a ambos progenitores el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de igualdad.

En los casos de custodia individual, se fijará un régimen de comunicación, estancias o visitas con el otro progenitor que le garantice el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar.

2. El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores:

- a) La edad de los hijos.
- b) El arraigo social y familiar de los hijos.
- c) La opinión de los hijos, siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años.
- d) La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos.
- e) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres.
- f) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.

Tras la publicación del Código Foral de Aragón, se ha publicado, en relación con la custodia compartida, entre otras, la STSJ de Aragón, de 15 de diciembre de 2011 (46). El ponente Ignacio MARTÍNEZ LASIERRA revoca la atribución de la custodia a la madre decidida en la instancia y confirmada en apelación precisamente por la operatividad del criterio preferente de la custodia compartida, establecido en la Ley, que debe aplicarse siempre que ambos progenitores estén capacitados y no concurren otros elementos que hagan más conveniente la custodia individual para el menor. En el caso estudiado no se acredita una falta de aptitud en el padre y no concurren datos relevantes que puedan orientar la atribución de un régimen de custodia u otro, sin que el hecho de que durante la convivencia uno de los progenitores se hubiera dedicado más al hijo determine que sea el único en condiciones de hacerse cargo de la custodia. En virtud de todo ello el TSJ de Aragón fija, a salvo de acuerdo entre los padres, un sistema de custodia compartida por mitad de cursos escolares.

También en 2011 debemos poner nuestra mirada en la regulación valenciana. El Tribunal Constitucional acuerda (47), conforme a la solicitud del Gobierno y las Cortes Valencianas, levantar la suspensión de la Ley de la Comunidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (48), contra la que el presidente del Gobierno de la nación había promovido recurso de inconstitucionalidad. En

3. Antes de adoptar su decisión, el Juez podrá, de oficio o a instancia de parte, recabar informes médicos, sociales o psicológicos de especialistas debidamente cualificados e independientes, relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la autoridad familiar y del régimen de custodia de las personas menores.

4. Salvo circunstancias que lo justifiquen específicamente, no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos.

5. La objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores que trate de obtener la custodia individual, no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el mejor interés del menor.

6. No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.

(46) STSJ de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, de 15 de diciembre de 2011, recurso: 17/2011. Ponente: Ignacio MARTÍNEZ LASIERRA. Número de sentencia: 13/2011. Número de recurso: 17/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 258491/2011.

(47) STC, Pleno, Auto 161/2011, de 22 de noviembre de 2011, recurso: 3859/2011. Número de Auto: 161/2011. Número de recurso: 3859/2011. LA LEY 250207/2011.

(48) En su preámbulo se expone que: La presente Ley asume plenamente los presupuestos antes mencionados y, para garantizarlos adecuadamente, considera necesario hacer conscientes a los progenitores sobre la necesidad e importancia de pactar, en caso de ruptura o de no convivencia, un régimen equitativo de relaciones con sus hijos e hijas menores, en lo que se ha denominado el pacto de convivencia familiar y, cuando no sea posible alcanzar ese pacto, establecer la convivencia con los hijos e hijas menores, compartida por ambos progenitores, como criterio prevalente en caso de que sea la autoridad judicial la que deba fijar las condiciones de dicho régimen.

En cuanto al concepto de custodia, es claro que este término se queda corto y obsoleto para las pretensiones de una ley que se propone subrayar la relevancia del contacto cotidiano y del roce frecuente entre los progenitores y sus hijos e hijas menores, como único cauce

este Auto el TC rechazó la existencia de los perjuicios generales que, según el abogado del Estado, ocasiona la vigencia y aplicación de la Ley (bloqueo de la competencia estatal en materia de Derecho Civil y quiebra de la seguridad jurídica) y descarta especialmente los perjuicios deducidos de los artículos 3.b) (49), 5 (afectación de la estabilidad de los menores por la aplicación de la custodia compartida en caso de conflicto entre los progenitores) (50), al

que posibilita el crecimiento del vínculo afectivo familiar y sienta las bases de un adecuado desarrollo psíquico y emocional de cada menor.

Con esta actuación legislativa se pretenden conjugar los dos principios fundamentales que concurren en los supuestos de no convivencia o ruptura de una pareja cuando existen hijos e hijas menores: por un lado, el derecho de los hijos y de las hijas a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos progenitores y, por otro, el derecho-deber de estos de proveer a la crianza y educación de los hijos e hijas menores en el ejercicio de la responsabilidad familiar, cuyo ejercicio en la nueva situación exige de ellos un mayor grado de diligencia, de compromiso y de cooperación.

El régimen de convivencia compartida por ambos progenitores con los hijos e hijas menores pretende facilitar un mejor encaje de la nueva situación familiar por parte de cada menor y el mantenimiento de los lazos de afectividad con ambos progenitores. Asimismo, pretende disminuir el nivel de litigiosidad entre estos, derivada del frecuente otorgamiento de la convivencia a uno solo de ellos y favorecer la corresponsabilidad y la distribución igualitaria de roles sociales entre hombres y mujeres en las relaciones familiares.

(49) El artículo 3.a) de la Ley 5/2011 como «el sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos e hijas menores, y caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores, acordado voluntariamente entre aquellos, o en su defecto por decisión judicial».

(50) Artículo 3. *Definiciones.*

Por régimen de convivencia compartida debe entenderse el sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos e hijas menores, y caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores, acordado voluntariamente entre aquellos, o en su defecto por decisión judicial.

Por régimen de convivencia individual debe entenderse una modalidad excepcional de régimen de convivencia, consistente en la atribución de la cohabitación con los hijos e hijas menores a uno solo de los progenitores de manera individual, sin perjuicio del derecho del otro progenitor a disfrutar de un régimen de relaciones con sus hijos o hijas menores adaptado a las circunstancias del caso.

Artículo 4. *Pacto de convivencia familiar.*

1. Cuando los progenitores no convivan o cuando su convivencia haya cesado, podrán otorgar un pacto de convivencia familiar, en el que acordarán los términos de su relación con sus hijos e hijas.

2. El pacto de convivencia familiar deberá establecer, al menos, los siguientes extremos:

El régimen de convivencia y/o de relaciones con los hijos e hijas menores para garantizar su contacto con ambos progenitores.

3. El pacto de convivencia familiar podrá modificarse o extinguirse:

Por las causas especificadas en el propio pacto.

Por mutuo acuerdo.

A petición de uno de los progenitores, cuando hubieran sobrevenido circunstancias relevantes.

Por iniciativa del Ministerio Fiscal en su función de protección de los menores e incapacitados.

Por privación, suspensión o extinción de la patria potestad a uno de los progenitores, sobrevenida al pacto.

Por incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones establecidas en el pacto.

no estar debidamente concretados y mucho menos acreditada su gravedad e irreversibilidad (51).

El pacto de convivencia familiar, sus modificaciones y extinción, producirán efectos una vez aprobados por la autoridad judicial, oído el Ministerio Fiscal.

Artículo 5. *Medidas judiciales.*

1. A falta de pacto entre los progenitores, será la autoridad judicial, previa audiencia del Ministerio Fiscal, la que fijará los extremos enumerados en el apartado 2 del artículo 4 de esta Ley.

2. Como regla general, atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos.

3. Antes de fijar el régimen de convivencia de cada progenitor con los hijos e hijas menores, y a la vista de la propuesta de pacto de convivencia familiar que cada uno de ellos deberá presentar, la autoridad judicial tendrá en cuenta los siguientes factores:

- La edad de los hijos e hijas. En los casos de menores lactantes, se podrá establecer un régimen de convivencia provisional, de menor extensión, acorde con las necesidades del niño o de la niña, que deberá ser progresivamente ampliado a instancia de cualquiera de los progenitores.
- La opinión de los hijos e hijas menores, cuando tuvieran la madurez suficiente y, en todo caso, cuando hayan cumplido doce años.
- La dedicación pasada a la familia, el tiempo dedicado a la crianza y educación de los hijos e hijas menores y la capacidad de cada progenitor.
- Los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan.
- Los supuestos de especial arraigo social, escolar o familiar de los hijos e hijas menores.
- Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores.
- La disponibilidad de cada uno de ellos para mantener un trato directo con cada hijo o hija menor de edad.
- Cualquier otra circunstancia relevante a estos efectos.

4. La autoridad judicial podrá otorgar a uno solo de los progenitores el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores cuando lo considere necesario para garantizar su interés superior, y a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan. En ese supuesto, deberá establecer un régimen de relaciones familiares adaptado a las circunstancias propias del caso, que garantice el contacto de los hijos e hijas menores con ambos progenitores.

5. La autoridad judicial, atendidas las circunstancias particulares del caso, podrá establecer un control periódico de la situación familiar y, a la vista de los informes aludidos en el apartado anterior, podrá determinar un nuevo régimen de convivencia.

6. Excepcionalmente tampoco procederá la atribución de un régimen de convivencia a uno de los progenitores cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos o hijas, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad, siempre y cuando, a tenor de dichos indicios, la aplicación del régimen de convivencia pudiera suponer riesgo objetivo para los hijos e hijas o para el otro progenitor. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, como consecuencia de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.

Cuando se dicte resolución judicial que ponga fin al procedimiento, con efectos absolutorios, en cualquiera de los procedimientos reseñados en el párrafo anterior, se podrá revisar, de oficio o a instancia de parte, la ordenación de las relaciones familiares.

(51) El Abogado del Estado, contraponiendo su regulación con el artículo 92 del Código Civil, estima que la opción del legislador valenciano por dar prioridad al régimen de la denominada custodia compartida, aún en los casos en los que no exista acuerdo entre los progenitores, supone colocar en primer término el interés de estos en detrimento del superior de los menores afectados. Estima que la opción de la Ley 5/2011, por la aplicación

En resumen, al igual que ha ocurrido en Derecho Comparado, se ha producido en los últimos años un cambio de visión: insistiendo en la primacía de la custodia compartida, incluso otorgando al juez como criterio prevalente dicha custodia en el caso de que deba fijar las condiciones de dicho régimen.

VII. SUPUESTOS REALES DE EXISTENCIA DE OTORGAMIENTO

A) El TSJ de Cataluña concede la custodia compartida pese a la inexistencia de informe favorable del Ministerio Fiscal. Carlos RAMOS RUBIO, en 2010, entendió que no cabe su denegación por ausencia de dicho informe favorable ante la falta de acuerdo de los progenitores para su establecimiento.

Aunque para el ejercicio compartido de la custodia es necesario cierto grado de entendimiento, considera que no cabe la denegación de la custodia compartida por la mera existencia de conflictividad entre los padres.

Afirmó que esta exigencia no puede extremarse hasta el punto de hacer depender el otorgamiento de la custodia compartida de una armonía casi imposible de obtener tras una crisis matrimonial (52).

B) El TS, en 2010, acuerda la concesión de la custodia compartida del menor, a la vista del informe favorable del Ministerio Fiscal y teniendo en cuenta los informes de los servicios psicosociales, que se mostraban favorables a dicho régimen. Encarnación ROCA TRÍAS entiende que lo contrario sería otorgar virtua-

del régimen de custodia compartida, aun en situaciones de conflicto entre los progenitores, somete a los menores a «una grave inestabilidad y a una fuerte tensión emocional y psicológica, con perjuicios para su salud afectiva, difícilmente evaluables *a priori*, pero ciertamente irreparables».

El TC entiende que los perjuicios alegados por el Abogado del Estado no pueden compartirse, ya que es de apreciar que la aducida afectación a la estabilidad de los menores en los casos de falta de acuerdo de los padres respecto a la aplicación del régimen de custodia compartida se presenta carente de soporte o justificación documental alguno. No se han aportado datos que permitan inferir que la aplicación de los preceptos impugnados —que suponen el establecimiento por decisión judicial de la custodia compartida en defecto de acuerdo de los progenitores al respecto, previa ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso— vaya a producir, desde el punto de vista cautelar que ahora hemos de adoptar y huyendo de toda consideración sobre el fondo del asunto, los invocados perjuicios sobre los menores de manera que hubieran de prevalecer sobre la presunción de constitucionalidad de la que gozan las normas discutidas y el interés general que se vincula a su aplicación efectiva.

En todo caso, la norma atribuye al Juez la ponderación necesaria para establecer el régimen de convivencia que estime más idóneo para la garantía del interés superior de los hijos atendiendo para ello, además de al criterio del Ministerio Fiscal, a una serie de factores que enumera el artículo 5.3. Por otra parte, de la norma autonómica no resulta la aplicación automática de la denominada custodia compartida siendo posible, conforme al artículo 5.4, que la autoridad judicial pueda «otorgar a uno solo de los progenitores el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores cuando lo considere necesario para garantizar su interés superior, y a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan», régimen de convivencia susceptible, en los términos del artículo 5.5, tanto de ser sometido a controles periódicos por la autoridad judicial como de ser modificado por la misma atendiendo a los aludidos informes y a las circunstancias de cada caso concreto.

(52) STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 3 de marzo de 2010, recurso: 152/2008. Ponente: Carlos RAMOS RUBIO. Número de sentencia: 9/2010. Número de recurso: 152/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2102/2010.

lidad a la vulneración del principio de proscripción de la arbitrariedad del que es reflejo la sentencia objeto de recurso (53).

Previamente en 2009, el TS, y su ponente Encarnación ROCA TRÍAS, teniendo en cuenta la normativa relativa al interés del menor y sus características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales (54), adopta el contenido del informe emitido por el equipo psicosocial del juzgado y suprime la medida relativa a 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 dicho informe psicológico.

C.) Revocación de la custodia de la madre en favor de la custodia compartida, pues el TSJ de Aragón, concretamente el ponente de la sentencia, Ignacio MARTÍNEZ LASIERRA, entiende que debe aplicarse siempre que ambos progenitores estén capacitados y no concurren otros elementos que hagan más conveniente la custodia individual para el menor.

MARTÍNEZ LASIERRA entendió que al no acreditarse una falta de aptitud en el padre y no concurrir datos relevantes que orienten la atribución de un régimen de custodia u otro, no cabe otorgar la custodia a favor de uno de los progenitores por el hecho de que durante la convivencia uno de los progenitores se hubiera dedicado más al hijo (55).

D) Carles TORTRAS BOSCH, magistrado ponente del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, número 1 de Barcelona, en 2007 adoptó una medida que, a primera vista, podría considerarse dudosa, pues tras tener en cuenta que el padre fue denunciado por la madre por delitos de malos tratos y amenazas, y resultar absuelto en vía penal, otorga la custodia compartida del hijo común por semanas con el fin de reforzar los aspectos evolutivos y madurativos del menor en relación con su padre (56).

En el mismo sentido, Erika ÁVILA MARTÍN, en 2009 otorga la custodia compartida, pese a la mala relación existente entre los cónyuges, pues su implantación resulta más beneficiosa para los menores, máxime teniendo en cuenta que ante todo debe primar el interés superior de los hijos, y en ningún momento se ha

(53) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 1 de octubre de 2010, recurso: 681/2007. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de recurso: 681/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 165754/2010.

(54) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 28 de septiembre de 2009, recurso: 200/2006. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 614/2009. Número de recurso: 200/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 184085/2009. El TS insiste en que *la sentencia recurrida no ha establecido una guarda y custodia compartida, lo que se deduce de la no utilización del procedimiento establecido en el artículo 92, vigente en el momento de dictarse la sentencia de apelación al que podría haberse acogido, dado el principio que funciona en los procesos relativos al interés del menor, de modo que aunque no se haya pedido la medida, el tribunal hubiera podido acordarla si ello hubiera beneficiado dicho interés. Por tanto, al no haber sido utilizada por el tribunal la figura de la guarda y custodia compartida, ya que lo único que realiza la sentencia recurrida es la determinación del régimen de visitas del padre, teniendo en cuenta este interés, no procede que esta Sala se pronuncie en este caso sobre la interpretación del artículo 92 del Código Civil después de la reforma de 2005.*

(55) STSJ de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, de 15 de diciembre de 2011, recurso: 17/2011. Ponente: Ignacio MARTÍNEZ LASIERRA. Número de sentencia: 13/2011. Número de recurso: 17/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 258491/2011.

(56) Juzgado de Violencia sobre la Mujer, número 1 de Barcelona, sentencia de 31 de octubre de 2007, proc. 1/2007. Ponente: Carles TORTRAS BOSCH. Número de recurso: 1/2007. Jurisdicción: PENAL. LA LEY 329927/2007.

puesto de manifiesto, ni mucho menos probado, que el sistema de custodia compartida pueda llegar a afectar la estabilidad de ambos menores, ni su desarrollo físico y psíquico.

Y lo hizo basándose en estos tres criterios:

- El padre dispone de más tiempo libre ahora para estar con los hijos.
- La proximidad del lugar de residencia de ambos progenitores y del domicilio del padre con el colegio de ambos menores.
- La expresa voluntad de los dos menores de permanecer el mismo tiempo con ambos progenitores.
- La continuidad en el entorno de los menores, en relación tanto con el colegio, como actividades extra-escolares, amistades y relaciones familiares.
- La presencia de ambos progenitores evita situaciones de manipulación por parte de los padres frente a sus hijos.

Por otro lado, la sentencia refleja un hecho importante: los menores (adolescentes) son plenamente conscientes de la situación de conflicto existente entre sus progenitores, que no ha repercutido en su estado emocional, no constatándose ningún síntoma de ansiedad o nerviosismo al respecto, apreciándose que se trata de dos menores alegres, con un adecuado grado de madurez en atención a su edad y con un buen rendimiento escolar; no constatándose tampoco un conflicto de lealtades en favor de uno u otro progenitor; a pesar de conocer la relación existente entre sus progenitores (57).

VIII. SUPUESTOS REALES DE INEXISTENCIA DE OTORGAMIENTO

A) En sentencia del TS de enero de 2012, Juan Antonio XIOL RÍOS, Presidente de la Sala 1.ª del TS, denegó la custodia compartida basándose en la afirmación de que para establecer dicho régimen es necesario demostrar que de ese modo se protege más eficazmente el interés del menor, lo que en el caso de autos no ha ocurrido, limitándose el padre a exponer sus propios argumentos sobre la primacía y la conveniencia general de la guarda y custodia compartida, pero sin referencia concreta al interés de la menor (58).

En 2011, el TS, siendo ponente Encarnación ROCA TRÍAS, consideró conveniente denegar la custodia compartida por no convenir al interés primordial de los menores.

El TS interpreta el artículo 92.8 del Código Civil (59), en el sentido de que se trata de una excepción la adopción del otorgamiento por el juez de la custodia

(57) Juzgado de Primera Instancia, número 3 de Granollers, sentencia de 8 de octubre de 2009, proc. 258/2009. Ponente: Erika ÁVILA MARTÍN. Número de recurso: 258/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 278419/2009.

(58) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 10 de enero de 2012, recurso: 1784/2009. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS. Número de sentencia: 961/2011. Número de recurso: 1784/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 7717/2012.

(59) Artículo 92. 5. *Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.*

compartida a falta de acuerdo entre los cónyuges, *no a que existan circunstancias específicas para acordarla.*

De hecho, las relaciones entre los cónyuges, por sí solas, no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor (60).

B) En 2011, Encarnación ROCA TRÍAS (61) denegó la concesión de la guarda y custodia compartida en base a que el marido fue condenado por amenazas al cónyuge. Reconoce el TS que se trata de un delito que no está incluido entre los que, conforme al artículo 92.7 del Código Civil (62), excluyen la guarda compartida, pero el mismo sí puede constituir un indicio de violencia o de situación conflictiva entre los cónyuges, en cuyo caso, el citado artículo declara que no procede la guarda conjunta (63).

Teniendo siempre en cuenta el interés del menor, los informes psicológicos, aunque no son vinculantes, sí constituyen una ayuda en el momento de valoración por el Juez, a fin de que pueda formarse su opinión sobre la conveniencia o no de que adopte esta medida (64).

C) El TS, en 2009, y siendo ponente Encarnación ROCA TRÍAS, revocó la sentencia de la AP recurrida en base a la necesidad de argumentar a favor del

8. *Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.*

(60) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 22 de julio de 2011, recurso: 813/2009. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 579/2011. Número de recurso: 813/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 119736/2011.

(61) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 7 de abril de 2011, recurso: 1580/2008. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 252/2011. Número de recurso: 1580/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 14425/2011.

(62) El artículo 92.7 del Código Civil establece que *no procederá esta guarda cuando uno de los cónyuges esté incurso en un procedimiento penal del tipo de los previstos en la primera parte de este párrafo, pero a continuación añade que tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.* Es verdad que el delito por el que fue condenado el ahora recurrente no está incluido en la lista contenida en la primera parte del párrafo séptimo del artículo 92 del Código Civil, pero sí puede constituir un indicio de violencia o de situación conflictiva entre los cónyuges, en cuyo caso, la ley declara que no procede la guarda conjunta.

(63) Vid., el trabajo de 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.

(64) En la apreciación de los elementos que van a permitir al juez adoptar la medida de la guarda y custodia compartida, cuando no exista acuerdo de los progenitores, tienen una importancia decisiva los informes técnicos que el Juez puede pedir de acuerdo con lo que dispone el artículo 92.9 del Código Civil. En el caso de que figuren estos informes, el juez debe valorarlos para formarse su opinión sobre la conveniencia o no de que se adopte esta medida, o bien cualquier otra siempre en beneficio del menor.

La reforma de 2005 acordó que con la finalidad de formar la opinión del juez, debían figurar en el procedimiento estos informes, que no son, en modo alguno, vinculantes y que el Juez debe valorar a los efectos de tomar la decisión más adecuada para proteger el interés del menor. Pero a partir de aquí, la decisión del juez está sometida al criterio de escrutinio general, es decir, que solo podrá ser revisada por esta sala cuando sea arbitraria o bien llegue a conclusiones erróneas. El juez debe apreciar y expresar las razones de su decisión, porque las sentencias deben ser siempre motivadas para evitar la arbitrariedad.

interés primordial del menor. Pues la sentencia de la AP, para negar la guarda y custodia compartida, se basó en los siguientes criterios:

- a) que las circunstancias existentes al inicio del pleito para acordarla habían desaparecido, sin especificar más;
- b) que aun cuando los miembros de la pareja se habían trasladado a Bruselas por razones laborales, su domicilio resulta desconocido;
- c) se desconoce, asimismo, la proximidad de los domicilios, y
- d) finalmente, que todo ello «hace sumamente dificultoso el tener un desarrollo armónico de aquel sistema, y en el que las funciones de custodia sobre los hijos menores, y por las edades con que cuentan, no iban a serlo con la permanencia de estos en un domicilio estable, sino alternando su estancia en el domicilio del padre o de la madre por periodos semanales».

El TS entendió que toda esa «argumentación no es suficiente para justificar la negativa a la revocación de la guarda y custodia compartida acordada en la sentencia de primera instancia, y ello por las siguientes razones:

- a) porque el cambio de las circunstancias no resulta justificado, no se dice cuáles son ni en qué pueden afectar al interés de los menores;
- b) porque el domicilio de los progenitores no es desconocido, y
- c) finalmente, pero no de menor importancia, porque la guarda y custodia compartida se funda básicamente en la no estabilidad del domicilio de los hijos, como se va a argumentar a continuación, por lo que no es razón fundamental ni decisiva para negar que concurra el interés del menor su no permanencia en un domicilio estable» (65).

D) En 2010, la AP de Barcelona, siendo ponente Juan Miguel JIMÉNEZ DE PARGA GASTÓN, deniega la concesión de custodia compartida ante la ausencia de acuerdo de los progenitores, la reticencia del menor, de dieciséis años, a relacionarse con su padre, y la existencia de una resolución judicial por la que se acordó como medida cautelar la suspensión del régimen de visitas paterno-filial, en aras de evitar situaciones de riesgo, y por consecuencia de determinadas lesiones producidas por su padre.

(65) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 8 de octubre de 2009, recurso: 1471/2006. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 623/2009. Número de recurso: 1471/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 192180/2009. Falta de motivación de la sentencia de apelación que denegó la custodia compartida únicamente en base a la falta de conocimiento del domicilio de los padres, lo que no es cierto, y en la no permanencia de los menores en un domicilio estable, cuando es consustancial a la guarda y custodia compartida que los hijos vivan con sus padres en domicilios cambiantes. Reposición de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictarse sentencia de apelación, para que vuelva a dictarse sentencia que argumente sobre el interés de los menores en relación a la guarda y custodia compartida pedida.

El Juzgado de Primera Instancia acordó la guarda y custodia compartida de los hijos menores de los litigantes. La AP de Alicante revocó la sentencia anterior y acordó que los hijos menores quedaran bajo la guarda y custodia de la madre. El Tribunal Supremo estima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por el demandado, anula la sentencia de apelación y repone las actuaciones de segunda instancia al momento inmediatamente anterior a dictar sentencia, para que vuelva a dictarse sentencia que argumente sobre el interés de los menores en relación a la guarda y custodia compartida pedida.

Igualmente se consideró la inadecuación de otorgar la custodia compartida respecto de la hija más pequeña del matrimonio, que se encuentra bajo la guarda y custodia de su madre, que desarrolla sus funciones de forma satisfactoria y adecuada a los intereses prioritarios de la menor (66).

La misma Sección 12.^a de la AP de Barcelona, en 2010, pero siendo, en este caso ponente Pascual MARTÍN VILLA, denegó también la custodia compartida cuando previamente se había acordado la convivencia del hijo menor únicamente con la madre, con fijación de un régimen de visitas amplio a favor del progenitor no custodio.

La Audiencia consideró que al haberse pactado previamente de mutuo acuerdo la custodia a favor de la madre, y no existir alteraciones sustanciales que justifiquen el cambio a una custodia compartida y la falta de cordialidad en sus relaciones (hay rivalidad parental que perturban la dinámica familiar y nula comunicación) no era conveniente en interés del menor dicha concesión (67).

E) El Juzgado de Primera Instancia, número 5 de Gavá, en 2006, también denegó la concesión de la custodia compartida, tomando como criterio básico que la relación entre los progenitores no es lo suficientemente fluida como para poder desarrollar dicho régimen adecuadamente (68).

(66) SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 24 de noviembre de 2010, recurso: 1041/2009. Ponente: Juan Miguel JIMÉNEZ DE PARGA GASTÓN. Número de sentencia: 585/2010. Número de recurso: 1041/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 274530/2010.

(67) SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 30 de marzo de 2010, recurso: 884/2009. Ponente: Pascual MARTÍN VILLA. Número de sentencia: 177/2010. Número de recurso: 884/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 43055/2010.

Principiando por la solicitud del esposo de que en esta sede se declare la procedencia de la guarda y custodia compartida respecto del hijo menor común, tal y como había sido solicitado por él en su escrito de demanda en la que se interesó que dicha guarda compartida lo fuese por períodos semanales enteros —estando la primera semana del mes con la madre y la otra con el padre, cambiando esa distribución cada año—, se ha de recordar que en el convenio regulador —aprobado judicialmente— se pactó por los otrora consortes que el hijo menor común quedará bajo la guarda y custodia de la madre, siendo la patria potestad compartida.

No existe en lo actuado indicio alguno, sin embargo, como ha puesto de relieve la digna representante del Ministerio Fiscal en su escrito de oposición al recurso, que justifique una variación como la pretendida por el progenitor paterno, y así fue entendido por el señor Juez del primer grado en su sentencia, quien, no obstante, analizó todos y cada uno de los requisitos necesarios para el establecimiento de una medida de esta naturaleza.

(68) Juzgado de Primera Instancia, número 5 de Gavá, sentencia de 24 de julio de 2006, proc. 172/2006. Número de sentencia: 113/2006. Número de recurso: 172/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 293983/2006. La decisión que inicialmente adoptaron de llevar a cabo una custodia compartida obedeció a una situación coyuntural por no ser capaces de vivir en el mismo domicilio y en ningún caso tuvo vocación de permanencia tras el divorcio. También se consideró la edad de la niña —dos años— y la minusvalía del padre, que aunque solo le supone un problema de movilidad y no le afecta para trabajar, incide en la tarea de cuidar a dos niños de corta edad.

IX. ARTICULACIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA. FORMAS

A) POR SEMANAS ALTERNAS Y VACACIONES DE VERANO POR QUINCENAS ALTERNAS

Dicha custodia compartida se llevará a cabo estando los menores con cada progenitor durante una semana alternativamente, llevándose a cabo a la entrega y recogida de los menores a las 19 horas y 30 minutos de cada domingo y debiendo el progenitor que haya de tenerlos consigo durante la semana siguiente irlos a buscar al domicilio de aquel con quien hayan estado la semana vencida... Por lo que respecta a los periodos vacacionales, cada uno de los progenitores tendrá consigo a los hijos, la mitad de los periodos de Navidad y Semana Santa, eligiendo el disfrute de los precitados periodos en el supuesto de discrepancia, el padre los años impares y la madre los años pares. En lo que hace referencia al periodo vacacional de verano, el mismo será asimismo disfrutado por mitad entre ambos progenitores, por quincenas alternas los meses de julio y agosto, continuándose el régimen de custodia establecido previamente durante los días festivos de los meses de junio y septiembre (69).

B) POR SEMANAS ALTERNAS Y VACACIONES CADA MES CON UN PROGENITOR

Por semanas alternas desde el viernes a la salida del colegio hasta el viernes siguiente a la entrada del centro escolar, y en caso de no ser lectivo, hasta las 10 horas, en el domicilio de cada uno de los progenitores, no obstante, y con referencia al periodo vacacional de verano, se dividirán en dos periodos, consistentes en los meses de julio y agosto, de tal forma que los menores permanecerán un mes con cada uno de los progenitores (70).

Cuando los menores son muy pequeños se suele acordar, teniendo en cuenta que no es conveniente que las relaciones con los padres se distancien demasiado en el tiempo, que la alternancia sea semanal y, sabiendo que los niños pequeños se adaptan bien si se produce un contacto diario desde el principio con ambos progenitores, procede acordar que el progenitor en cuya compañía no se encuentre esa semana, podrá visitar a los menores durante una hora, excepto los sábados y domingos, en que no se realizarán dichas visitas para que el progenitor al que le corresponda la semana pueda disfrutar de un periodo de ocio con los menores.

En cuanto a los periodos vacacionales, se constituyen los mismos en periodos más amplios en que los menores y progenitores pueden disfrutar de actividades distintas a las rutinarias y por ello, a partir de que el menor, cumpla un año, se distribuirán por mitad entre ambos progenitores (71).

(69) Juzgado de Primera Instancia, número 12 de Palma de Mallorca, sentencia de 10 de marzo de 2009, proc. 1113/2008. Ponente: Joaquín María ANDRÉS JOVEN. Número de sentencia: 125/2009. Número de recurso: 1113/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 91994/2009.

(70) Juzgado de Primera Instancia, número 3 de Granollers, sentencia de 8 de octubre de 2009, proc. 258/2009. Ponente: Erika ÁVILA MARTÍN. Número de recurso: 258/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 278419/2009.

(71) Juzgado de Primera Instancia, número 10 de Alicante, sentencia de 15 de noviembre de 2005, proc. 432/2005. Ponente: Susana Pilar MARTÍNEZ GONZÁLEZ. Número de sentencia: 696/2005. Número de recurso: 432/2005. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 315516/2005.

C) POR PERIODOS ALTERNOS DE SEIS DÍAS CON CADA PROGENITOR

En este caso los hijos estarán con el padre, los periodos de seis días que descansa (72), y los periodos vacacionales serán por mitades (73).

D) POR TRIMESTRES COINCIDENTES CON CADA EVALUACIÓN DEL CURSO ESCOLAR

También puede estimarse más adecuado un régimen trimestral coincidente con cada evaluación escolar de los niños. El progenitor que en cada periodo no asuma esa responsabilidad, tendrá el derecho y la obligación de relacionarse, comunicar y permanecer con sus hijos, en la forma que convengan, procurando salvaguardar que se mantenga una flexible y constante vinculación paterno y materno-filial (74).

En cuanto a los periodos de vacaciones, los pasarán por mitades en consideración a los respectivos calendarios escolares. En el caso de discrepancia en los años pares, el primer periodo le corresponderá a la madre y el segundo periodo en los años impares y a la inversa en lo que respecta al padre.

(72) Teniendo presente: *a)* que ambos progenitores, en el acto de la vista, ha manifestado que el otro es un buen progenitor, que tiene buena relación con sus hijos, y que hasta la fecha el cuidado y atención de José María y María Cristina, lo hacían entre ambos, casi por un igual; *b)* la disponibilidad horaria de ambos cónyuges, Hortensia tiene libres las tardes, y Doroteo de cada doce días descansa seis; es decir, trabaja seis días y descansa otros seis, y los días de trabajo los hace por turnos de seis días de mañana, seis días de tardes y seis días de noche; *c)* ambos tienen la ayuda de sus familias, *d)* Doroteo se mostró conforme con la guarda y custodia compartida, al igual que el Ministerio Fiscal; mientras que Hortensia se opuso a ella, sin dar causas justificadas para esa postura, salvo el llamado síndrome del niño maleta, que se puede evitar, bien: 1. Teniendo cada progenitor en su casa la ropa y enseres precisos para los hijos, o 2. Quedando los hijos en la casa y siendo los progenitores lo que entran y salen del mismo; *e)* el derecho de los hijos a estar el máximo tiempo posible, en caso de que sus progenitores dejen de vivir juntos, con el padre y con la madre, y *f)* la edad de los hijos, que ya están escolarizados hasta las 17,15 horas. Procede acordar un régimen de guarda y custodia compartida, por periodos alternos de seis días con cada progenitor. De tal forma que los hijos estarán con el padre los periodos de seis días que descansa.

(73) Juzgado de Primera Instancia, número 8 de Gijón, Auto de 22 de junio de 2010, recurso: 512/2010. Ponente: Ángel Luis CAMPO IZQUIERDO. Número de recurso: 512/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 109976/2010.

Los periodos vacacionales, según el calendario oficial del Principado de Asturias, se distribuirán al 50 por 100 entre ambos progenitores. Eligiendo el padre los años pares y la madre los impares; elección que deberá ser comunicada al otro con al menos tres semanas de antelación.

(74) Juzgado de Primera Instancia, número 7 de Sevilla, sentencia de 8 de abril de 2011, proc. 389/2010. Ponente: Francisco de Asís SERRANO CASTRO. Número de sentencia: 223/2011. Número de recurso: 389/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 14602/2011.

Subsidiariamente, con carácter mínimo, los dos hijos menores permanecerán con ese progenitor, temporalmente no custodio, en fines de semanas alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta la entrada el lunes en sus respectivos centros escolares. También permanecerán en su compañía las tardes de los miércoles desde la salida del colegio hasta la mañana del jueves en que los reintegrará a la entrada de clase.

E) POR CUATRIMESTRES

O por cuatrimestres, de modo que abril, mayo, junio y julio, la custodia sea para la madre; agosto, septiembre, octubre y noviembre sea para el padre; y posteriormente, diciembre, enero, febrero y marzo sea para la madre. Y así sucesivamente de tal manera que, cada año, tanto los padres como los hijos, no repitan periodos vacacionales o días festivos, por lo que es más equitativo para todos (75).

F) POR MITAD DE CURSOS ESCOLARES

Ignacio MARTÍNEZ LASIERRA, ponente en la sentencia del TSJ de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, de 15 de diciembre de 2011, consideró conveniente la concesión de la custodia compartida por mitades escolares (76).

G) MODELO INTERMEDIO ENTRE LA CUSTODIA EXCLUSIVA Y LA COMPARTIDA: COMPAÑÍA HABITUAL DE LA MADRE Y LOS FINES DE SEMANA ALTERNOS CON EL PADRE, MÁS LAS TARDES DE LOS MARTES Y JUEVES (77)

Ambos menores convivirán y quedarán en compañía habitual de su madre. El padre se relacionará, comunicará y permanecerá con sus hijos conforme a un régimen de *convivencia flexible que habrán de convenir ambos progenitores*, en el objetivo común de preservar y garantizar la felicidad, estabilidad, bienestar e interés de los menores. En todo caso, a fin de asegurar el derecho irrenunciable de los niños a ese contacto fluido con su padre, con carácter mínimo y subsidiario se acuerda que permanezcan en compañía de su padre los fines de semana alternos, recogiendoles el padre el viernes a la salida del colegio en el centro escolar donde cursan estudios y reintegrandoles el lunes en dicho centro a la hora de

(75) Juzgado de Primera Instancia, número 2 de San Javier, sentencia de 22 de junio de 2007, proc. 424/2006. Ponente: Lourdes PLATERO PARADA. Número de recurso: 424/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 304676/2007.

(76) TSJ de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, de 15 de diciembre de 2011, recurso: 17/2011. Ponente: Ignacio MARTÍNEZ LASIERRA. Número de sentencia: 13/2011. Número de recurso: 17/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 258491/2011.

(77) Juzgado de Familia, número 7 de Sevilla, sentencia de 3 de diciembre de 2007, proc. 421/2006. Ponente: Francisco de Asís SERRANO CASTRO. Número de recurso: 421/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 329928/2007.

Dado la polémica y actitud beligerante de ambos progenitores, se ha entendido conveniente desligar esa conflictividad de cuestiones meramente terminológicas, procurando compatibilizar el legítimo interés de ambos progenitores con el del mantenimiento de una real y efectiva situación de corresponsabilidad parental, lo que hace innecesario tener que escoger ante un modelo de custodia exclusiva y otro de custodia compartida.

La anterior decisión, especialmente se adopta en beneficio de ambos hijos menores, entrañando una solución ecléctica, pues implica una distribución de funciones parentales que aún sin alcanzar ni reunir las características de un modelo de custodia compartida, se aproxima a los aspectos positivos que reporta para los hijos, superando los estrictos límites y fronteras de un modelo de custodia exclusiva, pues a la postre, no existen comportamientos estancos que separen uno de otro. Más aún si cabe cuando los domicilios de la madre y del padre se encuentran a escasos metros de distancia.

entrada en clase. Asimismo el padre permanecerá en compañía de sus hijos todos los martes de 17 a 20,30 horas y los jueves recogidos a la salida del colegio y reintegrándoles el viernes a la hora de entrada en clase. Los menores permanecerán en compañía de su padre durante la mitad íntegra de las vacaciones de Navidad, Semana Santa, feria y verano. En caso de discrepancia, en los primeros periodos le corresponderá la estancia con sus hijos, en los años pares a la madre y en los impares, los segundos periodos; y a la inversa en lo que respecta al padre.

X. BIBLIOGRAFÍA

- CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: «La determinación en la guarda y custodia de los menores en los supuestos de crisis matrimonial o convivencial de sus progenitores. Especial consideración de la guarda y custodia compartida tras la Ley 15/2005, de 8 de julio», en *Actualidad Civil*, núm. 15, quincena del 1 al 15 de septiembre de 2007, pág. 1738, tomo 2, Editorial LA LEY.
- GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo: «Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar, ante la falta de acuerdo de los progenitores, en la llamada Ley Custodia Compartida de Aragón», en *Diario La Ley*, núm. 7537, año XXXI, de 29 de diciembre de 2010, Ref. D-408, Editorial LA LEY.
- HERNANDO RAMOS, Susana: «El informe del Ministerio Fiscal en la guarda y custodia compartida», en *Diario La Ley*, núm. 7206, año XXX, de 29 de junio de 2009, Ref. D-232, Editorial LA LEY. Abogados de Familia, núm. 56, segundo trimestre de 2010, Editorial LA LEY.
- HERRERA DE LAS HERAS, Ramón: «Sobre la necesidad de una nueva regulación de la guarda y custodia compartida», en *Actualidad Civil*, núm. 10, quincena del 16 al 31 de mayo de 2011, pág. 1131, tomo 1, Editorial LA LEY.
- 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.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa: «Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida en el proceso contencioso», en *Abogados de Familia*, núm. 50, cuarto trimestre de 2008, Editorial LA LEY, *Diario La Ley*, núm. 7105, año XXX, de 2 de febrero de 2009, Ref. D-29, Editorial LA LEY.

XI. ÍNDICE DE SENTENCIAS ANALIZADAS DEL TC, TS, DE LOS TSJ, DE LAS AP, Y DE LOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA (POR ORDEN CRONOLÓGICO)

- STC, Sala Segunda, 4/2001 de 15 de enero de 2001, recurso: 3966/1997. Ponente: Tomás VIVES ANTÓN. Número de sentencia: 4/2001. Número de recurso: 3966/1997. LA LEY 2364/2001.
- STC, Sala Segunda, sentencia 141/2000, de 29 de mayo de 2000, recurso: 4233/1996. Ponente: Tomás VIVES ANTÓN. Número de sentencia: 141/2000. Número de recurso: 4233/1996. LA LEY 8805/2000.
- STC, Sección 3.ª, 217/2009, de 14 de diciembre de 2009, recurso: 10656/2006. Ponente: Eugeni GAY MONTALVO. Número de sentencia: 217/2009. Número de recurso: 10656/2006. LA LEY 240117/2009.

- Tribunal Constitucional, Auto 127/1986, de 12 de febrero de 1986. Número de sentencia: 127/1986. LA LEY 556/1986.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 10 de enero de 2012, recurso: 1784/2009. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS. Número de sentencia: 961/2011. Número de recurso: 1784/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 7717/2012.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 22 de julio de 2011, recurso: 813/2009. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 579/2011. Número de recurso: 813/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 119736/2011.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 7 de abril de 2011, recurso: 1580/2008. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 252/2011. Número de recurso: 1580/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 14425/2011.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 1 de octubre de 2010, recurso: 681/2007. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de recurso: 681/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 165754/2010.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 8 de octubre de 2009, recurso: 1471/2006. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 623/2009. Número de recurso: 1471/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 192180/2009.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 28 de septiembre de 2009, recurso: 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 9 de julio de 2003, recurso: 884/1999. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de sentencia: 719/2003. Número de recurso: 884/1999. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2569/2003.
- STSJ de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, de 15 de diciembre de 2011, recurso: 17/2011. Ponente: Ignacio MARTÍNEZ LASIERRA. Número de sentencia: 13/2011. Número de recurso: 17/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 258491/2011.
- STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 3 de marzo de 2010, recurso: 152/2008. Ponente: Carlos RAMOS RUBIO. Número de sentencia: 9/2010. Número de recurso: 152/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2102/2010.
- STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 31 de julio de 2008, recurso: 72/2007. Ponente: Carlos RAMOS RUBIO. Número de sentencia: 29/2008. Número de recurso: 72/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 116201/2008.
- STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 5 de septiembre de 2008, recurso: 134/2007. Ponente: Enrique ANGLADA FORS. Número de sentencia: 31/2008. Número de recurso: 134/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 116202/2008.
- SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 24 de noviembre de 2010, recurso: 1041/2009. Ponente: Juan Miguel JIMÉNEZ DE PARGA GASTÓN. Número de sentencia: 585/2010. Número de recurso: 1041/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 274530/2010.
- SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 2 de noviembre de 2010, recurso: 274/2009. Ponente: María Dolores VIÑAS MAESTRE. Número de sentencia: 608/2010. Número de recurso: 274/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 281732/2010.
- SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 30 de marzo de 2010, recurso: 884/2009. Ponente: Pascual MARTÍN VILLA. Número de sentencia: 177/2010. Número de recurso: 884/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 43055/2010.
- SAP de Girona, Sección 2.^a, de 13 de octubre de 2009, recurso: 413/2009. Ponente: José Isidro REY HUIDOBRO. Número de sentencia: 352/2009. Número de recurso: 413/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 271716/2009.

- SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 21 de febrero de 2007, recurso: 820/2006. Ponente: María José PÉREZ TORMO. Número de sentencia: 127/2007. Número de recurso: 820/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 53774/2007.
- Juzgado de Primera Instancia, número 7 de Sevilla, sentencia de 8 de abril de 2011, proc. 389/2010. Ponente: Francisco de Asís SERRANO CASTRO. Número de sentencia: 223/2011. Número de recurso: 389/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 14602/2011.
- Juzgado de Primera Instancia, número 8 de Gijón, Auto de 22 de junio de 2010, recurso: 512/2010. Ponente: Ángel Luis CAMPO IZQUIERDO. Número de recurso: 512/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 109976/2010.
- Juzgado de Primera Instancia, número 3 de Granollers, sentencia de 8 de octubre de 2009, proc. 258/2009. Ponente: Erika ÁVILA MARTÍN. Número de recurso: 258/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 278419/2009.
- Juzgado de Primera Instancia, número 12 de Palma de Mallorca, sentencia de 10 de marzo de 2009, proc. 1113/2008. Ponente: Joaquín María ANDRÉS JOVEN. Número de sentencia: 125/2009. Número de recurso: 1113/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 91994/2009.
- Juzgado de Violencia sobre la Mujer, número 1 de Barcelona, sentencia de 31 de octubre de 2007, proc. 1/2007. Ponente: Carles TORTRAS BOSCH. Número de recurso: 1/2007. Jurisdicción: PENAL. LA LEY 329927/2007.
- Juzgado de Familia, número 7 de Sevilla, sentencia de 3 de diciembre de 2007, proc. 421/2006. Ponente: Francisco de Asís SERRANO CASTRO. Número de recurso: 421/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 329928/2007.
- Juzgado de Primera Instancia, número 2 de San Javier, sentencia de 22 de junio de 2007, proc. 424/2006. Ponente: Lourdes PLATERO PARADA. Número de recurso: 424/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 304676/2007.
- Juzgado de Primera Instancia, número 5 de Gavá, sentencia de 24 de julio de 2006, proc. 172/2006. Número de sentencia: 113/2006. Número de recurso: 172/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 293983/2006.
- Juzgado de Primera Instancia, número 10 de Alicante, sentencia de 15 de noviembre de 2005, proc. 432/2005. Ponente: Susana Pilar MARTÍNEZ GONZÁLEZ. Número de sentencia: 696/2005. Número de recurso: 432/2005. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 315516/2005.

XII. LEGISLACIÓN CITADA

- Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN), aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 44/25, de 20 noviembre de 1989.
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000.
- Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (DOCE, núm. C. 241, de 21 de septiembre de 1992).
- CE (art. 39.4 CE).
- Reglamento (CE) número 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad parental, en vigor desde el 1 de marzo de 2005 [arts. 12.1.b) y 3.b), 15.1 y 5 y 23].
- Código Civil (arts. 92, 93, 94, 103, 154, 158 y 170).
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.
- Codi de Família de Cataluña aprobado por la Llei 9/1998, de 15 de julio.

- Llei 8/1995, de 27 de julio, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia.
- Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas [y que deroga la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de Cortes de Aragón (BOA 111, de 8 de junio), de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres].

RESUMEN

*CUSTODIA COMPARTIDA
PROCEDENCIA E IMPROCEDENCIA*

La concesión de la custodia compartida de los hijos se realiza siguiendo el principio del favor filii, ya que los menores no pueden ser utilizados como objeto o como instrumento del conflicto matrimonial. El Código Civil no establece una lista de criterios, como ocurre en el resto de ordenamientos jurídicos, por ello la jurisprudencia insiste en la necesidad de concretar en la motivación las razones esenciales de la conclusión adoptada, a fin de comprobar la existencia del interés superior del menor.

ABSTRACT

*SHARED CUSTODY
ADMISSIBILITY AND
INADMISSIBILITY*

Shared custody of children is granted according to the principle of favor filii, since children may not be used as the object of or an instrument for matrimonial conflict. The Civil Code fails to establish a list of criteria, as does the rest of legislation. Therefore case law insists on the need for the stated grounds for any such conclusion to name the essential reasons why such a conclusion was reached, so as to show that shared custody is indeed in the child's best interest.

1.3. Derechos reales

EL DEVENIR DE LA HIPOTECA FLOTANTE

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Antonio de Nebrija*

SUMARIO: I. GÉNESIS DE LA HIPOTECA FLOTANTE.—II. LA LEY 41/2007, DE 7 DE DICIEMBRE, DE MODERNIZACIÓN DEL MERCADO HIPOTECARIO: 1. JUSTIFICACIÓN Y DENOMINACIÓN. 2. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA.—III. EXAMEN DE LOS REQUISITOS LEGALES: 1. SUJETOS. 2. OBJETO. 3. LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA. 4. PLAZO. 5. OTROS REQUISITOS DE INSCRIPCIÓN.—IV. JUSTIFICACIÓN ACTUAL Y CONCLUSIONES.—V. RELACIÓN DE RESOLUCIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. GÉNESIS DE LA HIPOTECA FLOTANTE

La hipoteca flotante es aquella hipoteca que garantiza una pluralidad de obligaciones diversas, presentes y futuras, sin conexión causal entre ellas, y sin que se produzca novación de las mismas en una única y resultante obligación final.

Se trata de una hipoteca de máximo que garantiza cualquier obligación de las inicialmente descritas que pueda tener el acreedor con su deudor hipotecario.

Como veremos, su admisión en el nuevo artículo 153.bis LH, a partir de la Ley 41/2007, de modernización del mercado hipotecario, ya no puede discutirse.

Sin embargo, estas hipotecas flotantes tienen su base en las hipotecas en garantía de cuenta corriente de crédito del artículo 153 LH, y surgieron a instancia de la presión y demanda de las entidades financieras y de crédito que necesitaban un instrumento que les permitiera garantizar una pluralidad de operaciones distintas con la misma e inicial hipoteca, asegurando, de este modo, el rango de aquella, con las ventajas que esto supone para el acreedor hipotecario.

Surgen en un contexto de bonanza económica, la crisis actual todavía no se vislumbraba, el nivel de créditos garantizados con hipoteca era elevadísimo, los bienes inmuebles eran considerados como valores seguros y de gran valor y, en definitiva, las entidades financieras y de crédito buscaban nuevos modelos de garantía que les permitieran asegurar sus rangos y por tanto, la prioridad en el cobro, a la vez que aumentar la seguridad de cobro de las muchas y distintas operaciones de crédito territorial que se estaban realizando. A pesar de que su admisión generó una gran discusión doctrinal, al final consiguieron imponer sus tesis y se aceptaron con rango legal.

Con anterioridad a su admisión legal, encontramos en la jurisprudencia los antecedentes que justifican o preparan a su admisión definitiva. Veamos muy brevemente cómo se gestó y evolucionó el parecer de la DGRN con respecto a ellas.

En una primera etapa, la DGRN, para favorecer el tráfico mercantil y los negocios, aceptó sin problemas coberturas globales o hipotecas globales que garantizaban obligaciones distintas. En este sentido, encontramos la RDGRN de 5 de marzo de 1929, la primera resolución favorable a su admisión, admitiendo la hipoteca que garantizaba los créditos derivados de operaciones bancarias representadas por letras de cambio libradas, aceptadas, endosadas o avaladas por el hipotecante, así como cualesquiera otras que constasen en documento de giro y créditos que llevasen su firma. Después, la RDGRN de 28 de febrero de 1933, consideró igualmente posible la hipoteca que garantizaba operaciones comerciales representables posteriormente por letras de cambio, sin limitación temporal, aunque con facultad de desistimiento unilateral de cada contratante. Igualmente las admitió la RDGRN de 16 de junio de 1936, y en todas ellas alegó el Centro Directivo que esto era posible debido a que «la realidad muestra la conveniencia de facilitar la constitución de hipotecas en garantía de negocios mercantiles, en atención a que las entidades que se dedican a operaciones de descuento exigen a veces de sus clientes garantías de carácter real que las pongan a cubierto de posibles insolvencias, por lo cual debe darse a estas hipotecas la flexibilidad que requieren las necesidades del comercio, porque de seguir un criterio riguroso y restrictivo se contribuiría a la paralización de los negocios, con la consiguiente crisis de trabajo, a la inmovilización de las carteras y cuentas corrientes bancarias, y, en suma, a provocar sensible reducción de la actividad industrial y daño grave a la economía nacional». Razones, por tanto, de agilidad y rapidez en el tráfico mercantil.

En una segunda etapa se produce un giro jurisprudencial importante ya que, a partir de ahora, se va a rechazar cualquier tipo de cobertura hipotecaria global,

en garantía de diversas obligaciones al no cumplirse el principio de determinación que exige la perfecta concreción de todas ellas. Empieza tímidamente con la Resolución de 4 de julio 1984, y a partir de esta resolución se manifiestan los nuevos criterios que redefinen el principio de determinación registral, basado en la accesoriadad de la hipoteca y en la eficacia *erga omnes* de la garantía real, lo que conduce a hacer imprescindible la absoluta determinación de la garantía hipotecaria, rechazando estas hipotecas «flotantes».

La postura mantenida en esta etapa se resume en la doctrina sentada en la RDGRN de 23 de diciembre de 1987 (1) que viene a confirmar y reafirmar el rechazo jurisprudencial de estas hipotecas y, recogiendo lo establecido en la anterior resolución, amplía (por así decirlo) los motivos de contravención del principio de determinación. O lo que es lo mismo, redefine y establece más exigencias o requisitos que deben cumplirse para la no contravención de este principio. En concreto, el Centro Directivo afirma, en esta resolución, que debe rechazarse la inscripción de la hipoteca en garantía de diversas obligaciones, puesto que falta el nexo causal o relación jurídica básica que las una y, además, no existe novación entre las distintas obligaciones, a pesar de que se anotan en una misma cuenta corriente (2). Esta novación solo es posible cuando la cuenta bancaria aparece como elemento o sustrato del contrato de apertura de crédito o cuenta corriente, en el que se pactó dicha novación. Porque la simple reunión contable de las diversas operaciones de crédito existentes entre dos personas carece de virtualidad para provocar el nacimiento de una obligación sustantiva independiente por el saldo resultante. Al no existir una sola y única obligación para garantizar con hipoteca, sino una pluralidad, correspondería constituir varias hipotecas para garantizar cada una de ellas, y no una sola, como se pretende.

Posteriormente, y a raíz de esta resolución, se suceden otras muchas que copian sus fundamentos y acogen los mismos motivos de rechazo. De este modo, y como ejemplo, rechazan la inscripción de hipoteca en garantía de obligaciones que no están perfectamente determinadas, sino que se deja amplitud y am-

(1) En esta resolución se pretende inscribir una hipoteca en garantía de diversas obligaciones sin relación jurídica que las uniera, y excluyéndose los efectos novatorios que su inclusión en una cuenta corriente pudiera tener; estableciéndose un máximo de responsabilidad hipotecaria en garantía de la obligación futura resultante de la liquidación de la cuenta corriente en la que se insertan las obligaciones; en concreto, se constituye hipoteca con arreglo a lo previsto en el artículo 153 LH, con un máximo de responsabilidad hipotecaria de 61.600.000 pesetas, en garantía de la cantidad correspondiente al saldo de la cuenta corriente abierta por los otorgantes, y se enumeran entre los asientos que puede recoger esa cuenta, una serie de operaciones distintas como son: el saldo que presente una cuenta existente en virtud de un préstamo hipotecario; el saldo que presente otra cuenta en virtud de un crédito que les tiene concedido la misma entidad bancaria; el importe de la deuda que los otorgantes mantienen con una mercantil, y las cantidades que por cualquier otro concepto resulten adeudar los comparecientes al Banco Español de Crédito. A continuación, se añade en la escritura que: «la hipoteca que se constituye es de superposición de garantía, sin que sufran modificación, alteración ni novación alguna de las obligaciones que se derivan de los títulos en que se fundan los créditos del Banco Español de Crédito, aunque sus importes hubieran sido adeudados en la cuenta hipotecaria, títulos que conservarán toda su fuerza y vigor, así como las acciones y derechos que derivados de los mismos asistan a dicho Banco...».

(2) Hay que tener en cuenta que en la escritura de constitución de hipoteca se excluye expresamente la novación de las obligaciones. Véase la nota anterior, donde se recoge esa exclusión expresa de los efectos novatorios.

bigüedad en su concreción las siguientes Resoluciones: 27 de julio de 1999: «cualquier pago que los acreditados tuvieran con aquellos»; 26 de noviembre de 1990: «obligaciones que tengan su causa en negocios u operaciones propias del tráfico de Bancos»; 6 de junio de 1998: «importe de los débitos que por cualquier concepto...»; o bien, que su concreción se deja a la elección del acreedor: Resolución de 27 de julio de 1999, 26 de noviembre de 1990, 27 de septiembre de 2000, y 3 de noviembre de 2000. Asimismo, reiteran la idea de la necesidad de que las obligaciones nacidas que se pretenden asegurar tengan una misma conexión causal que las una, en principio contrato de crédito en cuenta corriente o cuenta corriente, rechazando aquellas que no tienen esa relación jurídica básica: 26 de noviembre de 1990, 6 de junio de 1998, 24 de julio de 1998, y 6 de noviembre de 1990 (bien por falta de plazo, bien por falta de la disponibilidad propia de la cuenta corriente de crédito). La DGRN vuelve a repetir los mismos argumentos acerca de la necesidad de que se produzca una verdadera novación de las distintas obligaciones en una sola, sin que esto se produzca por la anotación en cuenta de las mismas, pues la simple reunión contable no produce efectos novatorios en las siguientes Resoluciones: 27 de julio de 1999, 6 de junio de 1998, 24 de julio de 1998, 6 de noviembre de 1999, 27 de septiembre de 2000, y 10 de julio de 2001. Asimismo, la DGRN considera que tampoco existe novación en el caso de reconocimiento de deuda (Resolución de 30 de marzo de 1998), ni por el vencimiento en cadena de las distintas obligaciones (Resolución de 27 de septiembre de 2000). Por otra parte, en cuanto a las hipotecas en garantía de obligaciones futuras, la DGRN, a pesar de admitir la flexibilización del principio de determinación para las mismas, confirma la tesis anterior, ya que solo admite su inscripción cuando en el momento de constituirse la hipoteca se determine la relación jurídica básica de la que nacerá la futura obligación (RRDGRN de 17 de enero de 1994, 11 de enero de 1995, 28 de abril de 1999, y 7 de junio de 1999).

Pero, sin embargo, con posterioridad, llama la atención, la RDGRN de 21 de junio de 2001. En ella la DGRN admite la inscripción de una hipoteca en garantía de la deuda resultante de la suma de los principales de diversas obligaciones anteriores, porque resulta clara la voluntad de los otorgantes de novar todas las deudas por una nueva y única, cuyas circunstancias (amortización, interés) quedan determinadas, refiriéndose a esta nueva obligación la responsabilidad hipotecaria. Se admite esta hipoteca porque se demuestra y resulta inequívoca en la escritura [otorgamiento tercero (3)], la voluntad de las partes de novar todas

(3) La escritura que se presenta a calificación recoge los siguientes extremos:

Se pretende inscribir una hipoteca en la que determinadas personas físicas dicen que «como consecuencia de determinadas operaciones crediticias y financieras, en las que intervinieron como fiadores solidarios, que se encuentran vencidas, adeudan al día de la fecha al banco los saldos que, previamente constatados y liquidados de mutuo acuerdo, ascienden a las siguientes sumas, por la póliza de crédito de fecha 27 de diciembre de 1996, la suma de 46.456.412 pesetas, por la póliza de afianzamiento de fecha de 17 de septiembre de 1994; la suma de 24.324.033 pesetas, por la póliza de comercio exterior, de fecha 6 de agosto de 1997; la suma de 52.163.308 pesetas, por la póliza de negociación de letras de cambio de fecha, de 6 junio de 1997; la suma de 29.317.207 pesetas, ascendiendo la totalidad de la deuda por los conceptos mencionados al importe de 152.260.960 pesetas, que declaran reconocida, vencida y exigible». Además, determinada entidad mercantil, representada por uno de los deudores, ha convenido con el Banco la formalización de un préstamo que en este caso se le concede por el banco de 8.000.000 pesetas, que la parte prestataria recibe a su satisfacción. Y la escritura concluye diciendo que todos los comparecientes y la entidad mercantil «asumen de forma solidaria y entre sí y con respecto al banco, renunciando a

las deudas a las que se hace referencia para que se conviertan en una nueva y única deuda solidaria, que es la que se va a garantizar con hipoteca. Como al final hay una única obligación, se cumple el principio de especialidad.

En términos parecidos en la RDGRN de 12 de septiembre de 2003 se admite la posibilidad de una hipoteca en garantía de varias obligaciones, cuando expresamente se señala que su inclusión en la cuenta implica su novación. A pesar de ello, termina por rechazar la inscripción pretendida porque persiste un obstáculo para la misma: el hecho de quedar al arbitrio del acreedor, «si la deuda líquida, vencida y exigible se ha de introducir o no en la cuenta, y sobre todo, el momento en que tal introducción puede hacerse». Es decir, la hipoteca sigue flotando porque siguen sin determinarse las obligaciones, quedando al arbitrio del Banco sobre qué obligaciones y en qué momento se extiende la cobertura hipotecaria.

Por último, otras Resoluciones han seguido a estas y han insistido en las mismas ideas, entre otras baste ver las de 30 de septiembre de 2003, 11 de octubre de 2004, y 25 de abril de 2005.

Como resumen de esta etapa podemos señalar una tímida apertura hacia la admisión de las hipotecas semi-flotantes, es decir, aquellas en las que, aunque no tienen relación causal de apertura de crédito en cuenta corriente o de cuenta corriente (que produce la novación), se pacta expresamente su novación, convirtiéndose la *causa novandi* en la propia relación jurídica básica que las une; y rechazo total a las hipotecas flotantes puras, entendiendo por tales las que se establecen en garantía de obligaciones cuya relación jurídica básica no está determinada, y no se produce verdadera novación de las mismas en una nueva y resultante garantizada con hipoteca. En estos casos hay necesidad de establecer tantas hipotecas como obligaciones.

Han sido muchas las resoluciones que en los años siguientes y antes de la Ley 41/2007 han mantenido esta línea jurisprudencial, pero ello pone de relieve que, en la práctica bancaria, existía una verdadera necesidad de obtener una cobertura hipotecaria que garantizase la pluralidad de operaciones con un mismo cliente, aunque esta posibilidad se negaba una y otra vez por el Centro Directivo.

Por último, y antes de su admisión legal, fue la RDGRN de 1 de junio de 2006 la que abrió una puerta a la flexibilización de los requisitos exigidos contundentemente hasta ahora, y por tanto, y en definitiva, una relajación o una distinta forma de entender los principios de accesoriedad y determinación que afectan de forma distinta a una hipoteca de seguridad y a una hipoteca ordinaria, en aras de la futura admisión de la hipoteca flotante. En ella, la Dirección General admitió la posibilidad de flexibilizar los principios de accesoriedad hipotecaria, y acaba con la consideración de este principio como un dogma, al manifestar que «la accesoriedad no puede llevarse al extremo» y, asimismo, sostiene que «no existe una total dependencia entre hipoteca y crédito».

Pero es que la Dirección sigue afirmando que «indudablemente obligaciones distintas pueden recibir una única cobertura hipotecaria cuando aquellas tienen conexión causal entre sí o de dependencia de una respecto de la otra. No lo impide la aplicación del principio de especialidad ni el de accesoriedad de la hipoteca, en tanto en cuanto las distintas obligaciones estén determinadas en sus aspectos

cualesquier beneficio de orden, división y escisión, la total deuda resultante de la fijación de los saldos, de las operaciones financieras que fueron referidas, más el préstamo que por medio de la presente ha sido concedido por el banco a la entidad mercantil y que asciende a un total de 160.260.960 pesetas, que todos ellos, en virtud de esta asunción solidaria de deuda reconocen adeudar al banco en concepto de capital».

definidores (o al menos sean estos determinables, como —con notable flexibilidad, a fin de facilitar el crédito— se permite en algunos supuestos, siempre que se cumplan ciertas exigencias mínimas) y la hipoteca constituida quede enlazada con esas distintas obligaciones de suerte que aquella quede debidamente supeditada a estas en su nacimiento, vigencia y exigibilidad».

Es decir, si las obligaciones están perfectamente determinadas y tiene relación con la hipoteca, pueden garantizarse varias con una sola hipoteca. Importante avance, pues ya no se exige ese pacto novatorio expreso, o esa novación en una nueva obligación resultante para poder garantizar distintas obligaciones con una sola hipoteca.

Esta resolución ha sido repetida, palabra por palabra, por la de 26 de septiembre de 2006, y ambas fueron el umbral necesario para la admisión de las hipotecas flotantes, pues permiten que varias obligaciones distintas, sin novación de ellas en otra nueva, puedan ser garantizadas con una misma hipoteca, y que aunque no hubiera unidad de régimen o en cuanto a la realización, sí se pueden inscribir con una sola hipoteca y una sola responsabilidad hipotecaria, siempre que en la misma se engloben y se identifiquen la cuantía por la que se responde por cada obligación.

A raíz de estas resoluciones, solo quedaba que se diera un paso más: que se admitiera definitivamente la inscripción de las hipotecas flotantes y que esta se regulara por Ley para limitar los supuestos y controlar sus requisitos de inscripción, debido a su carácter excepcional. Y ese paso más lo dio, como de todos es sabido, la Ley de Modernización de Mercado Hipotecario, regulándolas en el artículo 153.bis LH.

Corresponde, ahora, por tanto, analizar cómo y con qué requisitos la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de Modernización del Mercado Hipotecario, ha admitido las hipotecas flotantes.

II. LA LEY 41/2007, DE 7 DE DICIEMBRE, DE MODERNIZACIÓN DEL MERCADO HIPOTECARIO

1. JUSTIFICACIÓN Y DENOMINACIÓN

Las hipotecas flotantes, como ya se ha dicho, se regulan por primera vez en el nuevo artículo 153.bis LH, introducido por la Ley 41/2007 (4). La exposición

(4) El nuevo artículo 153.bis LH tiene el siguiente tenor literal:

«También podrá constituirse hipoteca de máximo:

- a) A favor de las entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, en garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras, sin necesidad de pacto novatorio de las mismas.
- b) A favor de las administraciones públicas titulares de créditos tributarios o de la Seguridad Social, sin necesidad de pacto novatorio de los mismos.

Será suficiente que se especifiquen en la escritura de constitución de la hipoteca y se hagan constar en la inscripción de la misma: su denominación y, si fuera preciso, la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas; la cantidad máxima de que responde la finca; el plazo de duración de la hipoteca y la forma de cálculo del saldo final líquido garantizado.

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

de motivos de la Ley justifica su necesidad de la siguiente forma: «se flexibiliza el mercado hipotecario regulando las hipotecas de máximo, también llamadas doctrinalmente *flotantes*. La accesoriedad y determinación que rige en las hipotecas ordinarias excluye de nuestro actual ordenamiento jurídico como hipotecas ordinarias o de tráfico a aquellas hipotecas en las que son diversas las obligaciones garantizadas o en las que se mezclan obligaciones presentes y futuras. Eso determina necesariamente que deban constituirse tantas hipotecas como obligaciones se pretenden garantizar lo que, además de encarecer la operación, no es competitivo en la práctica bancaria».

Una vez más, razones de la práctica bancaria y motivaciones económicas han llevado a la admisión de esta hipoteca, flexibilizando el principio de accesoriedad y especialidad hipotecario.

Con la admisión expresa de las hipotecas flotantes se pone fin a la polémica doctrinal y jurisprudencial anterior, en torno a la posibilidad de garantizar con una única hipoteca diversas obligaciones. Hoy ya no cabe duda de que esto es posible, pues así se establece en el propio artículo 153.bis LH.

Este tipo de hipoteca recibió, anteriormente, otros nombres: paraguas, sumidero, global, empresa, etc., todos ellos nombres que pretenden, de una manera gráfica, poner de manifiesto la posibilidad de que varias obligaciones queden cubiertas con la misma hipoteca.

El artículo 153.bis LH las regula y define y, aunque no les da la denominación de «flotantes», este nombre es admitido comúnmente por la doctrina desde que la DGRN lo empezó a utilizar en sus resoluciones; en el borrador del Anteproyecto de la Ley de Reforma de Mercado Hipotecario se utilizó, por contra, la expresión de «hipotecas empresa», para referirse a ellas. El preámbulo de la Ley 41/2007, sin embargo, sí que utiliza esta expresión, al señalar que: «En el capítulo VI se flexibiliza el mercado hipotecario regulando las hipotecas de máximo, también llamadas doctrinalmente “flotantes”».

Este es un nombre comúnmente aceptado, y cuando se constituyan como tales, en la escritura de constitución, y en la inscripción consecuente deberá expresarse su denominación (art. 153.bis LH), que no es otra que la de «flotante».

2. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

Si nos atenemos a la definición que hemos dado al inicio de este trabajo sobre hipoteca flotante, los rasgos que la identifican son, por tanto, los siguientes (5):

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

(5) Sobre el concepto y rasgos característicos de la hipoteca flotante, véase: SAÉNZ DE JUBERA, B., «Hipoteca de máximo e hipoteca flotante: su regulación en la Ley 41/2007, de reforma de mercado hipotecario», en *RCDI*, núm. 707, págs. 1245-1274; AZOFRA VEGAS, F.; OLIVA DOMÍNGUEZ, J. M., y ALONSO LAPORTA, J. L., «Hipotecas en mano común», en *RCDI*, núm. 725, págs. 1285-1323; BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E., «Hipoteca flotante», en *RCDI*, núm. 685, 2004, págs. 2510-2526; MONTÁNCHER RAMOS, M., «Especial referencia en la hipoteca flotante», en *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*, CER, Madrid, 2009, págs. 39-56.

- a) Varias obligaciones presentes y/o futuras.
- b) Obligaciones indeterminadas pero al menos determinables sus líneas básicas.
- c) No existe relación causal entre esas obligaciones. Son diferentes y no están relacionadas.
- d) No existe novación extintiva de las diferentes obligaciones en una nueva resultante. Esto significa que cada obligación conserva desde el inicio y hasta el final su independencia y autonomía.
- e) Existe una sola hipoteca que las garantiza, para lo cual hay que establecer un máximo de responsabilidad hipotecaria.
- f) Ese máximo de responsabilidad hipotecaria es invariable.

Si esos son los rasgos que identifican una hipoteca flotante, la cuestión de su naturaleza jurídica queda bastante clara, pues solo pueden tratarse de hipotecas de seguridad, en concreto, de máximo.

En efecto, la exigencia de un máximo de responsabilidad hipotecaria que garantice la pluralidad de obligaciones diversas hace que debamos calificarlas como hipotecas de máximo. Son una especie de estas, y porqué no decirlo, las más significativas e importantes, al menos en cuanto a su utilidad, en la actualidad.

Que se trata de una clase de hipoteca de máximo queda claro, cuando la propia ley en el artículo 153.bis así las califica, al decir: «también podrá constituirse hipoteca de máximo...», justo a continuación del artículo 153 LH dedicado a las hipotecas en garantía de cuentas corrientes de crédito que han sido las tradicionales hipotecas de máximo (6).

III. EXAMEN DE LOS REQUISITOS LEGALES

1. SUJETOS

El acreedor hipotecario, en este tipo de hipotecas, se encuentra restringido a dos sujetos:

- a) Por una parte, las entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario.
- b) Por otra, las administraciones públicas titulares de créditos tributarios o de la Seguridad Social.

La limitación de sujetos titulares de estas hipotecas hay que encontrarla en el mayor control al que se encuentran sometidas estas entidades e instituciones, ya que están sujetas a una normativa de supervisión y control, mucho más estricta que el resto de personas y entidades, lo que conduce a una mayor seguridad jurídica en este tipo de operaciones.

Sin embargo, a pesar de esta limitación del acreedor hipotecario, nada dice la Ley sobre el deudor (7) que, por lo tanto, puede ser cualquier persona física o jurídica que entable relación contractual con las entidades financieras o administración.

(6) Véase, SAENZ DE JUBERA, B., «Hipoteca de máximo e hipoteca flotante: su regulación en la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario», *ob. cit.*, págs. 1246-1247.

(7) Si bien es cierto que, si atendemos a la tramitación parlamentaria de la Ley, parece que este tipo de hipoteca estaba destinada o pensada para un deudor-empresa, o pyme

La Ley tampoco dice nada acerca del número de personas que pueden ocupar la posición acreedora o deudora, y aunque creemos que inicialmente, tal y como ha sido su evolución jurisprudencial, se pensaba en un solo acreedor y un solo deudor, nada obsta, en la literalidad de la Ley —pues nada dice al respecto—, para poder admitir la posibilidad de una pluralidad de sujetos, tanto en la parte activa como en la pasiva. Desde luego, esto es así, cuando se trate de pluralidad de acreedores titulares del mismo crédito (no deja de ser una sola posición acreedora); pero, como también ya se ha admitido, cuando se trate de pluralidad de acreedores titulares de créditos distintos.

Este ha sido uno de los temas más discutidos en torno a esta modalidad de hipoteca: la posibilidad de admitir la pluralidad de acreedores hipotecarios titulares de diferentes créditos, como corresponde en una hipoteca flotante, organizados en mano común. La DGRN, en Resolución de 8 de junio de 2011 ha admitido las hipotecas flotantes con pluralidad de acreedores en mano común en supuestos de refinanciación de deuda, sin necesidad, por tanto, de que se distribuya la responsabilidad hipotecaria en diversas cuotas correspondientes a los distintos créditos y acreedores. El Centro Directivo considera que no se vulnera el principio de especialidad, pues no existe indeterminación ni en los casos de cesión del derecho de cada acreedor, ya que está claro que cada uno cede su concreta posición contractual con sus derechos y obligaciones propios, ni tampoco hay indeterminación en la ejecución parcial de la hipoteca por alguna de las obligaciones garantizadas, siempre que después se determine la cuantía por la que queda vigente la hipoteca en relación con el resto de obligaciones, de acuerdo con los artículos 154, 155 y 157 LH y 227 RH. Esta cuestión no ha sido pacífica entre la doctrina, pero a raíz de la resolución citada, hay que afirmar que se pueden admitir las hipotecas flotantes en mano común (8), pues como bien dice la DGRN en esta resolución, los derechos reales son *numerus apertus*, por lo que nada impide que se generen nuevos derechos reales o nuevas modalidades de los mismos, siempre que se respeten los límites establecidos por la propia Dirección General (9).

2. OBJETO

Las obligaciones que se garantizan con este tipo de hipotecas, como dijimos al inicio de este trabajo, son una pluralidad de obligaciones, presentes y/o futuras, sin nexa causal entre ellas, sin novación de las mismas en una única final resultante; es decir, obligaciones indeterminadas *a priori*, aunque eso sí, determinables, porque, aunque sean desconocidas, en su constitución debe determinarse los actos

o empresario. La dicción final de la Ley no recogió ninguna de las enmiendas que así lo consideraban. Véase sobre esto, SÁENZ DE JUBERA, B., «Hipoteca de máximo e hipoteca flotante: su regulación en la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario», en *RCDI*, núm. 707, págs. 1245-1274.

(8) Véase, sobre las razones de la admisión de las hipotecas en mano común, a AZOFRA VEGAS, F.; OLIVA DOMÍNGUEZ, J. M., y ALONSO LAPORTA, J. L., «Hipoteca en mano común», en *RCDI*, núm. 725, págs. 1285-1323.

(9) En este sentido, a favor de la creación de nuevos derechos reales, véanse las RRDGRN de 27 de marzo de 1947, 27 de octubre de 1947, 7 de julio de 1949, 19 de mayo de 1952, 29 de marzo de 1955, 20 de septiembre de 1966, 5 de junio, 23 y 26 de octubre de 1987, 4 de marzo de 1993 y 21 de diciembre de 2007.

jurídicos básicos de los que van a derivar esas obligaciones garantizadas. Pero como vemos, no hay limitación alguna respecto a cuáles sean esos actos jurídicos básicos, pudiendo por tanto las obligaciones derivar de cualquier negocio jurídico propio de la actividad bancaria: préstamos, créditos, líneas de descuento, avales, productos derivados, *factoring*, *renting*, etc. Todas y cada una de las obligaciones así aseguradas conservan su individualidad propia al no instrumentalizarse a través de una cuenta corriente, y ya no es necesario ni siquiera establecer un pacto novatorio por las partes.

Es decir, los rasgos básicos de las obligaciones garantizadas con este tipo de hipoteca son:

- a) Pluralidad de obligaciones. Presentes y/o futuras.
- b) Independencia e individualidad de esas obligaciones hasta el final, hasta la ejecución ya que:
 - i) no están unidas por una relación o nexo causal,
 - ii) y no revierten a través de la novación en una sola y única nueva obligación que las unifique.
- c) No están perfectamente determinadas: basta con indicar la «descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en un futuro» (art. 153.bis LH).

En consecuencia, la amplitud objetiva de estas hipotecas es enorme, pues cabe asegurar con ellas cualquier crédito, varios créditos, futuros, no determinados, independientes, o los que las partes tuvieran a bien considerar.

3. LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA

Si la indeterminación del objeto es amplísima y es también posible la cierta amplitud en los sujetos titulares de las hipotecas, donde sí debe cumplirse el principio de determinación o especialidad registral de forma estricta es respecto a la responsabilidad hipotecaria.

Es absolutamente necesario que se determine un máximo de responsabilidad hipotecaria (no podemos olvidar que la flotante es, valga la redundancia, uno de los «máximos» exponentes de la hipoteca de máximo). Así lo recoge la Ley en el artículo 153.bis, y no podría inscribirse si este máximo no está determinado pues es, en definitiva, lo que es oponible a terceros, y lo que en consecuencia estos deben conocer, pues esa cantidad es la que tienen que «soportar» con respecto a su posibilidad de cobro. Sin embargo, la necesidad de determinar el máximo de responsabilidad hipotecaria no exige que se determine o distribuya la responsabilidad hipotecaria entre cada una de las diferentes obligaciones aseguradas. Como dice AZOFRA: «el elemento esencial de la hipoteca flotante es, así, la indiferenciabilidad de la responsabilidad hipotecaria entre los créditos garantizados, que permite al acreedor dirigirse contra el bien, hasta el límite de la responsabilidad hipotecaria atribuida en conjunto ante el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones garantizadas» (10).

(10) AZOFRA VEGAS, F.; OLIVA DOMÍNGUEZ, J. M., y ALONSO LAPORTA, J. L., «Hipoteca en mano común», *ob. cit.*, pág. 1307.

De igual forma, CARRASCO PERERA (11) afirma que en la responsabilidad hipotecaria no hay cuotas de valor asignadas a créditos singulares, no hay cancelaciones parciales por pago de alguna de las obligaciones garantizadas, ni puede tampoco reducirse la cifra máxima de responsabilidad ante el pago de una de las obligaciones. Esta permanece íntegra para asegurar el resto de los créditos.

No es necesario, por tanto, distribuir entre cada crédito u obligación su correspondiente parte de responsabilidad hipotecaria. La responsabilidad es única, y responde en su totalidad de cualquiera de las obligaciones aseguradas. Esto tiene especial importancia o supone una mayor ventaja cuando exista una pluralidad de acreedores hipotecarios en mano común, y sobre todo en supuestos de refinanciación de deuda. En estos casos, como afirma AZOFRA, existen distintas obligaciones garantizadas pertenecientes a distintos acreedores, y la hipoteca «flota» sobre todos ellos, y les supone una mayor ventaja, pues cada uno de los acreedores tiene su crédito garantizado con la total garantía hipotecaria, sin que les afecte —porque esta no disminuye— el vencimiento o pago de las otras obligaciones garantizadas. La garantía permanece íntegra para la posible agresión de los otros acreedores, a diferencia de lo que pasaría si los distintos acreedores establecieran una pluralidad de hipotecas simultáneas, con igualdad de rango sobre los bienes del deudor, en garantía de una pluralidad de obligaciones refinanciadas, atribuyendo a cada obligación una parte en la responsabilidad máxima establecida. En este caso, el pago de cualquiera de ellas llevaría la cancelación de su parte o fracción de hipoteca, y por tanto, se disminuiría la cobertura hipotecaria global de la suma de todas ellas. Como dice AZOFRA (12), la hipoteca flotante «respalda la totalidad de cualquiera de las obligaciones garantizadas y tiene el acreedor el derecho omnímodo a decidir qué obligación u obligaciones (de las amparadas objetivamente por el alcance de la hipoteca) quiere que se beneficien de la protección hipotecaria, debería admitirse, sin dificultad, el derecho del acreedor de establecer unilateralmente en cualquier momento el reparto de responsabilidad hipotecaria entre los créditos garantizados, sin precisar para ello el consentimiento del deudor, del hipotecante no deudor, el tercer poseedor o los titulares registrales posteriores. Ello no perjudica a los restantes acreedores del hipotecante, ni a los embargantes o titulares de cualquier derecho sobre la cosa hipotecada de rango posterior, pues todos conocen, porque el Registro así lo publica, que el acreedor hipotecario tiene el derecho de agresión sobre el bien hasta el límite de la responsabilidad máxima hipotecaria en caso de vencimiento de cualquiera de los créditos garantizados, de todos ellos, o de alguno de ellos».

4. PLAZO

Señala la propia ley que debe establecerse el plazo máximo de duración de estas hipotecas. Es lógico que así sea, pues como la indeterminación de las obligaciones hipotecarias es grande y cada obligación asegurada tiene un plazo diferente, muchas veces desconocido, el deudor quedaría sometido «de por vida» con el acreedor flotante. Se duda por la doctrina si el plazo de estas hipotecas

(11) CARRASCO PERERA, A., y CORDERO LOBATO, E., «El doble filo de la hipoteca global: ¡caveat creditor!», en *Diario La Ley*, núm. 6988, de 14 de julio de 2008, año XXIX, págs. 1-7.

(12) AZOFRA VEGAS, F.; OLIVA DOMÍNGUEZ, J. M., y ALONSO LAPORTA, J. L., «Hipoteca en mano común», *ob. cit.*, págs. 1310-1312.

es un plazo de caducidad o de prescripción, inclinándose la mayoría por considerarlo como un plazo de caducidad, transcurrido el cual, puede el Registrador cancelar de oficio la hipoteca inscrita en virtud del artículo 82.2 LH. Según CARRASCO PERERA (13), el plazo es de duración del asiento, y corresponde a las partes establecer ese plazo de duración máximo, transcurrido el cual deberá cancelarse automáticamente por el registrador, sin necesidad de consentimiento del acreedor.

5. OTROS REQUISITOS DE INSCRIPCIÓN

Por último, es necesario que conste en el propio asiento registral la forma de cálculo del saldo final resultante, consecuencia de la liquidación. Aunque las obligaciones mantienen su individualidad hasta el momento de la ejecución, sí que es necesario que, llegada esta, se calcule el saldo final por el que sale la finca a ejecución.

La ley no dice cómo debe realizarse esta liquidación final, ni acreditarse el saldo resultante, pero concede libertad de pacto entre las partes, atribuyendo al acreedor la facultad de liquidación (14). En consecuencia, en la mayoría de las ocasiones quedará al arbitrio del acreedor esta determinación, al igual que la elección de la obligación asegurada cuya realización se va a llevar a cabo, y no se exige forma alguna concreta para acreditar dicha determinación.

Se genera, entonces, cierta incertidumbre en cuanto a la forma de acreditar la liquidación, a diferencia de lo establecido para las hipotecas en garantía de cuenta corriente de crédito del artículo 153 LH, donde claramente se dice que se acreditará por la certificación bancaria. Como pone de manifiesto SÁENZ DE JUBERA (15), la acreditación de esta circunstancia a través de la certificación bancaria, *ex* artículo 153 LH, era la verdadera razón para que la DGRN exigiera la instrumentalización en cuenta corriente de las distintas obligaciones garantizadas con una sola hipoteca más que una pretendida exigencia del principio de accesoriedad y especialidad, en virtud de la cual se proclamaba la exigencia de novación a través de la cuenta corriente. Según esta autora, la instrumentalización en cuenta corriente es más bien una necesidad de obtener un medio de prueba de la determinación del crédito garantizado, que una exigencia del principio de especialidad para que haya verdadera novación.

Por eso, podemos decir que se puede asimilar la forma de acreditación del saldo resultante de la hipoteca flotante a las del artículo 153 LH, es decir, a través de la certificación bancaria, sin necesidad de aportar, además, el título constitutivo del crédito garantizado, que no servirá como título ejecutivo, pero a lo mejor sí como título que asegura la correcta acreditación del saldo (16).

(13) CARRASCO PERERA, A., y CORDERO LOBATO, E., «El doble filo de la hipoteca global: ¡caveat creditor!», *ob. cit.*, pág. 4.

(14) Artículo 153.bis LH, penúltimo párrafo: «Podrá pactarse en el título que la cantidad exigible, en caso de ejecución, sea la resultante de la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en la forma convenida por las partes en la escritura».

(15) SÁENZ DE JUBERA, B., «Hipoteca de máximo e hipoteca flotante: su regulación en la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario», *ob. cit.*, pág. 1274.

(16) CARRASCO PERERA, A., y CORDERO LOBATO, E., «El doble filo de la hipoteca global: ¡caveat creditor!», *ob. cit.*, pág. 5.

IV. JUSTIFICACIÓN ACTUAL Y CONCLUSIONES

Vistos los elementos y requisitos configuradores de la hipoteca flotante en la actualidad, cabe que nos planteemos la justificación y necesidad actual de este tipo de hipoteca en nuestro sistema.

Como ya dijimos, esta hipoteca surge en un momento económico de gran actividad bancaria y financiera, donde se hacía imprescindible reconocer un instrumento más ágil y adecuado a las necesidades bancarias que diera salida a la demanda de las instituciones financieras de asegurar un mayor número de operaciones comerciales —que eran muchas— manteniendo un mismo rango hipotecario, y por tanto una prioridad en el cobro.

Hoy la situación ha cambiado radicalmente, las operaciones bancarias han descendido notablemente, y el crédito hipotecario es menor que hace unos años. Los deudores se encuentran en una situación de sobreendeudamiento, con graves dificultades para hacer frente a sus obligaciones. En este panorama, es difícil pensar en un aumento de la actividad financiera y en la posibilidad de que el deudor contrate nuevos créditos y obligaciones con su acreedor, pues el mercado está parado.

Sin embargo, lejos de suponer esta situación un inconveniente para el desenvolvimiento de las hipotecas flotantes, se convierte en una ventaja extraordinaria para los deudores, ya que, a través de las mismas, pueden conseguir y dar salida a las necesidades de refinanciación que tienen en estos momentos para poder hacer frente a sus obligaciones anteriores.

Como dice AZOFRA (17), dos son las grandes ventajas de esta figura —y más si se admite la posibilidad de las hipotecas flotantes en mano común—: *a)* suponen un abaratamiento de costes y tramitación, «pues se consigue mediante una única hipoteca asegurar un conjunto de créditos, extrayendo la máxima capacidad de apalancamiento de un inmueble (estirando el crédito territorial a las últimas consecuencias), evitando la necesidad de constituir y/o cancelar distintas hipotecas y permitiendo al acreedor o acreedores realizar la hipoteca respecto de cualquiera de los créditos garantizados vencidos», y *b)* Como permite asegurar un conjunto de obligaciones muy diversas y de distintos acreedores, «de forma que la totalidad del valor del bien o bienes dados en garantía sirva o cubra cualquiera de las obligaciones garantizadas, permitiéndose la creación de una comunidad de destino en favor de todos o la inmensa mayoría de los acreedores de una determinada sociedad».

Esto, en las actuales circunstancias de crisis económica, es una ventaja importante para las operaciones de refinanciación empresarial, de las que desgraciadamente estamos siendo testigos en los últimos dos años. La hipoteca flotante ha realizado, de este modo, como dice AZOFRA (18), «una notable contribución para permitir la superación de difíciles escenarios de crisis empresarial, evitándose la generalización de procesos concursales con los colaterales efectos de pérdida masiva de puestos de trabajo, y en general, de daño mayúsculo a la economía del país».

En conclusión, la hipoteca flotante de origen discutido, de tardía admisión legal, pensada para agilizar el tráfico jurídico y el crédito territorial, en la actua-

(17) AZOFRA VEGAS, F.; OLIVA DOMÍNGUEZ, J. M., y ALONSO LAPORTA, J. L., «Hipoteca en mano común», *ob. cit.*, pág. 1307.

(18) AZOFRA VEGAS, F.; OLIVA DOMÍNGUEZ, J. M., y ALONSO LAPORTA, J. L., «Hipoteca en mano común», *ob. cit.*, pág. 1308.

lidad, con las modificaciones y matizaciones que jurisprudencialmente se le han añadido, sigue teniendo una importancia indudable, y se está configurando como una de las bases más sólidas que contribuyen a la refinanciación de los deudores hipotecarios, ayudándoles a superar los duros momentos de crisis económica en los que nos encontramos.

V. RELACIÓN DE RESOLUCIONES CITADAS

RRDGRN

5 de marzo de 1929.
28 de febrero de 1933.
16 de junio de 1936.
4 de julio de 1984.
23 de diciembre de 1987.
6 de noviembre de 1990.
26 de noviembre de 1990.
17 de enero de 1994.
11 de enero de 1995.
30 de marzo de 1998.
6 de junio de 1998.
24 de julio de 1998.
28 de abril de 1999.
7 de junio de 1999.
27 de julio de 1999.
6 de noviembre de 1999.
7 de septiembre de 2000.
27 de septiembre de 2000.
3 de noviembre de 2000.
21 de junio de 2001.
10 de julio de 2001.
12 de septiembre de 2003.
30 de septiembre de 2003.
11 de octubre de 2004.
25 de abril de 2005.
1 de junio de 2006.
8 de junio de 2011.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AZOFRA VEGAS, F.; OLIVA DOMÍNGUEZ, J. M., y ALONSO LAPORTA, J. L.: «Hipotecas en mano común», en *RCDI*, núm. 725, págs. 1285-1323.
- BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E.: «Hipoteca flotante», en *RCDI*, núm. 685, 2004, págs. 2510-2526.
- CARRASCO PERERA, A., y CORDERO LOBATO, E.: «El doble filo de la hipoteca global: ¡caveat creditor!», en *Diario La Ley*, núm. 6988, de 14 de julio de 2008, año XXIX, págs. 1-7.
- MONTÁNCHER RAMOS, M.: «Especial referencia en la hipoteca flotante», en *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*, CER, Madrid, 2009, págs. 39-56.

SAÉNZ DE JUBERA, B.: «Hipoteca de máximo e hipoteca flotante: su regulación en la Ley 41/2007, de reforma de mercado hipotecario», en *RCDI*, núm. 707, págs. 1245-1274.

RESUMEN

*HIPOTECA FLOTANTE
REGISTRO PROPIEDAD*

La hipoteca flotante surge como una nueva modalidad de hipoteca a raíz de la Ley 41/2007 de Reforma del Mercado Hipotecario. Se analiza, en este trabajo, su origen y evolución jurisprudencial hasta su reconocimiento por la ley, para después analizar los requisitos legales de la misma, en cuanto a su constitución e inscripción registral. A la vez se trata de analizar los cambios y novedades que ha experimentado en estos cuatro años desde su aprobación legal, para tratar de concluir cuál es su papel en la actualidad y si responde a las expectativas de su creación.

ABSTRACT

*GLOBAL MORTGAGE
PROPERTY REGISTRY*

The global mortgage came into being as a new variety of mortgage under Act 41/2007 on Mortgage Market Reform. This paper looks at the origin of global mortgages and their evolution in case law up to the time of their recognition by law. This is followed by an analysis of the legal requisites for the creation and registration of global mortgages and a scrutiny of the changes and new turns global mortgages have experienced in the four years since their legal approval. There is some concluding discussion of what the current role of global mortgages is and whether they are living up to the expectations under which they were created.

1.4. Sucesiones

REVISIÓN CRÍTICA Y PROPUESTA LEGE FERENDA DEL CONCEPTO DE LEGADO DE PARTE ALÍCUOTA: CUESTIONES CONTROVERTIDAS SOBRE SU POSICIÓN EN EL REPARTO HEREDITARIO, LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y LA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

por

MARÍA DEL CARMEN NÚÑEZ MUÑOZ
*Profesora Contratada Doctora
del Departamento de Derecho Civil de la UNED*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO: LA CONTROVERSIA LEGAL Y DOCTRINAL SOBRE EL LEGADO DE PARTE ALÍCUOTA Y LA MENCIÓN TESTAMENTARIA DE «LEGAR PARTE DE LA HERENCIA».—II. LA ADMISIBILIDAD DEL LEGADO DE PARTE ALÍCUOTA EN NUESTRO DERECHO, A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TS Y DE LA DOCTRINA.—III. CONCEPTO CONCLUSIVO DE LEGADO DE PARTE ALÍCUOTA: SU DIFERENCIA-

CIÓN DE LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO Y DEL LEGADO ORDINARIO.—IV. POSICIÓN JURÍDICA QUE OCUPA EL LEGATARIO DE PARTE ALÍCUOTA EN RELACIÓN A LA PARTICIÓN DE LA HERENCIA. 1. ¿PUEDE SOLICITAR LA PARTICIÓN JUDICIAL DE LA HERENCIA?: 1.1. *¿Pueden los colegatarios de parte alícuota pedir la partición de la herencia cuando alguno de ellos está sometido a condición suspensiva?* 2. BREVES CONSIDERACIONES RESPECTO DE SI EL LEGATARIO DE CUOTA DEBE CONTRIBUIR A LOS GASTOS DE PARTICIÓN. 3. ¿PUEDE PEDIR LA RESCISIÓN EN CASO DE SER PRETERIDO POR LOS HEREDEROS AL EFECTUAR LA PARTICIÓN?: 3.1. *La sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de junio de 2006. Rescisión: Partición realizada por los herederos con preterición de los legatarios de parte alícuota.* 4. ¿EL LEGATARIO DE CUOTA PUEDE SER CONTADOR-PARTIDOR?—V. LA RENOVACIÓN DEL DERECHO FORAL Y EL TRATAMIENTO DEL LEGADO DE PARTE ALÍCUOTA.—VI. REFLEXIONES CONCLUSIVAS. LA DETERMINACIÓN DE SI ES LEGADO DE PARTE ALÍCUOTA O INSTITUCIÓN DE HEREDERO DEPENDERÁ DE LA VOLUNTAD DEL TESTADOR: LA PRÁCTICA DE LA PARTICIÓN PARA CONCRETAR SU CUOTA.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. PLANTEAMIENTO: LA CONTROVERSIA LEGAL Y DOCTRINAL SOBRE EL LEGADO DE PARTE ALÍCUOTA Y LA MENCIÓN TESTAMENTARIA DE «LEGAR PARTE DE LA HERENCIA»

El tema objeto de este trabajo ha planteado y sigue planteando serios problemas en nuestro Derecho Sucesorio, especialmente en aquellos territorios de aplicación del Código Civil. Problemas que no siempre tienen clara solución, dada la ausencia total de regulación de la figura en estudio. Es más, la primera cuestión que ha surgido con relación a ella ha sido la posibilidad del legado de parte alícuota como tal legado, o si por el contrario debe tratarse de una institución de heredero. Duda motivada, por un lado, por la mención desafortunada al decir de la mayoría de la doctrina, que el artículo 655 del Código Civil hace a «los legatarios que no lo sean de parte alícuota». También se refieren a ellos la LEC, LH y RH. Y por otro, por la ausencia, no solo de regulación, sino incluso de alusión a este tipo de legado en la sección correspondiente del Código Civil.

A los anteriores elementos se une el hecho de que en muchos testamentos los testadores dicen «legar parte de su herencia», expresión a todas luces contradictoria, dado que ambos institutos (herencia y legado) son incompatibles, en cuyo caso se impone una interpretación para ver qué es lo que el causante ha querido. La voluntad del testador es otra cuestión a dilucidar; incluso admitiendo la posibilidad de un legado parciario es preciso averiguar si realmente el testador ha querido nombrar un legatario o un heredero, tema este de gran importancia, dada la distinta posición jurídica que a ambos les corresponde, siendo por otra parte, de gran complejidad, pues los testadores, generalmente legos en Derecho, no siempre se expresan con la claridad que sería deseable, entre otras razones, porque desconocen el verdadero significado jurídico de las palabras utilizadas y no siempre en la redacción del testamento interviene un técnico.

Mientras parte de la doctrina defendía la posibilidad de que en estos casos se tratase de un legado de parte alícuota, otro sector sin embargo, se decantaba por la institución de heredero, dado que el llamamiento lo era a una cuota ideal, y por tanto, sucesión universal, a diferencia del legado que es sucesión particular, según el artículo 660 del Código Civil.

No obstante, si bien es cierto que este precepto identifica herencia con sucesión universal y legado con sucesión particular, no se sabe con exactitud en qué consiste la universalidad o particularidad de la sucesión, puesto que el Código no lo dice; y mientras unos autores opinan que lo decisivo para que exista la sucesión universal es la indeterminación del llamamiento; por ejemplo, un tercio; otros, por el contrario, consideran que la universalidad debe predicarse del título atribuido al llamado.

La precisión de este punto es decisiva para la suerte de la figura en estudio, pues dependiendo de en qué consista la sucesión universal y particular, el llamado como legatario a una porción alícuota de bienes (a veces se utiliza la palabra herencia como sinónimo de bienes, lo que convierte la cuestión terminológica en un problema más, que se suma a los muchos que ya de por sí plantea la figura) será heredero o legatario.

Es de destacar que en la actualidad la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia admiten en nuestro Derecho la figura del legado de parte alícuota. Ahora bien, que en cada caso concreto exista una institución de heredero o un legado de cuota dependerá de la voluntad del testador, pues tanto el artículo 675, como el 668.2, ambos del Código Civil, imponen que esta sea respetada; incluso se considera que es la ley de la sucesión.

Sin embargo, no faltan quienes, adhiriéndose al llamado criterio objetivo para determinar la herencia y el legado, sostiene que estaremos en presencia de una u otra figura según el contenido de la disposición testamentaria, con independencia de lo que el testador haya querido, lo cual no parece casar muy bien con lo dispuesto en los citados preceptos.

Admitiendo que el legado parciario pueda ser tal, se plantea el problema de determinar la posición jurídica que corresponde al legatario, pues como ya se ha destacado, está huérfano de regulación en el Código Civil. Y si bien es cierto que se trata de un legado, y por tanto, su estatus jurídico será el propio de esta institución (por ejemplo, no es un «sucesor» en sentido estricto, por lo que no va a subrogarse en la misma posición del causante, como el heredero, sino que es un simple adquirente de bienes y derechos), presenta caracteres propios que le alejan del mismo para aproximarle a la institución de heredero, presentando ciertos puntos de analogía con este (pues ambos tienen derecho a una porción abstracta del caudal relicto), por lo que también le serán de aplicación sus normas reguladoras, como así lo ha puesto de relieve el TS (1).

Para ello será necesario analizar las diversas situaciones en que pueda encontrarse el legatario, para concretar qué derechos y obligaciones le correspondían en cada caso, determinando la aplicación de preceptos reguladores de la situación correspondiente, bien a los herederos, o a los legatarios, y dilucidar cuáles de ellos le resultan procedentes para el legado de cuota, dotándole así de un régimen jurídico.

En este trabajo, por razones obvias, no podremos ventilar todo su régimen jurídico (2), si bien sí ofreceremos un concepto de legado de parte alícuota y nos

(1) En este sentido, véase por todas, la STS de 16 de octubre de 1940, en la que se declara que «no existe identificación absoluta de los conceptos de heredero y legatario de cuota, siquiera el trato jurídico de ambos ofrezca múltiples aspectos de coincidencia por la nota común que los preside, como sucesores a título de atribución de bienes indeterminadamente».

(2) Para un completo análisis de la figura, véase NÚÑEZ MUÑIZ, *El legado de parte alícuota. Su régimen jurídico*, ed. Edijus, Madrid, 2001.

centraremos, en especial, en el estudio de su posición en relación con la partición de la herencia. También haremos una breve referencia a su admisibilidad como legado en nuestro Ordenamiento, ya que aun existiendo abundante doctrina, la cuestión resulta relevante para esclarecer los aspectos planteados en estas líneas.

II. LA ADMISIBILIDAD DEL LEGADO DE PARTE ALÍCUOTA EN NUESTRO ORDENAMIENTO, A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TS Y DE LA DOCTRINA

El legado de parte alícuota es hoy una realidad indiscutible, si bien ha sido puesto en tela de juicio, sobre todo por la doctrina, toda vez que la jurisprudencia, principalmente la del TS, siempre ha partido de su admisibilidad. Con todo, no se pronunció claramente hasta la importante sentencia de 16 de octubre de 1940, en la que se aborda de forma directa la posibilidad de esta figura en nuestro Ordenamiento, dando así definitiva carta de naturaleza a este especial tipo de legado. Antes de esa fecha, en los supuestos ventilados por el TS, no se ofrecía un reconocimiento abierto, pero tampoco se rechazaba, ya que se circunscribía a dictar si en el caso debatido tras interpretar la voluntad del testador, existía legado parciario o institución de heredero (3). También la DGRN tuvo ocasión de pronunciarse sobre el tema, pero, a diferencia del TS, en un primer momento lo hizo refutando la admisibilidad de la figura (4), postura que cambió tras la STS de 1940 anteriormente citada (5).

Pese a no ser este el principal objeto del trabajo, consideramos necesario reproducir algunos fragmentos de esta importante sentencia, concretamente aquellos que hacen referencia a la admisibilidad de la figura en estudio, pues a ella se le debe buena parte de la existencia del legado de cuota en nuestro Derecho (6).

(3) Véase la STS de 14 de junio de 1898, en la que el Alto Tribunal ya que si bien no se pronuncia claramente sobre el tema, parece partir de su admisión. Dice así: «considerando que *el legado del tercio, como toda disposición testamentaria relativa a la universalidad de la herencia, ha de formarse después de cumplidas las cargas de la herencia misma* (la cursiva es nuestra) incluso las especialmente establecidas por el testador al disponer de una parte de sus bienes, regla-liquidación que debe suponerse aceptada por el propio testador, salvo disposición en contrario». Igualmente la sentencia de 18 de octubre de 1917, en la que se planteó el tema de una manera incidental, pero tras interpretar la voluntad del testador se consideró que lo que había querido, era instituir heredero, pese a haber utilizado la palabra «mando». En esta misma línea se puede citar la sentencia de 2 de enero de 1920. Se manifiesta más claramente en sentido afirmativo, incluso admitiendo que el Código Civil no prohíbe la figura, en las sentencias de 11 de febrero de 1903 y 15 de enero de 1918. En la primera de las citadas establece lo siguiente: «tanto por el sentido literal y jurídico de las palabras empleadas en la cláusula 5.ª del testamento, cuanto por la institución de heredero hecha en la cláusula siguiente, es manifiesto que fue su voluntad, con toda claridad expresada, nombrar a su cónyuge legatario del tercio de sus bienes y de las acciones y derechos correspondientes a esta parte alícuota del caudal que, por serlo, no constituye el título universal, en virtud del cual es llamado a suceder el heredero, sin que el Código Civil, ley vigente al fallecimiento de la testadora y reguladora, por tanto, de los derechos hereditarios, haya prohibido los legados de parte alícuota de herencia, sin perjuicio de las legítimas».

(4) En este sentido, véase la Resolución de 4 de noviembre de 1935.

(5) En este sentido, entre otras, las Resoluciones de 20 de junio de 1956, 30 de junio de 1956, 12 de junio de 1963, y 29 de enero de 1988.

(6) El supuesto era el siguiente: A, súbdito extranjero residente en España, otorgó testamento instituyendo herederas por partes iguales a sus hijas, nombrando albacea y tutor

El TS se pronunció así: «La nota distintiva de los conceptos de heredero y legatario, examinada a la luz de la más nutrida doctrina científica, inspirada en el criterio objetivo de la herencia, no la da (...) la voluntad del testador manifestada en las palabras con que hace el llamamiento a su herencia, sino que surge del propio contenido de la disposición testamentaria, según atribuye a los sucesores el patrimonio en su totalidad o parte proporcional (herencia), o en algunos de sus elementos individualizados o grupo de ellos concretamente determinado (legado); y, así, el legatario de parte alícuota tendrá la condición de heredero, porque sucede en bienes indeterminados, esto es, en una parte abstracta del *universum ius*».

«Examinado, sin embargo, el tema en nuestra legislación y en la doctrina jurisprudencial, ya no se podrá afirmar que impere netamente el criterio objetivo, pues si bien es verdad que la norma básica de distinción la da el artículo 660 corroborado por el 768 del Código Civil, de marcado sentido objetivista, no se puede prescindir de la tendencia espiritualista o de acatamiento de la voluntad del testador, que fluye, no solo del arraigo que en nuestro país tiene el legado de parte alícuota, como institución distinta de la del heredero, y del entronque subjetivista del vigente Derecho español con el Derecho romano, Las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá, sino también, y principalmente, de los artículos 675 y 768 del Código Civil, que imprimen a la intención del causante el rango de ley de la sucesión, máxime en aquellos casos en que por existir disposiciones testamentarias de tipo ético afectivo o jurídico familiar, resulte más acusada la distinción, o en aquellos otros en que no aparezca diáfana la voluntad del testador, en el sentido de que uno de los instituidos sea continuador de su personalidad y otro sea legatario de parte alícuota, incluso con exención de cargas; por lo que procede concluir que, en el estado actual de nuestro Derecho positivo no existe identificación absoluta de los conceptos de heredero y legatario de cuota, siquiera el trato jurídico de ambos ofrezca múltiples aspectos de coincidencia por la nota común que los preside, como sucesores a título de atribución de bienes indeterminadamente».

Esta sentencia, respecto del problema que estamos analizando, contiene un claro pronunciamiento: el legatario de cuota no es heredero, aunque en ciertos aspectos se le parezca. Si bien en fallos anteriores, tampoco puede decirse que al Alto Tribunal le cupiese mucha duda al respecto, pues, con independencia de que en cada caso apreciase la existencia de este legatario o de heredero, en todos parecía partirse de la posibilidad del mismo, y por supuesto, como figura distinta y contrapuesta a la del heredero.

La sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de octubre de 1940, ha sido una resolución muy comentada, e incluso criticada (7). Sin embargo, también se le

de las mismas a B. Este falleció sin rendir cuentas, habiendo instituido heredera a su hija natural, y legando el tercio de sus bienes en usufructo a un extraño y en nuda propiedad a las hijas de A. Apartaba del disfrute de sus bienes a cuantos promovieran intervención judicial de la herencia. Una de las hijas de A demandó a la hija de B, exigiendo la rendición de cuentas. La Audiencia condenó a la demandada. Esta interpuso recurso de casación, alegando en uno de los motivos que existiendo legatarios de parte alícuota no se le podía exigir el cumplimiento íntegro de las obligaciones de B. También sostenía que, siendo la demandante una de las personas favorecidas en el testamento de B, le afectaba la penalidad de perder la participación dispuesta a su favor.

(7) Cfr. OSSORIO MORALES, «Comentario de la STS de 16 de octubre de 1940», en *RGLJ*, 1941, pág. 150; BONET RAMÓN, «Comentario de la sentencia de 16 de octubre de 1940», en *RDP*, 1941, pág. 42.

ha reconocido el mérito de haber sabido fijar una orientación en un tema que, hasta el momento, solo se había tratado en la jurisprudencia de manera confusa y vacilante (8). Ha sido criticada, y con razón, por haber equiparado el legatario de parte alcuota al heredero a beneficio de inventario, cuando la posición de ambos, si bien es similar en cuanto al importe de las deudas que a uno le afectan (al legatario), y de las que el otro debe responder (el heredero), sin embargo es muy distinta (9). Aunque también debe reconocerse que la sentencia dice que la posición de ambos es asimilable, no que sea idéntica.

La sentencia se pronuncia así: «Entre los aspectos de coincidencia (del legatario de cuota con el heredero) cabe señalar el de responsabilidad por deudas hereditarias, tratándose de legado de parte alcuota en pleno dominio o en nuda propiedad que no ha sido excluido de ellas por el testador, ya que el legatario así instituido adquiere por la propia naturaleza de la institución, una condición asimilable a la del heredero a beneficio de inventario».

III. CONCEPTO CONCLUSIVO DEL LEGADO DE PARTE ALÍCUOTA: SU DIFERENCIACIÓN DE LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO Y DEL LEGADO ORDINARIO

Partiendo de la posibilidad legal de este tipo de legado trataremos, en primer lugar, de delimitar el concepto de legado parciario.

La doctrina, a diferencia de la jurisprudencia, ha ofrecido varias definiciones todas las cuales se caracterizan por considerar que se trata de un legado cuyo objeto es una fracción de patrimonio o herencia (10). Así, unos autores lo han conceptualizado como «el legado por el cual el testador dispone a título particular de una porción de su herencia (11), un tercio, una octava parte, etc.» (12). Para otros, se trata de «un legado cuyo contenido se determina por el testador como fracción aritmética de su patrimonio total, como fracción ideal matemáticamente expresada en el patrimonio hereditario» (13).

Como puede observarse, la doctrina tiende a considerar que tal legado consistiría en una fracción del patrimonio total o hereditario. No obstante, conviene poner de manifiesto que tanto el patrimonio como la herencia, que en definitiva

(8) CASTÁN TOBEÑAS, «La dogmática de la herencia y su crisis actual», en *RGLJ*, 1959, pág. 473.

(9) Cfr. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, t. V, vol. I, ed. Bosch, Barcelona, 1990, pág. 78; CERDÁ GIMENO, *Estudios sobre jurisprudencia civil, el legado de parte alcuota*, vol. I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1992, pág. 172.

(10) En el Derecho argentino, según RÉBORA, *Derecho de las sucesiones*, t. I, Librería y Editorial «La Facultad», Buenos Aires, 1932, pág. 303, el legado de cuota es una liberalidad testamentaria que recae sobre una parte del patrimonio, determinada o a determinarse. «Hay parte determinada cuando la respectiva disposición indica una fracción aritmética concreta (la mitad, un cuarto), y hay parte a determinar cuando indica una especie de bienes o una porción de ellos (todos los muebles; el tercio de los inmuebles)».

(11) La cursiva es nuestra.

(12) MORELL Y TERRY, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, t. III, Ed. Reus, Madrid, 1928, pág. 135.

(13) HERNÁNDEZ GIL, *Lecciones de Derecho Sucesorio*, Madrid, 1973, pág. 35; *Obras completas*, t. IV, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1989, pág. 478.

no es sino aquel tras el fallecimiento de su titular (14), están formados por activo y pasivo (15), mientras que el legado suele ser de activo (16), sin perjuicio de que el legatario pueda resultar especialmente gravado con una carga o deuda.

De modo que, tal vez, sería más adecuado especificar en la definición que la porción será solo de activo para evitar confusiones, pues en la materia la precisión terminológica adquiere una gran relevancia. Por tanto y teniendo en cuenta estas consideraciones, el concepto debería delimitar y precisar la figura, separándola, en la medida de lo posible, de otras afines como la institución de heredero. En su virtud, podemos definirlo, y paralelamente a lo que pudiera ser un legado «normal» u ordinario, como «atribución efectuada por causa de muerte y a título singular de una cuota de activo hereditario que faculta al beneficiario a una exigencia autónoma contra el gravado».

Con esta definición se pretende eliminar dudas respecto de lo que es en realidad el legado parciario, o, más concretamente, lo que nosotros entendemos que debe ser.

Lo que nos parece fundamental, y más en el tipo que estamos analizando, es poner de relieve que la atribución debe ser hecha «a título singular», porque es precisamente este dato lo que distingue la figura de la institución de heredero, dado que hay claras diferencias entre ambas instituciones, pese a la semejanza existente en ciertos aspectos en este tipo de legado, además de la distinta función que las mismas desempeñan, por lo que parece conveniente que queden perfectamente deslindadas.

Tal vez pudiera pensarse que resulta innecesario destacarlo, pues si de definir un legado se trata, por imperativo del artículo 660 del Código Civil, necesariamente debemos encontrarnos ante una sucesión particular. Sin embargo, ya hemos visto las dudas que su admisibilidad planteó este instituto, precisamente porque, dadas sus características, es fácil confundirlo con la sucesión universal.

Además, de lo que se dispone es de una porción alícuota, lo que en la práctica dificulta la interpretación y, por tanto, la determinación del título atribuido al beneficiario (17); es decir, si se le quiere como heredero o como simple sucesor particular. Por otro lado, lo característico del legado es el título, que al ser singular carece de fuerza expansiva (18), por lo que el legatario va a percibir únicamente aquello que le ha sido atribuido a diferencia de lo que ocurre con

(14) Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, *Concepción estructural de la herencia*, Ed. Reus, Madrid, 1959, pág. 76; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Ed. Tecnos, Madrid, 2006, pág. 379, y HERNÁNDEZ GIL, *Obras completas*, t. IV, ed. Espasa Calpe, Madrid, 1989, pág. 465.

(15) En este sentido, ROCA SASTRE, «El Patrimonio», en *RCDI*, 1926, pág. 170, lo define como el total conjunto de derechos y obligaciones, en su apreciación económica, atribuidas a un solo titular. De la misma opinión son ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil*, t. I, Ed. Edisofer, Madrid, 2009, puesto al día por DÍAZ ALABART, pág. 79, y Díez-PICAZO y GULLÓN, «Sistema de Derecho Civil», *ob. cit.*, pág. 381. Respecto de la herencia, el artículo 659 del Código Civil dispone que la herencia comprende los bienes derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte, manifestándose en el mismo sentido el artículo 661 al disponer que «los herederos suceden al difunto por el solo hecho de su muerte en todos sus derechos y obligaciones».

(16) Cfr. ROYO MARTÍNEZ, *Derecho sucesorio mortis causa*, Ed. Edelce, Sevilla, 1951, pág. 138.

(17) Cfr. entre otros, TRAVIESAS, «Legados», en *RDP*, 1931, pág. 101.

(18) RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil*, V, de LACRUZ y otros, *ob. cit.*, pág. 23.

el título universal que, por su propia naturaleza, va más allá de las disposiciones efectuadas por el testador.

Cierto que en este legado no se ha hecho ninguna atribución concreta al legatario, por lo que deberá entenderse que la falta de expansión del título no se referirá a otros bienes distintos de los especificados por el testador; porque no se ha hecho tal concreción, sino a otros componentes de la herencia, como pudieran ser las deudas, acciones, etc. Por esta razón consideramos que el título de atribución será decisivo, pues sin esta nota se estaría invadiendo el terreno de la institución de heredero, dejando la figura sin una clara delimitación.

Al especificar que se trata de una «cuota de activo hereditario» queda diferenciado, por un lado, del legado típico consistente en cosas o relaciones jurídicas ciertas y concretas, evidenciando la falta de precisión de aquello que en definitiva va a percibir el legatario, pues hasta que la partición de la herencia no se efectúe, se desconocen los bienes que, finalmente, integrarán la porción que le corresponde, cuota que vendrá determinada asignando un valor concreto en relación con la totalidad; por ejemplo, un tercio (19).

Por otro lado, al señalar que la porción debe ser de «activo», queremos poner de relieve, primero, que el objeto del mismo serán relaciones jurídicas que tengan un valor económico, patrimonial, excluyendo aquellas otras que carecen de ese valor y en las que sucede el heredero; por ejemplo, el ejercicio de acciones de filiación, sin perjuicio de que el testador pueda atribuir también al legatario alguna de estas relaciones; pero para ello será necesaria una manifestación expresa en tal sentido, porque la simple atribución del título particular no es suficiente; por su propia naturaleza no las comprende. Segundo, que no va a asumir el pasivo de la herencia, aunque le afecte, a diferencia de lo que ocurre con el heredero que queda personalmente obligado; con ello pretendemos eliminar dudas, que de hecho se han suscitado (20), respecto de lo que es verdaderamente el legado de cuota; este supondrá, como ya se ha señalado, únicamente una participación en el activo hereditario, no en la totalidad de la herencia; al menos tomando el término herencia en sentido técnico, de acuerdo con lo que el artículo 659 del Código Civil nos dice que la misma contiene, esto es, bienes, derechos y obligaciones.

Al decir que faculta a una exigencia autónoma contra el gravado (21) se trata de reconocer el derecho del legatario a exigir su cumplimiento y a distinguirlo del modo, si bien las diferencias entre ambas figuras son relativas. Sin embargo, buena parte de la doctrina niega al beneficiario de este (si es que existe un beneficiario concreto) esa posibilidad, aunque por supuesto, no hay unanimidad al respecto (22), mientras que sí se le reconoce al legatario.

(19) Por muy llamativo que pueda parecer un legado de cuota de todos los bienes hereditarios, el TS, en la sentencia de 15 de enero de 1918, admitió que era legataria de parte alícuota la viuda del testador a quien había legado «todo cuanto poseo y tengo que tomar».

(20) Cfr. DE BUEN, *Notas a Colin y Capitant*, T. VIII, ed. Reus, Madrid, 1981, pág. 345.

(21) Para VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama Derecho de Sucesiones*, I. *Fundamentos*, ed. Civitas, Madrid, 1982, pág. 176, es indudable que al legatario se le confiere una pretensión autónoma que normalmente implica alguna ventaja, aunque sea moral, para el legatario; también BINDER, *Derecho de Sucesiones*, traducido y anotado por LACRUZ BERDEJO, ed. Labor, Barcelona, 1953, pág. 316, consideraba indispensable, para la existencia del legado, que el favorecido tuviese una pretensión autónoma e independiente para reclamar lo atribuido.

(22) PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho Civil español*, t. V, vol. I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pág. 441, nota 25, señala que aún cuando el Código guarda silen-

Hemos preferido no destacar que se trata de una liberalidad porque, si bien es habitual en el legado, no se da siempre, pues el testador puede imponer al legatario una carga que absorba la totalidad de lo atribuido (23). De hecho, a veces lo que hace es ordenar una manda para a continuación pedir al legatario que haga algo con cargo a lo recibido, y en esto se le va toda la atribución; en tales casos parece que más que legado lo que hay es un encargo al beneficiario del mismo para el cumplimiento del cual le proporciona los medios necesarios (24).

cio sobre las personas que tienen acción para reclamar el cumplimiento del modo, debe entenderse que están legitimadas las personas directamente beneficiarias; en el mismo sentido se pronuncia LÓPEZ VILAS, «sobre la distinción entre legados e instituciones modales», en *ADC*, 1966, pág. 608, quien reconoce que la nota más destacada por la doctrina para diferenciar el legado del modo es la falta de acción de los beneficiarios para exigir el cumplimiento del modo, a diferencia de lo que ocurre con el legado. En su opinión, la acción para pedir y obtener el cumplimiento del modo testamentario corresponderá a los beneficiarios del mismo. Se manifiesta en contra de esta postura, DE LOS MOZOS, «El modo como elemento accesorio de la voluntad negocial», en *RDP*, 1978, pág. 227, pues considera que los legitimados, para instar el cumplimiento del gravamen, serán los albaceas o los herederos que carecen de interés propio en su cumplimiento, ya que obran como curadores de los intereses y de la voluntad del causante. Al no producir el modo la atribución de un derecho al favorecido, no es preciso que este sea capaz, incluso ni siquiera que sea persona (ya que puede resultar favorecido un animal o incluso un sentimiento). Para ROCA SASTRE, *Notas a Kipp*, t. I, ed. Bosch, Barcelona, 1976, pág. 593, los interesados en el cumplimiento del modo están legitimados con eficacia formal, es decir, pueden reclamar tal cumplimiento, más no para sí, pues carecen de un verdadero derecho subjetivo.

Conviene destacar aquí la sentencia de 28 de mayo de 1994, en la que, a propósito de la distinción entre institución modal y legado, el TS señala que «la institución modal es aquella en la que el testador impone al heredero instituido o al legatario designado la obligación de hacer u omitir algo para una finalidad determinada, pudiendo consistir en una carga real o meramente personal, pero sin atribuir a un tercero el derecho a exigir para sí la prestación, pues en este supuesto se estaría ante un legado». También tuvo ocasión de pronunciarse sobre este tema la DGRN. En su Resolución de 19 de mayo de 2005, y a propósito de la interpretación de una cláusula oscura del testamento en la que se dudaba si había un legado o una disposición de carácter modal, señala lo siguiente en cuanto a las diferencias entre ambos institutos: las disposiciones modales obligan, pero no suspenden la adquisición, ni la inscripción a favor de los herederos y cuya verdadera esencia se resume en la idea de constituir atribuciones patrimoniales indirectas, las cuales no suponen relaciones —ni vocaciones— sucesorias.

(23) En este sentido, LACRUZ BERDEJO, *Notas al Derecho de Sucesiones de Binder*, ed. Labor, Barcelona, 1953, pág. 317; TRAVIESAS, «Legados», *ob. cit.*, pág. 100; DÍAZ CRUZ, «Los legados», *ob. cit.*, pág. 9.

(24) GARCÍA FERNÁNDEZ, *Herencia y patrimonio familiar en la Castilla del antiguo régimen*, Secretariado de Publicaciones, Universidad DL., Valladolid, 1994, pág. 145, señala como una de las causas motrices de la realización de legados testamentarios, además de la generosidad o la obligación, el interés del propio testador. Para BARBERO, *Sistema del Derecho Privado*, V, traducido por SENTÍS MELENDO, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967, pág. 3, mientras la herencia responde a exigencias objetivas y de interés de la propia comunidad, el legado sirve para satisfacer exigencias subjetivas del *de cuius*.

IV. POSICIÓN JURÍDICA QUE OCUPA EL LEGATARIO DE PARTE ALÍCUOTA EN RELACIÓN A LA PARTICIÓN DE LA HERENCIA

1. ¿PUEDE SOLICITAR LA PARTICIÓN JUDICIAL DE LA HERENCIA?

Según la LEC de 1881, el legatario de parte alícuota podrá pedir la división de la herencia promoviendo el juicio de testamentaría (art. 1038 LEC), salvo si el testador lo hubiese prohibido expresamente, o por haber encomendado la práctica de las operaciones particionales a un albacea, contador o cualquier otro: artículos 1039, 1045 LEC y 1057, 1058 del Código Civil. Ahora bien, la prohibición del testador habrá que entenderla referida únicamente al legatario que no sea legitimario, pues en tal caso no opera (25). El artículo 1039 de la antigua LEC se refería únicamente a los herederos voluntarios, además de a los legatarios de cuota, lo que ha sido interpretado en el sentido de que tal prohibición no podrá afectar a los legitimarios; al menos por lo que se refiere a su porción de legítima. Cosa distinta será el tercio de mejora y libre disposición, que parece que sí va a estar afectado por la prohibición del testador (26).

La LEC de 2000, actualmente en vigor, regula esta materia en el Libro IV, Título II, Capítulo I, intitulado «de la división de la herencia». A semejanza de la regulación anterior, el legatario de cuota puede solicitar tal división a tenor del artículo 782, siempre que acredite su condición de tal, así como el fallecimiento del testador (27). Sin embargo, se separa de la normativa anterior en cuanto que no contempla la prohibición del testador de dividir la herencia, aunque esta posibilidad debe entenderse subsistente a tenor del artículo 1051 del Código Civil (28). Sin embargo, no se permite tal solicitud cuando el mismo hubiera nombrado un contador-partidor, o este lo fuese por acuerdo de los coherederos o por resolución judicial. El artículo 786 impone al contador la obligación de atenerse a las reglas establecidas por el testador para el inventario, avalúo, liquidación y división, siempre que con ello no se perjudiquen las legítimas.

En este sentido podemos citar el Auto de la AP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.^a), de 13 de marzo de 2007, poniendo de relieve en el segundo de sus Razonamientos Jurídicos, lo siguiente: «Procede la revocación de la resolución recurrida (29). El hecho de que en su testamento la causante haya dispuesto de sus inmuebles legándolos a sus herederos legítimos y en las proporciones que se establecen, y haya nombrado herederos en el resto de sus bienes también a sus herederos legítimos por partes iguales, no resta la necesidad de la división de la

(25) Cfr. PRADA ÁLVAREZ BUYLLA, «El artículo 1056, párrafo 2.º del Código Civil y las menciones legitimarias», en *RCDI*, 1970, pág. 920; GÓMEZ DE LIAÑO, *Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000)*, ed. Forum, Oviedo, 2000, págs. 929 y 930.

(26) En este sentido, cfr. DE CASTRO GARCÍA, *Ley de Enjuiciamiento Civil, Doctrina y Jurisprudencia*, t. II, dirigido por ALBACAR LÓPEZ, Ed. Trivium, Madrid, 1994, pág. 960; también, entre otras muchas, SSTs de 21 de mayo de 1963 y 8 de junio de 1999.

(27) Considera legitimado al legatario de parte alícuota para instar la división judicial de la herencia, entre otras muchas, la STS de 14 de julio de 2008.

(28) El párrafo 1.º del citado precepto dispone: «ningún coheredero podrá ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia, a menos que el testador prohíba expresamente la división». GÓMEZ DE LIAÑO, *ob. cit.*, pág. 929, pone de manifiesto que si tal prohibición resultare de la solicitud o de los documentos presentados por el promovente, no deberá ser admitida a trámite.

(29) El juzgado no había admitido a trámite la demanda.

herencia, que deberá hacerse voluntaria o judicialmente, pudiendo pedir la misma, cualquier coheredero o legatario de parte alícuota, por no existir comisario o contador partididor designado en el testamento (arts. 782 LEC y 1058 CC), ni existir prohibición expresa de la división, ni condición (arts. 1051 y 1054 CC)...

La doctrina ha sostenido que el legatario podrá intervenir en la partición, por lo menos a efectos de fiscalización de las operaciones particionales, para evitar que puedan defraudarse sus derechos. Así lo entiende VALLET DE GOYTISOLO (30) al defender la participación del legatario parciario, al menos en la formación de inventario, avalúo y comprobación del valor de los lotes formados (31). Tal solución aparece avalada por los artículos 1083 del Código Civil, que permite a los acreedores de los partícipes intervenir a su costa en la partición para evitar que puedan defraudarse sus derechos (32); precepto que reproduce íntegramente el artículo 782.5 de la actual LEC. El artículo 403 del Código Civil, que recoge el derecho de los acreedores de los comuneros a intervenir en la división, pudiendo incluso oponerse a que se verifique sin su concurso (33); evidentemente este precepto no se refiere a la división de la herencia, sino de la cosa común, pero, en definitiva, la ratio de la norma es la misma.

La jurisprudencia parece ir más allá, pues incluso viene exigiendo, para la validez de la partición, el consentimiento del legatario de cuota. En este sentido la STS de 22 de febrero de 1997 declara la nulidad de la partición de herencia, entre otras razones por no haber prestado su consentimiento a la misma la esposa del testador, a quien este había legado el tercio de libre disposición. El pronunciamiento es el siguiente: «designada así la esposa legataria de parte alícuota de la herencia del tercio de bienes de libre disposición, su intervención en la partición deviene necesaria dada la semejanza a estos efectos entre el legatario de parte alícuota y los herederos».

En el mismo sentido parece pronunciarse la RDGRN de 3 de febrero de 1997, donde se rechaza la inscripción de un inmueble a favor del cónyuge del testador, legatario, instada por los herederos porque aquella no había intervenido en la partición, lo que «determina la falta de validez y eficacia de todos los negocios contenidos en el documento calificado» (34).

(30) «Estudios de Derecho Sucesorio», t. 1, *ob. cit.*, pág. 445.

(31) También LASARTE ÁLVAREZ considera que no cabe duda de la legitimación del legatario de parte alícuota para instar la partición de la herencia, *Principios de Derecho Civil*, VII, ed. Marcial Pons, Madrid, 2011, pág. 371.

(32) En este sentido, la STS de 12 de junio de 2006, declara rescindida la partición practicada por los herederos con preterición de los legatarios de parte alícuota y causarles lesión por no haber sido llamados a dicha partición, «pues no puede desconocerse la asimilación a ciertos efectos de la figura del legatario de parte alícuota a la del heredero en cuanto *acreedor* (la cursiva es nuestra) de una parte de la herencia».

(33) En caso de oposición, el procedimiento continuará, pero no se hará entrega de los bienes a los herederos y legatarios hasta que las deudas no queden pagadas o garantizadas a su satisfacción (art. 788.3 LEC.). Cfr. GÓMEZ DE LIAÑO, *ob. cit.*, pág. 932.

(34) Debe señalarse que en este caso habían concurrido circunstancias especiales. El supuesto era el siguiente: el causante otorga testamento ológrafo en el que instituye herederos a sus hermanos y sobrinos; asimismo, lega a su cónyuge el usufructo vitalicio de los dos tercios de la herencia, señalando un determinado bien inmueble que debería incluirse en el legado. Los herederos, sin contar con la legataria, proceden a otorgar escritura pública de liquidación de la sociedad conyugal, así como a partir la herencia, y en pago de su legado le atribuyen una serie de bienes entre los que se encuentra el inmueble antes referido, que el causante había ordenado que se incluyese en su haber, dando así por satisfecho totalmente

Y la STS de 8 de marzo de 1999 declaró la nulidad de una partición hereditaria por no haberse citado a acreedores y legatarios de cuota.

Entre las resoluciones más recientes, que siguen la misma línea que las sentencias anteriormente citadas, podemos destacar la RDGRN, de 3 de noviembre de 2003, en la que se exige que para llevar a cabo la partición de la herencia deben intervenir los legatarios de cuota. También la RDGRN de 22 de marzo de 2007, al declarar en su fundamento de Derecho 1.º, entre otras cosas, y por lo que respecta al punto que tratamos lo siguiente: «...Parece lógica la necesidad de exigir la intervención del mismo (legatario de cuota), no solo para realizar actos de disposición sobre los bienes comunes (35), sino también para proceder a la extinción de dicha comunidad mediante la partición».

La intervención de los legatarios de cuota, en la actualidad, tiene un directo apoyo legal en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 2000 (36), en la que además se le concede gran protagonismo, llegando a ser asimilado a los herederos, pues el artículo 783.2 dispone que a la vista de la solicitud de división judicial de la herencia (que el legatario puede hacer, art. 782) se mandará convocar a junta a los herederos, a los legatarios de parte alícuota y al cónyuge sobreviviente. El artículo 784.1 dice, a su vez, que la junta, de la que por disposición del artículo anterior forma parte el legatario de cuota, se celebrará con los que concurren en el día y hora señalados, siendo presidida por el secretario judicial. En el apartado 2.º dispone que los interesados deberán ponerse de acuerdo sobre el

el legado; en la escritura se dice que «los herederos entienden que el consorte del causante la ha aceptado si en el plazo de diez días desde la remisión de la misma por correo certificado con acuse de recibo y por conducto notarial, dicho cónyuge no razona su oposición». En base a este título se pretende la inscripción a favor del cónyuge del inmueble que se le había adjudicado. Inscripción que se denegó, además de por las razones arriba apuntadas, no intervención en la partición de la herencia y liquidación de su sociedad conyugal, porque «sin que conste la aceptación del favorecido por una disposición testamentaria, no podrá entenderse producida la adquisición patrimonial correspondiente ni, por tanto, procederá la inscripción registral». Evidentemente no se está exigiendo, al menos no se parte de que sea necesario con carácter general, para la adquisición del legado aceptación expresa por parte del favorecido, que ya se vio que no es necesaria. Lo que ocurre es que, como se señala en la misma resolución, tras reconocer que no es necesario el concurso del favorecido para la inscripción del inmueble —pues su aceptación no es imprescindible—, el bien cuya inscripción se pretende, que además era privativo del testador, «se adjudica junto con otros y en pago global de su legado de cuota en usufructo de modo que su adquisición implicaría la adquisición de la total adjudicación en pago del legado, lo que, a su vez implicaría, tanto la conformidad con la satisfacción íntegra del legado, como por virtud del carácter del legado de una cuota en usufructo, la conformidad con la previa liquidación de la sociedad conyugal (pues la cuota ganancial del difunto integra su herencia y repercute en el contenido económico del legado)».

(35) Sobre este punto, véase NÚÑEZ MUNIZ, *ob. cit.*, pág. 101 y sigs.

(36) Aquí debemos citar también el artículo 468 del denominado «Código del Derecho Foral de Aragón» (Texto Refundido de las Leyes Civiles aragonesas), aprobado por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón que, por cierto, se mantiene exactamente igual a como lo regulaba el artículo 153 de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte, de las Cortes de Aragón. Dispone lo siguiente: «Si es voluntad del disponente que el llamado a parte alícuota de la herencia sea legatario, no será deudor de las obligaciones y cargas de la herencia y concurrirá a la partición con el heredero, pero cuando no sea legitimario solo tendrá derecho a percibir el valor de lo legado en bienes del activo hereditario líquido si el heredero no opta por pagarlo en dinero, aunque no lo haya en la herencia».

nombramiento de un contador que practique las operaciones divisorias del caudal, así como el nombramiento de peritos que deban intervenir en el avalúo de los bienes. Evidentemente, entre esos interesados estará el legatario parciario, pues el contador y los peritos serán nombrados por la junta de la que forma parte. A su vez deberá aprobar las operaciones particionales o, en caso contrario, podrá formular oposición, lo que de alguna manera, ratifica la postura que tanto la doctrina como la jurisprudencia habían mantenido al respecto.

Si se formulare oposición (cosa que también puede hacer el legatario), según el apartado 3.º del artículo 787 a las operaciones divisorias, el tribunal mandará convocar al contador y a las partes (incluido el legatario de cuota) a una comparecencia que se celebrará dentro de los diez días siguientes. Si en la comparecencia se alcanzase conformidad de todos los interesados, se ejecutará lo acordado, debiendo el contador introducir en las operaciones divisorias, las reformas convenientes que deberán ser aprobadas por el tribunal. De no existir conformidad, el tribunal oír a las partes, y admitirá las pruebas que propongan, siempre que no sean impertinentes o inútiles, y se seguirá sustanciando el procedimiento por los trámites del juicio verbal. La sentencia recaída en este juicio se llevará a efecto haciendo entrega a los interesados de los bienes adjudicados y los títulos de propiedad, pero no tendrá efecto de cosa juzgada, pudiendo los interesados hacer valer sus derechos en el juicio que corresponda.

Caso de que el testador le hubiese prohibido al legatario promover el juicio de testamentaría, haciendo uso de la facultad que le reconocía el artículo 1039 LEC de 1881, parte de la doctrina considera que podrá pedir la anotación de su legado. Así lo entienden, DE LA RICA Y ARENAL (37), y ROCA SASTRE (38), quien opina que esta será la solución en las regiones de Derecho romano, pero a continuación declara que la misma tiene perfecta aplicación al legado parciario del Código Civil; también DE LOS MOZOS (39) y DE LOS MOZOS TOUYA (40), pues así no quedaría desamparado.

En contra se manifiesta, no obstante, MORELL Y TERRY (41) al considerar que aunque el testador prohíba expresamente que se promueva el juicio con arreglo al artículo 1039 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (de 1881), no pueden pedir nunca la anotación preventiva de su legado. En este mismo sentido ROCA-SASTRE MUNCUNILL (42), según quien, aunque el artículo 1039 de la Ley procesal civil prevé que los legatarios de parte alícuota no puedan promover el juicio de testamentaría cuando el testador se lo haya prohibido expresamente.

No obstante, ha resuelto negativamente el problema el artículo 152 del vigente Reglamento Hipotecario al disponer que «a los efectos de las anotaciones preventivas (de legados) ... los legatarios de parte alícuota se considerarán asimilados en todo caso a los herederos» A pesar de esta asimilación —continúa el autor—, hay que entender que, por diferir el derecho de los legatarios de parte alícuota del derecho de los herederos o derecho hereditario, no pueden aquellos pedir anotación preventiva de su derecho en una parte alícuota de la

(37) *Ob. cit.*, pág. 140.

(38) «Estudios de Derecho Privado», t. II, *ob. cit.*, págs. 196 y 200.

(39) «La adquisición de la posesión en los legados», en *ADC*, 1962, pág. 896.

(40) «Anotación preventiva del Derecho Hereditario», en *RCDI*, 1982, pág. 1488.

(41) *Comentarios a la legislación hipotecaria*, t. III, ed. Reus, Madrid, 1928, pág. 137.

(42) «Derecho de Sucesiones», t. I, *ob. cit.*, pág. 60.

herencia, al amparo de la anotación preventiva del derecho hereditario prevista en el artículo 42.6.º de la Ley Hipotecaria (43).

Nuestra opinión es que, dada la redacción del precepto —los legatarios que no tengan derecho, según las leyes, a promover el juicio de testamentaría— si el testador lo prohíbe, los legatarios de parte alícuota ya no tienen derecho a ello según la ley (siempre, como hemos visto, que además no sean legitimarios), pues esta es la que faculta al testador para prohibirlo. Por lo tanto, podrán pedir que se anote su derecho al amparo del número 7 del artículo 42 LH.

En la actual LEC, no se contempla la posibilidad de que el testador prohíba, sin más, la partición, pero tampoco impide que pueda censurarla. Sencillamente guarda silencio al respecto. El artículo 782.1 dice así: «Cualquier coheredero o legatario de parte alícuota podrá reclamar judicialmente la división de la herencia, siempre que esta no deba efectuarla un comisario o contador-partidor designado por el testador, por acuerdo entre los coherederos o por resolución judicial». De todas formas, la facultad del testador de prohibir la partición debe entenderse vigente al amparo del artículo 1051 del Código Civil (44).

En el supuesto de que el testador hubiese nombrado una persona encargada de hacer la partición, caso en que tampoco podrá promoverse la partición judicial, entendemos que no procederá la anotación preventiva a que se refiere el artículo 42.7 LH, porque la división del caudal está garantizada al haberse nombrado una persona para llevarla a cabo, y si además el testador le hubiese dado instrucciones al contador respecto de cómo efectuar la partición, deberá pasar por ella, siempre que no le perjudique la legítima si fuese heredero forzoso. Opinamos que tal solución encontraría apoyo en el artículo 786 de la LEC de 2000, que impone al contador nombrado por el juez acomodarse a las instrucciones del testador, si las hubiera, a salvo las legítimas. Con mayor razón si el comisario fuese designado por el testador. De no existir instrucciones en tal sentido, el legatario deberá prestar su conformidad a la misma. Si no lo hiciera porque le resulta lesiva, podrá rescindirla (45).

1.1. *¿Pueden los colegatarios de parte alícuota pedir la partición de la herencia cuando alguno de ellos está sometido a condición suspensiva?*

Si el legado parciario estuviese sometido a condición suspensiva, esta circunstancia no impedirá que los demás legatarios y herederos efectúen la partición, quedando la parte correspondiente al legatario condicional en administración hasta que la condición se realice o haya certeza de que no podrá cumplirse

(43) Sobre las garantías registrales de este legado, véase NÚÑEZ MUÑOZ, *ob. cit.*, pág. 154 y sigs.

(44) Cfr. GÓMEZ DE LIAÑO, *ob. cit.*, págs. 929 y 930.

(45) GÓMEZ DE LIAÑO, *ob. cit.*, pág. 943, señala, al comentar el artículo 787 de la nueva LEC, que en caso de que los interesados no formulen oposición a las operaciones particionales (la aprobación puede venir determinada incluso por el silencio de las partes), se dictará un auto aprobándolas, y se ordenará su protocolización, pero la aprobación presunta del proyecto de partición, al no manifestar los interesados oportunamente su oposición, no altera la naturaleza de la misma, siendo solo un medio para poner fin al procedimiento. Tal aprobación judicial no puede impedir que los coherederos (y también el legatario de Cuota), al amparo del artículo 1073 del Código Civil, puedan solicitar su rescisión por las mismas causas que las obligaciones.

(art. 801 CC). Esta administración corresponderá a los demás legatarios no condicionales si entre ellos y el condicional existiera derecho de acrecer, por aplicación del artículo 802 del Código Civil. Así lo ha puesto también de manifiesto la RDGRN de 29 de enero de 1988. En ella se debatía la posibilidad de los herederos y demás legatarios de parte alícuota de practicar la partición de la herencia, pues el Registrador entendía que no era posible, dado que el legado parciario estaba sujeto a condición, por lo que había que esperar al no cumplimiento de la misma, razón por la cual denegó la inscripción. Recurrida esta decisión, la Dirección General revoca el auto apelado. El supuesto de hecho era el siguiente: Los causantes, marido y mujer, instituyen herederos en su legítima estricta a sus tres hijos, y legan los dos tercios restantes por terceras e iguales partes a dos de sus hijos y a los hijos de su otro hijo (Antonio), los primeros por cabezas y los segundos por estirpes, aclarando que si su hijo Antonio (padre de los legatarios) tuviese con posterioridad más descendientes tomarían parte de este legado, distribuyéndose en este caso la parte correspondiente a los nietos entre los que resultasen al ocurrir su defunción (de Antonio, padre de los nietos legatarios). Fallecidos los testadores, los herederos y legatarios realizan la partición, aunque la adjudicación hecha a los nietos queda supeditada a la muerte del padre. El registrador deniega la inscripción. La Dirección General se pronuncia de la siguiente manera: «En la parte del legado de cuota correspondiente a los nietos, es necesario esperar al fallecimiento del padre para concretar el número de legatarios. Mientras tanto, se produce una especial concurrencia de llamamientos en relación, no con todo el legado parciario, sino solo en la parte de él a que son llamados los nietos, pues junto a los llamamientos puros que confirman en esa parte derechos desde el momento mismo del fallecimiento del causante, si bien el alcance objetivo quede provisionalmente indeterminado, hay también llamamientos en favor de *nondum concepti*... El hecho de que la cotitularidad interna sobre una parte de un legado parciario esté pendiente de un acontecimiento futuro e incierto no puede tener, para toda la herencia, unas consecuencias tan perturbadoras como las que pretende en su nota el Registrador... Deben, pues, interpretarse los preceptos de modo que la relativa indeterminación en que queda la cotitularidad interna de la parte de un legado parciario no contamine toda la herencia, ni menoscabe la facultad para exigir la partición que corresponde a los que, por exigencia de la ley o de la voluntad del testador, tienen incondicionadas sus plenas facultades de heredero o legatario. La provisionalidad a que se refiere el artículo 1054 debe restringirse, pues, a las adjudicaciones que se hagan por la parte del legado parciario a los que son llamados los nietos. Los coherederos y los otros colegatarios del legado parciario pueden pedir, por su parte, incondicionadamente la partición (46)... Para los supuestos en que el legado está sujeto a condición suspensiva, tienen aplicación los artículos 801 y siguientes. Y esta solución debe ser también aplicable al presente supuesto... por tanto son los mismos nietos colegatarios, ya existentes, los que conforme al artículo 802 tienen la administración del derecho de la parte legada a todos los nietos... Así pues, los nietos ya existentes tienen, respecto de la parte legada a todos los nietos y en cuanto a la parte correspondiente a los posibles futuros nietos las mismas facultades participacionales que tendría el administrador del ausente en cuanto a la cuota a que estuviese llamado el ausente, entre las que están, con la debida intervención judicial (arts. 185 y 186 CC y 2046 LEC),

(46) El subrayado es nuestro.

la de consentir la partición, con plena y definitiva eficacia por cuanto hace a los demás herederos y legatarios. Por cuanto hace a la cuota legada a los nietos, los legatarios ya existentes, pueden ya realizar la partición asegurando competentemente —a juicio del juez— el derecho de los posibles nietos futuros; y hasta saberse que ya no habrá más nietos, se entenderá que las adjudicaciones entre esos nietos son provisionales (art. 1054).

¿Qué ocurre en caso de no existir colegatarios o, si habiéndolos, no existe entre ellos derecho de acrecer? ¿Quién tendría la administración de la cuota correspondiente al legatario sujeto a condición suspensiva mientras esta está pendiente? ROMÁN GARCÍA (47) sostiene que la administración del legado condicional, habitualmente quedará confiada al propio heredero gravado, o excepcionalmente a personas distintas del heredero. Y en efecto, esto parece ser lo que se desprende de la regulación del Código, pues si bien el artículo 803 permite en ese caso al heredero condicional ser el administrador si presta fianza, no dice que se aplique la misma solución al legatario, a diferencia del artículo anterior que sí hace extensiva la regulación que contiene para los herederos, a los legatarios. Por otro lado, parece lógico que sean los herederos quienes se encarguen de la administración hasta que la condición se cumpla, pues el legatario parciario, en principio, es una persona extraña a la comunidad hereditaria.

Ahora bien, lo que sí podrán hacer los legatarios de cuota es exigir al heredero administrador que rinda cuentas de su gestión. Así lo ha puesto de manifiesto el TS en la sentencia de 16 de octubre de 1940 (48), en la que se condena a la heredera a rendir cuentas a las legatarias de cuota. Y en la de 22 de enero de 1963, en la que declara que «corresponde a los legatarios de parte alícuota la acción para exigir la rendición de cuentas prescrita por el artículo 1720 del Código Civil».

2. BREVES CONSIDERACIONES RESPECTO DE SI EL LEGATARIO DE CUOTA DEBE CONTRIBUIR A LOS GASTOS DE PARTICIÓN

De lo que aquí se trata es de determinar si los gastos ocasionados por la partición de la herencia son de cuenta solo del heredero o si el legatario parciario debe contribuir a ellos.

Dado que el legatario tiene el mismo interés que el heredero en que la partición se realice para poder concretar su derecho, los gastos que la misma origine deben ser también soportados por él en proporción a la cuota (49). Así lo ha establecido la sentencia de 11 de enero de 1950, al declarar que, «el heredero y el legatario parciario tienen una nota común: ambos adquieren un derecho abstracto que es necesario concretar mediante la partición, quedando así equiparados en este aspecto por idéntico interés, el heredero y el legatario de parte alícuota, a los que afecta por igual la responsabilidad referente a gastos comunes de la partición, bien mediante la fórmula admitida de hijuela especial defraída de la herencia, si es aceptada por todos los interesados, bien por imputación a los mismos proporcionalmente al haber líquido que se les adjudique...».

(47) *Las obligaciones testamentarias en el Código Civil español*, Montecorvo, Madrid, 1995, pág. 201.

(48) CERDÁ GIMENO, *ob. cit.*, pág. 162 y sigs.; BONET RAMÓN, *ob. cit.*, pág. 37 y sigs.; PUIG BRUTAU, *ob. cit.*, pág. 76 y sigs.

(49) Cfr. LACRUZ BERDEJO, «Sucesión universal, sucesión a título de heredero y designación del heredero», en *RDN*, 1961, pág. 124.

También debe contribuir a sufragar los honorarios del contador-partidor dativo, pues así lo dispone la sentencia de la AP de Zaragoza, de 19 de junio de 2009, aunque se refiere únicamente a los herederos, entendemos que también afectará al legatario de cuota por el interés común que ambos tienen en la partición, por lo que entendemos que los gastos que la misma genere deben ser soportados por todos los interesados en la partición en proporción a sus cuotas.

La citada sentencia dice al respecto en su Fundamento de Derecho segundo lo siguiente: «...La retribución del contador partidor ha de considerarse como un gasto hecho en interés común de la herencia, al que resulta de aplicación la previsión específica contenida en el artículo 1064 del Código Civil, conforme al cual el gasto es deducible de la herencia, lo que conlleva que, en el caso de que no se hubiese computado al momento de liquidación de la misma, deba ser soportado por los coherederos conforme a su cuota de participación...».

Ahora bien, por disposición del artículo 1064 del Código Civil, si los gastos realizados fueran hechos en interés exclusivo del legatario, solo él deberá soportarlos.

3. ¿PUEDE PEDIR LA RESCISIÓN EN CASO DE SER PRETERIDO POR LOS HEREDEROS AL EFECTUAR LA PARTICIÓN?

A continuación nos ocuparemos de las posibilidades de actuación del legatario parciario si al efectuar la partición los herederos prescinden de él (50), o si el valor de los bienes adjudicados es inferior a la cuota asignada.

En este caso entendemos que le resultará aplicable el artículo 1080 del Código Civil, en el sentido de que si fuese omitido por los herederos al realizar la partición, aquel tendrá derecho a exigir la parte que proporcionalmente le corresponda, pero no podrá, sin embargo, pedir la rescisión de la partición efectuada salvo que demuestre mala fe o dolo por parte de los demás interesados. Este precepto responde al principio de conservación de la partición o *favor partitionis*, para evitar las perturbaciones que una rescisión de la misma puede ocasionar, siempre, naturalmente, que haya habido buena fe por parte de los herederos (51).

Si una vez realizada, el valor de los bienes entregadas en pago de su cuota fuese inferior en más de la cuarta parte respecto de la porción que se le hubiese asignado, podrá pedir la rescisión de la misma, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1074 del Código Civil; y por aplicación del principio anteriormente señalado (conservación de la partición), la rescisión será parcial (52), pues solo tendrá lugar entre los perjudicados y los que percibieran más de lo justo, siempre que estos últimos no prefieran indemnizar el daño (art. 1077). A pesar de que este precepto habla de «heredero demandado», entendemos que puede ser también un legatario

(50) Respecto a la preterición del legatario de cuota por los herederos al efectuar la partición, véase MORETÓN SANZ, «Cuestiones litigiosas sobre la preterición intencional y errónea; efectos y consecuencias de la tutela de la legítima cuantitativa sobre la sucesión testamentaria», en *RCDI*, núm. 722, pág. 2904.

(51) VALLET DE GOYTISOLO, *El principio del favor partitionis*, Academia Sevillana del Notariado, 1991, t. IV, pág. 206.

(52) Así lo ha puesto de manifiesto el TS, en las sentencias de 31 de mayo de 1980 y de 30 de marzo de 1993, al decir que «en materia de agravios patrimoniales en la partición, se deberá volver a hacer si los errores y lesión son tan sustanciales y tan enormes que de otro modo no se puedan enmendar».

parciario, pues, si hubiese varios de estos, bien pudiera ocurrir que a uno de ellos se le adjudicasen bienes por un valor superior a su cuota, resultando otro, heredero o legatario de cuota, perjudicado en más de la cuarta parte del valor de los bienes; es decir, que el legatario de parte alícuota puede ser el perjudicado, en cuyo caso podrá ejercitar la acción rescisoria, o puede ser el que ha recibido más de lo que le correspondía, pudiendo ser, en consecuencia, demandado por el perjudicado. Ahora bien, si fue el propio testador quien hizo la partición, esta no podrá rescindirse, salvo que perjudique la legítima o de que se desprenda que la voluntad del testador ha sido otra (art. 1075 CC) revelando su intención de que la partición se acomode exactamente a la disposición realizada, en cuyo caso habrá que respetar tal voluntad y, consecuentemente, el acto será rescindible (53).

Entendemos que también le será aplicable al legatario de cuota, el artículo 1069 del Código Civil, que establece la obligación recíproca de los coherederos a la evicción y saneamiento de los bienes adjudicados.

3.1. *La sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de junio de 2006. Rescisión: Partición realizada por los herederos con preterición de los legatarios de parte alícuota*

La cuestión principal sobre la que versa esta sentencia del Tribunal Supremo es, precisamente, instar la rescisión de la partición de la herencia realizada por los hijos del testador, herederos y a la vez legatarios, por parte de los sobrinos legatarios del tercio de libre disposición, por tanto de parte alícuota, por no haberseles citado para la práctica de las operaciones particionales, por haberles causado lesión por dicho motivo.

Los hechos son los siguientes:

Los actores don Santiago, doña Bárbara, don César, doña Celestina, doña Begoña y don Jesús Miguel, todos ellos sobrinos del causante don Juan Miguel, interpusieron demanda de juicio declarativo de menor cuantía que dirigieron contra los hijos de este don Juan Enrique, don Lázaro, doña Amelia y don Pedro Miguel, interesando que se dictara sentencia por la que se declarara: *a)* Que queda rescindida la partición de la herencia causada por don Juan Miguel y practicada ante el Notario de Córdoba, don Juan José Pedraza Ramírez, el día 6 de mayo de 1998, por causarles lesión como legatarios no llamados a dicha partición; *b)* Que deben realizarse nuevamente las operaciones particionales entregando a los actores en pago de su legado y en pleno dominio el tercio de libre disposición de la herencia del causante; *c)* Que el legado ordenado por el testador para los herederos, sus hijos demandados, les será satisfecho con cargo a los tercios de legítima estricta y mejora, y solo en lo que exceda será con cargo al tercio de libre disposición; *d)* Que procede incluir en el inventario de la herencia las joyas, bienes de uso personal, vehículo, mobiliario y ajuar doméstico propiedad del causante a que se refiere el hecho cuarto de la demanda; *y e)* Que se condene en costas a los demandados.

Los referidos demandados se opusieron a tales pretensiones y, seguido el proceso por sus trámites, el Juzgado de Primera Instancia, número 4 de Córdoba,

(53) Cfr. ALBALADEJO GARCÍA, «Dos aspectos de la partición hecha por el testador», en *ADC*, 1948, pág. 954.

dictó sentencia por la que estimó parcialmente la demanda declarando rescindidas por lesión a los demandantes las operaciones particionales realizadas por los herederos demandados y ordenó que se llevara a cabo de nuevo la partición con intervención de los demandantes como legatarios de parte alícuota de la herencia de don Juan Miguel, debiéndose imputar el legado establecido a favor de los demandados en la cláusula tercera del testamento, de fecha 18 de agosto de 1997, en primer lugar a los dos tercios de legítima y, en lo que no quede cubierto de esta forma, al tercio de libre disposición que corresponde íntegramente a los demandantes, formándose el oportuno inventario en cuya labor se tendrá en cuenta lo establecido por la propia sentencia en su fundamento jurídico séptimo, todo ello sin especial pronunciamiento sobre costas.

Los demandados don Juan Enrique, don Lázaro, doña Amelia y don Pedro Miguel, recurrieron en apelación dicha sentencia y la Audiencia Provincial de Córdoba desestimó el recurso con imposición de costas a los apelantes.

Frente a esta última resolución han interpuesto los mismos el presente recurso de casación.

El primer motivo del recurso, amparado en el ordinal 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción del artículo 1058 del Código Civil en cuanto la sentencia dictada por la Audiencia, aceptando lo resuelto por el Juzgado, declara rescindida la partición efectuada por los herederos al no haber dado intervención en la misma a los actores en su condición de legatarios de parte alícuota, siendo así que el precepto que se afirma infringido atribuye precisamente a los herederos, y no a otros interesados, la facultad de distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente siempre que fueren mayores de edad y tuvieren la libre administración de sus bienes, salvo que el propio testador hubiere hecho la partición o hubiera encomendado a otro esta facultad.

Nuestro Alto Tribunal desestima el motivo pronunciándose de la siguiente manera:

«No obstante, pese a la dicción literal del artículo 1058 del Código Civil, el motivo ha de ser desestimado, pues si bien el artículo 660 del mismo Código distingue entre heredero y legatario considerando que el primero sucede a título universal y el segundo a título particular, no puede desconocerse la asimilación a ciertos efectos de la figura del legatario parte alícuota a la del heredero en cuanto acreedor de una parte de la herencia. Así ha de entenderse que el régimen del legado de parte alícuota —que en este caso atribuyó el testador a sus sobrinos demandantes— es distinto del legado de cosa específica —cualquiera que sea la posición doctrinal que se adopte acerca de su naturaleza— por la afinidad entre aquel legado y la herencia, derivada en ambos de la común atribución indeterminada de bienes —aunque sea por diferente título— que obliga a que se concrete o materialice mediante la partición el contenido económico para fijar la parte que le corresponde a uno y otro». Al respecto, la sentencia de esta Sala, de 22 de enero de 1963, ya señaló que, “dada la naturaleza, alcance y efecto de esta especie de legado y la ausencia de su reglamentación en nuestro Código Civil, deben serle aplicables determinados preceptos legales relativos al heredero, y muy especialmente aquellos cuyo fin inmediato es el conocimiento por el sucesor del patrimonio en que haya de participar, su cuantía y composición, punto en el que la semejanza entre el heredero y el legatario de parte alícuota aparece más destacada”. Así el artículo 1038-3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 consideraba a los legatarios de parte alícuota como legitimados para promover el juicio de testamentaría, como igualmente establece la nueva Ley de Enjuicia-

miento Civil, de 7 de enero de 2000, en su artículo 782.1 que están facultados para pedir la división judicial de la herencia.

En consecuencia, la preterición en la partición del legatario de tal clase ha de producir los efectos previstos en el artículo 1080 del Código Civil para el caso de preterición de un heredero, de forma que si se produce de mala fe o dolosamente —conociendo su existencia— ha de desembocar en la rescisión de la partición así realizada».

La posición del Tribunal Supremo ha quedado muy clara en esta sentencia de 12 de junio de 2006, al confirmar los pronunciamientos, tanto del Tribunal de 1.ª instancia, como de la Audiencia, respecto del punto que aquí estamos analizando: si resulta preterido por los herederos al hacer la partición, esta puede ser rescindida.

Y en efecto, el legatario de parte alícuota tiene un interés evidente en intervenir en las operaciones particionales, aunque sea solo a efectos de fiscalización de tales operaciones como acreedor que es de la herencia (54) para evitar que puedan defraudarse sus derechos.

4. ¿EL LEGATARIO DE CUOTA PUEDE SER CONTADOR-PARTIDOR?

El Código Civil, en el artículo 1057 dice que «el testador podrá encomendar por acto *inter vivos* o *mortis causa* para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de sus coherederos».

Según este precepto, cualquier persona puede encargarse de hacer la partición de la herencia con la sola excepción de los herederos del testador (55). La razón de ello es evidente. Como dice PUIG BRUTAU (56), si la persona que puede contar y partir como el mismo testador, fuese uno de los principales interesados, ello sería tanto como poder ser juez y parte de la misma causa, y carecería de la imparcialidad y objetividad que el cargo requiere (57).

Tal restricción no debe ser considerada como una incapacidad, sino más bien como una prohibición legal por existir incompatibilidad de intereses (58). Conflicto de intereses que desaparecería si el heredero renuncia a su parte, con lo que ya no caería dentro de la prohibición del citado artículo.

Pero, lo que aquí tratamos de dilucidar es si esta prohibición del Código a los herederos es aplicable también a los legatarios de parte alícuota.

Como hemos visto hasta el momento, existen diferencias importantes entre ambas figuras, si bien también ciertas analogías, una de las cuales es, en particular, que ambos tienen un derecho abstracto, una cuota ideal sobre los bienes

(54) Respecto de si el legatario de cuota es cotitular o acreedor de la masa hereditaria (nosotros opinamos que es acreedor), véase NÚÑEZ MUÑIZ, *ob. cit.*, pág. 77 y sigs.; LASARTE ÁLVAREZ, *ob. cit.*, pág. 100, considera que este legatario es, a efectos particionales, un miembro más de la comunidad hereditaria. No obstante hay que decir que esta es una cuestión muy discutida, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

(55) Entiéndase que lo que queremos decir con esto es que uno solo de los herederos no puede efectuar la partición de la herencia por haber sido designado contador-partidor; ahora bien, si por no existir el contador, la realizan todos los herederos, esto sí es posible.

(56) *Fundamentos de Derecho Civil*, t. V, vol. III, *ob. cit.*, pág. 410.

(57) DIEZ-PICAZO y GULLÓN, «Sistema de Derecho Civil», t. IV, *ob. cit.*, pág. 589.

(58) *Ob. últ. cit.*, pág. 411.

hereditarios que solo puede concretarse mediante la partición. Por tanto, si el heredero es parte interesada, y da lugar por ello a que se produzca un conflicto de intereses, exactamente lo mismo ocurre con el legatario de parte alícuota, por lo que, aunque el Código se refiera únicamente a aquel, debe hacerse extensiva la prohibición a estos legatarios por concurrir en ambos la misma razón justificativa, y así lo entiende también la mayoría de la doctrina (59).

Sin embargo es de destacar la postura adoptada al respecto por la Dirección General de Registros en la Resolución de 30 de junio de 1956, donde sostiene precisamente la opinión contraria al declarar que: «si conforme a dicha voluntad (del testador) y a la sistemática del Código Civil, la institución es de legado, no es de razón aplicar a este ciertas incompatibilidades establecidas para el heredero, entre ellas, la del artículo 1057, que impide a este ser contador, ya que toda vez que, como comprensivo de una norma prohibitiva ha de ser interpretado restrictivamente».

No obstante, parece que el Tribunal Supremo, en nuestra opinión con mejor criterio, adopta una postura diferente, pues de la sentencia de 30 de marzo de 1993 se deduce claramente que al legatario de cuota le resultará aplicable el artículo 1057.1.º En este supuesto los demandantes solicitaban la nulidad de la escritura pública de 7-5-1972, por la que se protocolizaron las operaciones de liquidación de la sociedad conyugal y partición de la herencia de su madre, además de la cláusula del testamento en el que la testadora nombraba contador-partidor a su cónyuge, al que había «dejado» el tercio de libre disposición, además de la cuota legal usufructuaria infringiendo así el artículo 1057 del Código Civil. El TS desestimó el motivo, pero no porque considerase que podía serlo al nombrarse legatario, sino porque la nulidad de la partición no se puede acordar por esa causa; y, además, porque el recurrido, padre de los demandantes, no actuó —a juicio del Tribunal— en dicha partición como contador-partidor sino como integrante, junto con sus hijos (menores por aquel entonces) de la comunidad hereditaria; y, dada la incompatibilidad de intereses existente, estos estaban representados por defensor judicial. Se destaca en la sentencia el carácter de norma imperativa del apartado 1.º del artículo 1057, y se pronuncia de la siguiente manera: «En las situaciones de vulneración de normas imperativas esta Sala actuando de oficio, puede declarar la nulidad de lo actuado, concediendo previamente a la otra parte la posibilidad de alegar lo que a su interés convenga. En el caso litigioso así ha sucedido, pero la Sala, del examen de la escritura pública de 7-5-1972, en que se protocolizaron las operaciones particionales, llega a la conclusión, sin ninguna clase de dudas, de que el recurrido no actuó como contador-partidor, por lo que carecía de sentido declarar la nulidad de la cláusula (se refiere a la cláusula del testamento en que se le nombra contador-partidor) cuando a nadie interesa si se ha practicado una partición que no podría invalidarse porque no ha contravenido el artículo 1057, párrafo primero, del Código Civil».

Pese a que no lo dice de forma expresa, es claro deducir de este pronunciamiento que, en caso de haber actuado como contador-partidor, la partición se habría anulado, pues se habría violado una norma imperativa, y ello, a pesar de tratarse de un legatario de cuota, no de un heredero, como dice el precepto estudiado.

(59) Se manifiestan, en este sentido, entre otros, PUIG BRUTAU, «Fundamentos de Derecho Civil», t. V, vol. III, *ob. cit.*, pág. 413; Díez-PICAZO y GULLÓN, «Sistema de Derecho Civil», t. IV, *ob. cit.*, pág. 589; ALBALADEJO GARCÍA, «Curso de Derecho Civil», *ob. cit.*, pág. 147, y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, «Derecho de Sucesiones», t. I, *ob. cit.*, pág. 59.

V. LA RENOVACIÓN DEL DERECHO FORAL Y EL TRATAMIENTO DEL LEGADO DE PARTE ALÍCUOTA

El Código de Sucesiones de Cataluña de 1991, derogado por la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro IV del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, que sí regulaba el legado parciario, expresamente prohibía que se le puedan encomendar las facultades de contar y partir a este legatario, aunque también contemplaba excepciones a esta regla general. El artículo 56.2 del citado Cuerpo legal decía que «las funciones específicas de contador partidor no podrán ser atribuidas a ningún heredero o ningún legatario de parte alícuota, salvo que este último sea un ascendiente de todos los herederos o sea aceptado en documento público por todos cuantos tienen interés en la herencia».

Sin embargo, el libro IV del Código Civil catalán, relativo a las sucesiones, actualmente en vigor, solo se refiere al legatario de parte alícuota en el artículo 427-36, que dispone lo siguiente:

1. «El legado de parte alícuota tiene el carácter de legado de eficacia obligacional y atribuye al legatario el derecho a que le sean adjudicados bienes del activo hereditario líquido por el valor correspondiente a la parte alícuota fijada por el causante, salvo que el heredero opte por pagarlo en dinero, aunque no haya en la herencia.
2. El legatario de parte alícuota no responde como deudor de las obligaciones y las cargas hereditarias.
3. No obstante lo establecido por el apartado 2, si después de percibir el legado apareciesen deudas ignoradas, el legatario debe reintegrar al heredero la diferencia entre el valor fijado originariamente en la parte alícuota y su valor real, dado el importe del activo hereditario. En cambio, si se descuenten bienes o derechos nuevos o se llegan a cobrar créditos hereditarios considerados dudosos o eventuales, el heredero debe abonar al legatario la parte correspondiente al valor de estos bienes, derechos o créditos».

Con ello, prácticamente, se limita a reconocer su existencia al igual que el Código Civil español, y a establecer una escasa regulación, a nuestro juicio, en buena parte innecesaria, pues al tratarse de un legado no hace falta que diga en el apartado 2.º del artículo transcrito, que no responde como deudor de las obligaciones y cargas de la herencia, dado que estas corresponden al heredero, como así lo establece el artículo 411.1.

En cuanto a lo dispuesto en el apartado 3.º, también sería evidente aunque no se estableciese de forma expresa, pues si bien este legatario no se convierte en deudor, las deudas le afectan, pues al corresponderle una cuota de activo líquido es necesario liquidar antes la herencia, y cuantas más deudas haya, menor es su participación. En consecuencia, parece de rigor que si con posterioridad a la partición aparece alguna deuda ignorada, deba satisfacer a los herederos la parte que ha percibido de más al no deducirse esa deuda del activo neto. Lo mismo ocurre en el caso contrario, de que después aparezcan nuevos créditos.

Respecto del punto que estamos tratando, como en todo lo demás, a diferencia del anterior Código de Sucesiones, guarda silencio, con lo que nos encontramos con idéntico problema del Código Civil español, es decir, que para determinar su régimen jurídico hay que analizar todos los artículos reguladores, tanto de los legados como de la institución de heredero, dado que como se ha visto, y pese a que no lo es, la semejanza existente entre ambos institutos,

justifique que le resulten también aplicables a este legatario algunas normas reguladoras de aquel.

No obstante la Compilación navarra dispone en la Ley 341 que «no pueden ser contadores-partidores el heredero, el legatario de parte alícuota y el cónyuge viudo o el miembro sobreviviente de pareja estable por Ley».

También la Ley de Derecho Civil de Galicia de 1995 se podía encuadrar en esta línea al establecer en el artículo 159.1 que «el testador podrá encomendar en el propio testamento o en otro documento público, la facultad de hacer la partija de herencia a quien no sea partícipe en la misma». Ciertamente que en este precepto no existe la menor referencia directa al legado de parte alícuota, lo cual en nuestra opinión no significa que no se admita.

Esta Ley ha sido derogada por la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, que en el tema que nos ocupa sigue la misma línea que la anterior. En este sentido, el artículo 283 dispone: «En el propio testamento o en escritura pública, el testador podrá encomendar la facultad de hacer la partición de la herencia a quien no sea partícipe en la misma». El hecho de que el precepto transcrito se refiera a un no partícipe en la herencia parece dar a entender que además de los herederos existen otras personas que pueden serlo, y no se nos ocurre nadie más que el legatario de cuota.

Por otro lado, el artículo 250 de la Ley de 2006 establece: El heredero deberá pagar las legítimas o su complemento en el plazo de un año desde que el legitimario la reclame. Transcurrido este plazo, la legítima producirá el interés legal del dinero. Si el legitimario no estuviera conforme con la liquidación de la legítima y rechazara el pago, el heredero o persona facultada para entregarla podrá proceder a la consignación judicial.

En este precepto se está refiriendo al legitimario como persona distinta del heredero, sin perjuicio de que también la legítima pueda atribuirse por cualquier título, incluso el de heredero, pues así lo establece el artículo 240 de la Ley actual. También en sede de legítimas, el artículo 244 la considera como cuota de activo líquido al exigir que su cálculo se haga tras deducirse deudas y cargas, lo que más o menos, viene a coincidir con el legado al que nos referimos. Pese a que la Ley en ningún momento alude directamente a este tipo de legado, creemos que hay base para defender su existencia (60) en esta Comunidad Autónoma. De ser así, cuando el precepto se refiere a un partícipe en la herencia, por tal habrá que entender no solo al coheredero, sino toda aquella persona que tenga derecho a una porción de la herencia, para la concreción de la cual sea necesaria la partición siendo incompatible esta circunstancia con la condición de contador-partidor.

En cuanto a su actualización, en algunos extremos, el Texto Refundido de las Leyes Civiles aragonesas, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, con el título «Código de Derecho Foral de Aragón», mantiene en el artículo 468 intitulado «legado de parte alícuota», exactamente la misma redacción que contenía el artículo 153 de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones

(60) Avalaba más claramente esta solución de que se podía referir a un legado de parte alícuota, la Ley de 1995, al disponer el artículo 144 que «el testador puede establecer por vía de legado... 2 la mejora del tercio y quinto, que comprende la totalidad del tercio de mejora y dos quintas partes del tercio de libre disposición, equivalente a siete quinceavas partes del capital líquido de la herencia». Ello era así porque esta ley, en cuanto a las legítimas, se remitía al Código Civil, mientras que la Ley vigente se aparta del mismo en aras de proporcionar al testador mayor libertad dispositiva, tanto en cuanto reduce la cuota de los descendientes (un cuarto) y los legitimarios, pues solo lo son los descendientes y el cónyuge.

por causa de muerte de las Cortes de Aragón, ya transcrito en páginas anteriores (61), pero que no está de más reproducir en esta sede. Dice lo siguiente: «Si es voluntad del disponente que el llamado a parte alícuota de la herencia, no será deudor de las obligaciones y cargas de la herencia y concurrirá a la partición con el heredero, pero cuando no sea legitimario solo tendrá derecho a percibir el valor de lo legado en bienes del activo hereditario líquido si el heredero no opta por pagarlo en dinero, aunque no lo haya en la herencia».

Este precepto, pese a su brevedad, contiene una regulación, no completa, pero sí aclaratoria de algún punto de interés en la medida que evita las dudas que sobre ellos puedan surgir cuando la situación se presente. Por ejemplo, merece destacarse al respecto el hecho de especificar que debe concurrir a la partición con el heredero, pues, dadas las características de esta figura, para concretar su cuota es necesario efectuar la división, pero al no ser heredero surgiría la duda de si debe quedar al margen de las operaciones particionales o, en todo caso, limitarse a una fiscalización de las mismas para evitar que puedan defraudarse sus derechos. Con tal dicción, esta norma parece dejar fuera de duda que el legatario debe tener una presencia activa en las operaciones particionales como si de un comunero más se tratase, sin que en nuestra opinión deba considerarse tal, pues si así fuese no debería estar a expensas de la opción del heredero para recibir su parte, al menos cuando no sea legitimario.

La intervención del legatario en la partición está en consonancia con lo dispuesto en el artículo 50 que, al referirse a quien puede pedir que se divida la herencia, reconoce tal derecho a «todo titular de una cuota». En el mismo sentido, el actual artículo 365 del Texto Refundido, ya citado, dispone en su apartado primero que «todo titular de una cuota en una herencia o porción de ella tiene derecho a promover en cualquier tiempo la división de la comunidad».

Se pone de relieve, asimismo, que no asumirá las deudas y cargas de la herencia, si bien esto es algo consustancial a la propia naturaleza de la figura, pues en caso contrario estaríamos ante una institución de heredero. Lógicamente tales cargas le afectan, dado que como dice a continuación el propio precepto, solo tiene derecho al activo líquido, lo cual supone una previa satisfacción de las mismas.

VI. REFLEXIONES CONCLUSIVAS. LA DETERMINACIÓN DE SI ES LEGADO DE PARTE ALÍCUOTA O INSTITUCIÓN DE HEREDERO DEPENDERÁ DE LA VOLUNTAD DEL TESTADOR: LA PRÁCTICA DE LA PARTICIÓN PARA CONCRETAR LA CUOTA

A la vista de lo anteriormente expuesto, resulta evidente que en nuestro Derecho existe la posibilidad del legado de parte alícuota. Ahora bien, que en un caso concreto estemos en presencia de este tipo de legado o de una institución de heredero, es cuestión de interpretar el testamento para averiguar la voluntad del testador, pues esta es la ley de la sucesión.

Dadas las características de la figura, para concretar la parte que le corresponderá al legatario de cuota es necesario efectuar la partición de la herencia. Partición que el propio legatario puede promover y, además, intervenir en la misma, aunque sea a los solos efectos de fiscalización de las operaciones particionales para evitar que puedan defraudarse sus derechos, pudiéndose llegar incluso a

(61) Véase nota 36.

la rescisión de la partición si los herederos proceden por sí solos prescindiendo de los legatarios de cuota. Si se diera la circunstancia de la existencia de varios legados parciarios, uno de los cuales está sometido a condición suspensiva, los demás legatarios incondicionales podrán pedir la partición asegurando el derecho del o de los legatarios condicionales hasta constatar si la condición se cumple. Hasta ese momento se entenderá provisional la partición.

A este legatario le afecta la prohibición establecida para los herederos en el artículo 1057, de no poder ser nombrados contadores-partidores, pues el conflicto de intereses que el citado precepto trata de evitar si se nombra a uno de los herederos, se produce igualmente con los legatarios de parte alícuota, pues dadas sus características de ser beneficiario de una porción abstracta de la masa hereditaria, para concretar su derecho es necesario antes partir la herencia, por lo que no puede ser nombrado contador-partidor pese a que el artículo 1057 únicamente se refiera a los herederos.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA: *Derecho Civil*, t. I. Edisofer, Madrid, 2009, puesto al día por DÍAZ ALABART.
- «Dos aspectos de la partición hecha por el testador», en *ADC*, 1948.
- BARBERO: *Sistema del Derecho Privado*, V, traducido por SENTÍS MELENDO, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967.
- BINDER: *Derecho de Sucesiones*, traducido y anotado por LACRUZ BERDEJO, Labor, Barcelona, 1953.
- BONET RAMÓN: «Comentario de la STS, de 16 de octubre de 1940», en *RDP*, 1941.
- CASTÁN TOBEÑAS: «La dogmática de la herencia y su crisis actual», en *RGLJ*, 1959.
- *Concepción estructural de la herencia*, Reus, Madrid, 1959.
- CERDÁ GIMENO: *Estudios sobre Jurisprudencia Civil, el legado de parte alícuota*, vol. I. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1992.
- DE BUEN: *Notas a Colin y Capitant*, t. VIII, Reus, Madrid, 1981.
- DE CASTRO GARCÍA: *Ley de Enjuiciamiento Civil, Doctrina y Jurisprudencia*, t. II, dirigido por ALBACAR LÓPEZ, Trivium, Madrid, 1994.
- DE LA RICA Y ARENAL: *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, Madrid, 1948.
- DE LOS MOZOS: «El modo como elemento accesorio de la voluntad negocial», en *RDP*, 1978.
- «La adquisición de la posesión en los legados», en *ADC*, 1962.
- DE LOS MOZOS TOUYA: «Anotación preventiva del Derecho Hereditario», en *RCDI*, 1982.
- DÍAZ CRUZ: *Los legados*, Reus, Madrid, 1951.
- DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, Tecnos, Madrid, 2006.
- GARCÍA FERNÁNDEZ: *Herencia y patrimonio familiar en la Castilla del antiguo régimen*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valladolid, 1994.
- GÓMEZ DE LIAÑO: *Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000)*, Forum, Oviedo, 2000.
- HERNÁNDEZ GIL: *Lecciones de Derecho Sucesorio*, Madrid, 1973. *Obras Completas*, t. IV, Espasa Calpe, Madrid, 1989.
- LACRUZ BERDEJO: *Notas al Derecho de Sucesiones de Binder*, Labor, Barcelona, 1953.
- «Sucesión universal, sucesión a título de heredero y designación del heredero», en *RDN*, 1961.

- LÓPEZ VILAS: «Sobre la distinción entre legados e instituciones modales», en *ADC*, 1966.
- LASARTE ÁLVAREZ: *Principios de Derecho Civil*, VII, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- MORELL Y TERRY: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, t. III, ed. Reus, Madrid, 1928.
- MORETÓN SANZ: «Cuestiones litigiosas sobre la preterición intencional y errónea; efectos y consecuencias de la tutela de la legítima cuantitativa sobre la sucesión testamentaria», en *RCDI*, núm. 722.
- NÚÑEZ MUÑOZ: *El legado de parte alícuota. Su régimen jurídico*, ed. Edijus, Madrid, 2001.
- OSSORIO MORALES: «Comentario de la STS de 16 de octubre de 1940», en *RGLJ*, 1941.
- PRADA ÁLVAREZ BUYLLA: «El artículo 1056, párrafo 2.º del Código Civil y las menciones legitimarias», en *RCDI*, 1970.
- PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, t. V, vol. I, Bosch, Barcelona, 1990.
- PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho Civil español*, t. V, vol. I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.
- RAMS ALBESA: *Elementos de Derecho Civil*, V, de LACRUZ y otros.
- REBORA: *Derecho de las Sucesiones*, t. I. ed. La Facultad, Buenos Aires, 1932.
- ROCA SASTRE: «El Patrimonio», en *RCDI*, 1926.
- *Notas a Kipp*, t. I, Boch, Barcelona, 1976.
- *Estudios de Derecho Privado*, t. II. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948.
- ROCA-SASTRE MUNCUNILL: *Derecho de Sucesiones*, t. I. Bosch, Barcelona, 1995.
- ROMÁN GARCÍA: *Las obligaciones testamentarias en el Código Civil español*, Montecorvo, Madrid, 1995.
- ROYO MARTÍNEZ: *Derecho Sucesorio mortis causa*, Edelce, Sevilla, 1951.
- TRAVIESAS: «Legados», en *RDP*, 1931.
- VALLET DE GOYTISOLO: *Panorama de Derecho de Sucesiones*, I. *Fundamentos*, Civitas, Madrid, 1982.
- *El principio del favor partitionis*, Academia Sevillana del Notariado, 1991.

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 14 de junio de 1898.
- STS de 11 de febrero de 1903.
- STS de 18 de octubre de 1917.
- STS de 15 de enero de 1918.
- STS de 2 de enero de 1920.
- STS de 16 de octubre de 1940.
- STS de 22 de enero de 1963.
- STS de 21 de mayo de 1963.
- STS de 31 de mayo de 1980.
- STS de 30 de marzo de 1993.
- STS de 28 de mayo de 1994.
- STS de 22 de febrero de 1997.
- STS de 8 de marzo de 1999.
- STS de 8 de junio de 1999.
- STS de 12 de junio de 2006.
- STS de 14 de julio de 2008.
- STS de 31 de mayo de 2010.

Auto de la AP de Santa Cruz de Tenerife, de 13 de marzo de 2007.
RDGRN de 4 de noviembre de 1935.
RDGRN de 20 de junio de 1956.
RDGRN de 30 de junio de 1956.
RDGRN de 12 de junio de 1963.
RDGRN de 29 de enero de 1988.
RDGRN de 3 de febrero de 1997.
RDGRN de 3 de noviembre de 2003.
RDGRN de 19 de mayo de 2005.
RDGRN de 22 de marzo de 2007.

RESUMEN

LEGADO DE PARTE ALÍCUOTA REPARTO DE LA HERENCIA

Con este trabajo pretendemos analizar la posición jurídica que ocupa el legatario de parte alícuota respecto de la partición de la herencia, habida cuenta de que al corresponderle una cuota abstracta de la masa hereditaria (más concretamente de bienes o activo líquido) para poder asignarle su parte resulta necesario efectuar, con carácter previo, la partición. En este sentido, los asuntos más controvertidos responden a su ausencia de regulación en nuestro Código Civil. En particular, ni siquiera se le menciona en la sección correspondiente a las mandas y legados, sino que el Código se limita a referirse a la figura, de forma poco afortunada y en sentido negativo, en el artículo 655 sobre la reducción de donaciones. En buena lógica, pese a que tanto la LEC como la LH y su RH contienen más amplias referencias, el panorama normativo ha motivado grandes dudas acerca de su admisibilidad, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia y, fundamentalmente, en la DGRN. Las similitudes que el legado de parte alícuota presenta con la institución de heredero, favorece la presencia de otras tantas controversias doctrinales y judiciales. En su virtud, hemos considerado necesario dedicar un epígrafe a los debates suscitados sobre dicha admisibilidad, y una

ABSTRACT

INHERITANCE OF A PROPORTIONAL SHARE DISTRIBUTION OF THE ESTATE

A legatee who is left a proportional share of an estate stands in a tricky legal position with respect to the distribution of the estate; because the legatee is entitled to an abstract share in the assets of the estate (more specifically, its liquid assets), the estate distribution process must be performed before the correct portion can be assigned to the legatee. The difficulty of the situation's thornier aspects may be chalked up to regulatory lacunae in our Civil Code, whose section on bequests and inheritances does not even mention such matters. The most the Civil Code does is make an unfortunate negative reference to the concept in article 655, as pertains to the reduction of gifts. While the Act on Civil Procedure, the Mortgage Act and the Mortgage Regulation all contain more-generous references, the legislative panorama quite logically leads legal thought, case law and, fundamentally, the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs to entertain dark doubts about the admissibility of the inheritance of a proportional share. The similarities between the inheritance of a proportional share and the naming of heirs make for just as many scholarly and judicial controversies. The authors have thus considered it necessary to devote a few pages

vez, aceptada su inequívoca existencia, en línea con lo sostenido por una sentencia del Tribunal Supremo que le ha dado definitiva carta de naturaleza, proponemos lege ferenda un concepto de legado de parte alicuota.

to debate over the admissibility of the inheritance of a proportional share. The unequivocal existence of the concept is ultimately accepted, in line with a Supreme Court ruling giving its definitive seal of approval, whereupon the authors offer a lege ferenda proposal defining the inheritance of a proportional share.

1.5. Obligaciones y Contratos

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA CLÁUSULA PENAL: FUNCIONES Y SU MODERACIÓN JUDICIAL EX ARTÍCULO 1154 DEL CÓDIGO CIVIL

por

ROSANA PÉREZ GURREA

Abogada

Doctorando EEES en Derecho Civil. UNED

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. CONCEPTO Y CARACTERES.—III. INTERPRETACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL.—IV. FUNCIONES Y TIPOS.—V. EFECTOS: 1. EFECTOS ANTERIORES AL CUMPLIMIENTO. 2. EFECTOS POSTERIORES AL CUMPLIMIENTO.—VI. LA MODERACIÓN JUDICIAL DE LA CLÁUSULA PENAL: 1. REQUISITOS DE LA MODERACIÓN. 2. JURISPRUDENCIA DEL TS SOBRE EL CUMPLIMIENTO PARCIAL O IRREGULAR PARA MODERAR EX ARTÍCULO 1154 DEL CÓDIGO CIVIL. 3. EL CARÁCTER IMPERATIVO DEL ARTÍCULO 1154. 4. CRITERIOS DE LA MODERACIÓN.—VII. EFICACIA DE LA CLÁUSULA PENAL ADJUNTA A UN CONTRATO DE COMPRAVENTA CON CLÁUSULA RESOLUTORIA EXPRESA INSCRITA EN EL REGISTRO.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. PLANTEAMIENTO

La responsabilidad patrimonial universal del deudor constituye una garantía general para el acreedor con la finalidad de obtener lo debido o su equivalente económico de los bienes del deudor. Pero esta garantía genérica puede ser insuficiente para satisfacer el derecho del acreedor, por lo que nuestro ordenamiento jurídico admite una serie de garantías, destinadas a asegurar el exacto cumplimiento de la obligación, mediante la constitución de una garantía real o personal, entre estas últimas citamos la cláusula penal que vamos a analizar en este trabajo y que es una figura muy presente en todo el ámbito contractual (1).

Tiene razón de garantía del crédito, pero se diferencia de otras garantías en que no altera la base patrimonial sino que modifica convencionalmente la organización ordinaria de la responsabilidad por incumplimiento. Como señala

(1) La regulación de la cláusula penal se encuentra en el Libro III, Título III, Capítulo IV, bajo la rúbrica «De las distintas clases de obligaciones».

AMORÓS GUARDIOLA (2), a través del pacto de una obligación accesoria se produce una ampliación objetiva del débito desplazando la indemnización desde la esfera de la responsabilidad ordinaria a la del cumplimiento de un compromiso contractual y agravando con ello, en principio, la posición del deudor y mejorando la del acreedor; en comparación con el régimen común. SANZ VIOLA (3) señala que «en la cláusula penal las partes de la relación obligatoria regulan las consecuencias del incumplimiento de tal forma que incitan al deudor a cumplir en forma regular. Pero aunque la liquidación convencional de los daños y perjuicios coincidiera con los daños reales, se puede considerar que cumple con esa misión de garantía en cuanto facilita al acreedor el ejercicio de su derecho al evitarle la prueba del daño sufrido y de su cuantía para poder exigir el resarcimiento».

La cláusula penal se utiliza por los contratantes para otorgar un refuerzo a la posición jurídica del acreedor y correlativamente compeler al deudor al cumplimiento, basándose, en definitiva, en la fuerza obligatoria del contrato.

Es una figura que está presente en los diferentes ordenamientos jurídicos, siendo distinta en cada uno de ellos la forma de entender su función y es nuestro Código Civil el que la concibe más ampliamente como una herramienta multifuncional (4).

El Código Civil belga ofrece un concepto restringido de cláusula penal, entendiéndose que solo puede tener la función de indemnización prefijada de los daños que puede sufrir el acreedor por el incumplimiento de la obligación principal. No se contempla la cláusula penal como medida disuasoria del incumplimiento posiblemente por considerar que no es aceptable una sanción impuesta por los particulares. En cuanto a la posible intervención del juez para moderar la pena pactada, se limita a controlar su carácter indemnizatorio, pudiendo moderar su cuantía cuando esta sea manifiestamente mayor que los perjuicios previsibles en el momento de pactarse la cláusula penal y también cuando la obligación principal haya sido cumplida en parte.

En el Código Civil alemán se regula una cláusula penal que puede tener una función sancionadora o meramente indemnizatoria de los daños y perjuicios, dando a la primera un valor prioritario. El juez, a petición del deudor, puede moderar la pena desproporcionadamente alta hasta hacerla razonable, para lo que se tiene en cuenta el legítimo interés del acreedor (5).

En el Código Civil portugués, las partes pueden fijar por acuerdo el importe de la indemnización exigible, que es lo que se llama cláusula penal, la cual está sujeta a las mismas formalidades que la obligación principal. En cuanto a su funcionamiento, únicamente se contempla una función sustitutoria o liquidatoria de los daños y perjuicios (6). El juez podrá moderar equitativamente la cláusula

(2) AMORÓS GUARDIOLA, M., «La garantía patrimonial y sus formas», en *RGLJ*, mayo de 1972, pág. 560 y sigs.

(3) SANZ VIOLA, A. M., *La cláusula penal en el Código Civil*, Barcelona, 1994, pág. 18.

(4) DÍAZ ALABART, S., *La cláusula penal*, Colección de Derecho Español Contemporáneo, ed. Reus, Madrid, 2011, pág. 10.

(5) En el Código Civil alemán la moderación de la pena no queda unida automáticamente al cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal, sino que ha de tenerse en cuenta si dicho cumplimiento inexacto satisface el interés del acreedor para cuya satisfacción se pactaron la obligación principal y la pena.

(6) Si bien la doctrina no sigue un criterio rígido en el sentido de entender que la cláusula penal solamente puede ser liquidatoria y considera que también puede tener un cierto carácter coercitivo por voluntad de las partes.

manifiestamente excesiva, aunque el exceso haya sido sobrevenido y también cabe la moderación cuando la obligación principal hubiera sido cumplida irregularmente, considerándose nulo cualquier pacto que pretenda excluir la moderabilidad. Respecto de las cláusulas penales contenidas en contratos de adhesión, en el Derecho portugués se consideran abusivas si fueran desproporcionadas respecto de los daños resarcibles. A diferencia de las cláusulas contenidas en contratos ordinarios, que son susceptibles de moderación, las cláusulas abusivas ínsitas en contratos de adhesión son nulas de pleno derecho.

El Código Civil italiano permite que las partes puedan pactar tanto una pena coercitiva para el cumplimiento como una indemnización de los daños en caso de incumplimiento. El juez puede moderar equitativamente la pena, tanto en el supuesto de cumplimiento parcial o irregular como cuando su cuantía es manifiestamente excesiva, teniendo siempre en cuenta el interés del acreedor en el cumplimiento. Respecto de la cláusula penal en los contratos de consumo con condiciones generales, el Código de consumo incluye entre las que se presumen abusivas «imponer al consumidor, en caso de incumplimiento o de retraso en el cumplimiento, el pago de una suma de dinero a título de resarcimiento, cláusula penal u otro título equivalente de importe manifiestamente excesivo». La inclusión de este tipo de cláusulas se sanciona con la nulidad, sin que sea posible la moderación de las mismas.

De lo expuesto podemos concluir, con carácter general, que la cláusula penal como sanción no goza del favor del legislador; en los ordenamientos en que se admite ha de pactarse expresamente y en alguno como ocurre en el Código belga está incluso prohibida. En todos los Códigos que regulan la cláusula penal se contempla la facultad judicial de moderar en determinados casos la cuantía pactada, si bien los requisitos para llevarla a cabo son diferentes en cada regulación. El criterio más común es conceder al juez la facultad de moderar la pena con criterio de equidad cuando fuera manifiestamente excesiva o cuando existió un cumplimiento parcial o irregular, si bien en este último caso son numerosos los Códigos que señalan expresamente la necesidad de que el acreedor acepte dicho cumplimiento irregular.

La Resolución del Consejo de Europa, de 20 de enero de 1978, recomienda a los Estados miembros un modelo legislativo sobre cláusulas penales en Derecho Civil. Los Principios Europeos sobre Derecho de los Contratos regulan en el artículo 9:509 PECL la indemnización pactada para el caso de incumplimiento diciendo: «Si se hubiera dispuesto en el contrato que en caso de incumplimiento de una parte esta deberá pagar una suma determinada de dinero a la parte lesionada por dicho incumplimiento, el perjudicado recibirá dicho importe con independencia del daño efectivamente causado. 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».

II. CONCEPTO Y CARACTERES

Nuestro Código Civil no da una definición de cláusula penal, sino que solo señala de forma genérica en el artículo 1152 del Código Civil: «En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiera pactado. Sólo podrá hacerse efectiva la pena cuando esta fuere exigible conforme a las disposiciones del presente Código».

Desde el punto de vista doctrinal, se han dado numerosas definiciones de la cláusula penal, se trata de una obligación accesoria que las partes añaden a una obligación principal, para asegurar su cumplimiento, consistente generalmente en el pago de una cantidad de dinero, en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación principal.

Es difícil dar un concepto de cláusula penal que englobe las diferentes funciones que esta desempeña en nuestro ordenamiento jurídico, DÍAZ ALABART (7) la define como obligación accesoria que solamente será eficaz cuando se dé el tipo acordado de incumplimiento de la obligación principal, y cuyo objeto es una prestación que satisfaga el interés del acreedor en el modo y medida prefijados por las partes.

Desde el punto de vista jurisprudencial, la STS de 8 de enero de 1945, la definió como «promesa accesoria y condicionada que se incorpora a una obligación principal, con doble función reparadora y punitiva, en cuanto no solo procura la indemnización en realidad procedente, sino que la vuelve más gravosa para el deudor y establece además un régimen de privilegio a favor del acreedor» (8).

De lo anteriormente dicho, podemos deducir los rasgos siguientes:

1. La cláusula penal supone una obligación de carácter accesorio, que se añade a una obligación principal para reforzarla; normalmente nace por acuerdo de las partes (pena convencional), pero también es posible que nazca unilateralmente de la voluntad del testador e incluso de la Ley, por tanto, es un medio de garantía de dicho crédito.
2. La obligación tiene por objeto una prestación, normalmente económica, aunque no es necesario que sea así; en el caso de que la prestación sea económica se admiten cláusulas de estabilización.
3. La cláusula penal es una obligación accesoria, ya que se establece para el caso de que el deudor incumpla o cumpla defectuosamente la obligación principal.
4. Para la validez de la cláusula penal es necesario que quien la acuerda tenga capacidad suficiente para obligarse a la prestación en que consista la pena. Podría darse el caso de que teniendo capacidad general para contratar, carezca de ella para la cláusula penal accesoria de dicho contrato (9). Aún teniendo capacidad de obrar para pactarla, puede haber ocasiones en que la cláusula penal sea nula por no haber cumplido los requisitos que tipifica la Ley para algunos tipos de contratos. La STS 1278/2006, de 7 de diciembre, decretó la nulidad de la cláusula penal por falta de legitimidad de un alcalde para prestar su consentimiento en un contrato de arrendamiento ya que no siguió el procedimiento legalmente establecido para obligar al Ayuntamiento.

(7) DÍAZ ALABART, *op. cit.*, pág. 59.

(8) Posteriormente citada por otras como la de 12 de enero de 1999, 12 de julio de 1996 y 25 de enero de 2008, entre otras.

(9) Pensemos, por ejemplo, en el caso de un menor emancipado que arrienda una finca rústica y se le impone una pena por el incumplimiento del pago de la renta que al superar los seis meses le obliga a entregar al acreedor el inmueble. En este supuesto tiene capacidad para arrendar la finca, pero necesitaría el complemento de capacidad pertinente para acordar válidamente la pena *ex* artículo 323 del Código Civil.

5. Que el incumplimiento sea imputable al deudor (10), pero en base al principio de libertad de pactos y teniendo en cuenta el artículo 1105 del Código Civil, se puede acordar una pena que incluya incumplimientos no imputables al deudor debidos a caso fortuito.

La sentencia del TS, de 17 de enero de 2012, señala que: «La libertad de pactos sobre la que se asienta nuestro ordenamiento, de forma similar a otros próximos, permite asegurar el cumplimiento de las obligaciones mediante un pacto accesorio que deroga el régimen general de indemnización de daños y perjuicios para caso de incumplimiento de lo pactado, por el que en tal supuesto, se obliga al deudor a ejecutar una prestación consistente en general en el pago de una determinada cantidad de dinero, con una finalidad en ocasiones liquidatoria de los daños y perjuicios, en otras liberatoria y en otras puramente punitiva o cumulativa, siendo preciso para la exigibilidad de la pena que concurren los siguientes requisitos:

- a) Existencia de una obligación principal válida.
- b) Existencia de una cláusula penal.
- c) Incumplimiento de la obligación principal.
- d) Que el incumplimiento coincida con la previsión contractual ya que, como señala la sentencia 271/2009, de 22 de abril, reiterando la de 18 de septiembre de 2008, las cláusulas penales «como excepción al régimen normal de las obligaciones, merecen una interpretación restrictiva» (11). Lo que no quiere decir que haya de interpretarse reduciendo su ámbito de aplicación, sino que ha de estarse a lo que se pactó; si se acordó específicamente para la falta de pago del precio por parte del comprador, no cabe extender su aplicación a la inobservancia de otras obligaciones no previstas en la cláusula.
- e) Imputabilidad del incumplimiento al deudor.

III. INTERPRETACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL

La interpretación es esencial en el estudio de la cláusula penal y debe realizarse teniendo en cuenta el contexto en el que se inserta la misma, por eso en casi todas las sentencias sobre cláusula penal hay referencias a las reglas de interpretación del Código Civil (12).

(10) Es frecuente establecer en las cláusulas penales moratorias que la pena será exigible cuando no se cumpla a tiempo o correctamente por causas imputables al deudor. Con relación a la imputabilidad, destacamos la STS de 31 de octubre de 2006, referida a un contrato de compraventa de inmueble, en el que se pactó que en el caso de que el contrato se incumpliera por causa imputable a la vendedora, el comprador podía exigir judicialmente el cumplimiento del mismo o la devolución duplicada de la cantidad entregada previamente. Antes del otorgamiento de la escritura, los compradores comprobaron que sobre la vivienda pesaban más cargas que las previstas inicialmente por lo que piden la efectividad de la cláusula penal pactada. El TS considera que en este caso hubo un incumplimiento sustancial y además imputable a los vendedores por lo que consideró efectiva la cláusula penal.

(11) En el mismo sentido se pronuncian las sentencias del TS, de 10 de noviembre de 1983, 27 de diciembre de 1991, 14 de febrero de 1992 y 18 de julio de 2005.

(12) Muchas cuestiones de cláusula penal se resuelven como cuestiones de interpretación del contrato. Son varios los ejemplos que encontramos en la jurisprudencia: STS de 17 de marzo de 1986 (para evitar la aplicación de una pena que resultaba escasa aten-

El TS, en sentencia de 22 de octubre de 1990 (13), interpreta un pacto que verdaderamente puede ser considerado como cláusula penal y le niega tal consideración para evitar un resultado injusto. Contempla el supuesto de una compraventa de local por precio aplazado, una de las cláusulas del contrato establece que en caso de incumplimiento de las obligaciones del comprador, si el vendedor opta por la resolución del contrato, «se producirá la pérdida para el comprador de las cantidades por él entregadas, previo aviso en forma fehaciente con treinta días de antelación». Ante el persistente incumplimiento, el vendedor reclamó la resolución del contrato, con pérdida de la cantidad entregada y el pago de los daños y perjuicios.

El TS considera que dicho pacto no es una cláusula penal, ya que «se requiere para su existencia, bien una función coercitiva o de garantía, consistente en estimular al deudor al cumplimiento de la obligación principal, ante la amenaza de tener que pagar la pena, bien una función liquidadora del daño consistente en evaluar por anticipado los perjuicios que habría ocasionado al acreedor el incumplimiento o cumplimiento inadecuado de la obligación o bien una función estrictamente penal consistente en sancionar dicho incumplimiento o cumplimiento inadecuado, atribuyéndole consecuencias más onerosas para el deudor que las que normalmente lleva aparejada la infracción contractual». El TS considera que ninguna de estas funciones se da en este caso y, que la retención de las sumas pagadas solamente viene a compensar económicamente la inadecuada ocupación del local, cantidad que por el largo período transcurrido no llega a cubrir esos perjuicios.

Respecto a si este pacto debemos considerarlo como cláusula penal, en mi opinión la respuesta es afirmativa, ya que lo característico es la existencia de una pena si se produce el caso para el que se pactó (en este supuesto la resolución por impago del precio), sin que importe que la pena consista en un dar, hacer o no hacer. Podemos considerarla como sustitutoria de los daños dimanantes de la falta de cumplimiento de la obligación principal del comprador consistente en el pago puntual del precio.

El TS, en sentencia de 18 de diciembre de 2006, se refiere a un caso de arrendamiento de ganado, por el que los arrendadores entregaban a los arrendatarios una partida de ganado sano que estos debían reintegrar a la expiración del plazo contractual. El ganado que se entregó al finalizar el contrato tenía graves enfermedades y sufría un gran deterioro que incluso había provocado la muerte de alguno de los animales, razón por la que los arrendadores demandaron solicitando una indemnización por la pérdida sufrida, así como la ganancia que dejaron de obtener por el incumplimiento, con expresa imposición de costas a los demandados por su mala fe y temeridad. No obstante en el contrato se había incluido una cláusula que decía: «El incumplimiento de este contrato por alguna de las partes acarrearía el abono a la parte perjudicada en la cantidad de 500.000 pesetas», sin más aclaración.

En primera instancia se condena al arrendatario al abono de dicha cantidad, al entender que la pena pactada era sustitutoria de cualquier tipo de daño provo-

diendo a las circunstancias, aunque pudiera haberse interpretado como cumulativa), 25 de enero de 1995 (para moderar una pena), 20 de julio de 2005 (para declarar improcedente la moderación), 28 de septiembre de 2006 (para moderar), 18 de diciembre de 2006 (para moderar una pena irrisoria).

(13) Sentencia comentada por GUILARTE GUTIÉRREZ, V., en *CCJC*, núm. 24, septiembre-diciembre de 1990, pág. 1083 y sigs.

cado por el incumplimiento. En apelación se revoca la sentencia concediendo a los arrendadores la cantidad que solicitaron originalmente como indemnización. Los arrendatarios interponen recurso de casación por la interpretación de la citada cláusula penal, entendiendo que infringe el artículo 1152 del Código Civil, motivo que es desestimado por el TS en su Fundamento Jurídico 3: «Visto el considerable valor del ganado objeto del arrendamiento, era obviamente previsible que la falta de cumplimiento derivada de dicho contrato podría dar lugar a perjuicios muy superiores a la indemnización fijada en la estipulación, indemnización que, por otra parte, no estimulaba por ello la voluntad de cumplimiento, sino todo lo contrario. De ahí que, aplicando criterios lógicos, hay que concluir que la intención de los contratantes fue solo la de fijar una indemnización genérica por la simple falta de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones pactadas; sin perjuicio, además de mantener la exigibilidad de la concreta obligación incumplida», es decir, el TS interpreta que la cláusula se pactó solamente para un incumplimiento menor, ya que de otro modo resultaría absurda.

En este caso, el TS da una solución equitativa al caso, pero lo hace en una forma que no resulta la más adecuada desde el punto de vista técnico. Es evidente que la cláusula pactada resulta exigua en relación con los daños causados, pero entender que se quiso pactar solo para un incumplimiento menor resulta aventurado. Verdaderamente al pactar la pena no se tuvo en cuenta un incumplimiento de este tipo y por tanto, la cláusula penal fue pactada para incumplimientos contractuales, como el impago o retraso en el pago de la renta pactada, pero no para un incumplimiento que suponía la destrucción de parte del ganado arrendado.

IV. FUNCIONES Y TIPOS

La cláusula penal puede desempeñar las siguientes funciones que se corresponden con los distintos tipos de cláusula penal que pueden pactarse:

1. Una función de garantía consistente en estimular al deudor al cumplimiento de la obligación principal, ante la amenaza de tener que pagar la pena. Esta función corresponde a la denominada cláusula penal punitiva o cumulativa (14), a la que se refiere el artículo 1153 del Código Civil: «El deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, sino en el caso de que expresamente le hubiese sido reservado este derecho».
2. Una función liquidadora de los daños y perjuicios, que consiste en evaluar por anticipado los perjuicios que produciría al acreedor el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación. Esta función se cubre con la denominada cláusula penal sustitutoria o indemnizatoria. La cláusula así entendida no supone mayor garantía para el cumplimiento, ni agrava la posición jurídica del deudor aunque favorece la posición del acreedor al

(14) La jurisprudencia sobre pena cumulativa no es muy abundante, podemos citar la STS de 13 de febrero de 2008, que trata de un contrato de arrendamiento de una serie de apartamentos a una empresa para su explotación turística. En el contrato se estipularon ciertas penalizaciones para la mora en el cumplimiento de las obligaciones por parte de la arrendataria. Ante la reclamación del pago de la pena acordada se alega que *ex* artículo 1152 del Código Civil no es posible acumular la pena pactada y el interés estipulado, pero el TS pone de manifiesto que de acuerdo con el texto de la cláusula, «en el caso de autos tales garantías pueden acumularse al *perverse* así en la propia cláusula».

eximirle de la prueba de la existencia y cuantía de esos daños, pero para que cumpla efectivamente su función es necesario que la evaluación de los daños pactados se corresponda en lo esencial con los que efectivamente se hayan producido en cada caso (15).

3. La tercera función consiste en pactar una prestación cuya ejecución permita desistir del cumplimiento de la obligación principal (16). La cláusula que cumple esta función es la penitencial o de desistimiento (17), que permite al deudor liberarse de cumplir la obligación pagando la pena acordada. En definitiva, su esquema se corresponde con el de una obligación facultativa ya que permite al deudor cumplir su obligación mediante la realización de una prestación diversa de la debida.

En principio cuando pensamos en este tipo de cláusula se parte de que la obligación principal sea de tracto único o si es de tracto sucesivo que la pena se haya pactado para permitir al deudor que desista antes de haber comenzado el cumplimiento de la obligación principal. Esta sería la típica cláusula penal de desistimiento, ya que este ha de producirse antes del comienzo de la ejecución del contrato. No obstante también se admite otro subtipo de cláusula que podemos denominar atípica, que permite no ya el desistimiento, sino la resolución de un contrato en vías de ejecución (18). En este caso su esquema no se corresponde con el de la obligación facultativa, ya que el deudor no elige la obligación que va a cumplir, sino que una vez comenzada la ejecución de la obligación principal pagando la pena, puede resolver el contrato lícitamente sin que sea preciso que exista causa para ello.

Frente a la gran cantidad de jurisprudencia que existe en relación con la cláusula penal, las sentencias sobre la penitencial o de desistimiento son escasas. Así la STS, de 28 de diciembre de 1946, contempla realmente no una cláusula penal de desistimiento, sino una facultad de resolución del contrato conferida a ambos contratantes a cambio del pago de una cantidad: «Por último, aún facultado el deudor para liberarse de la obligación pagando la pena (caso previsto en el art. 1153 del CC), el hecho de hacer uso de esta facultad no implica *per se* la resolución del contrato, siguiéndose de las apuntadas consideraciones que en el caso ahora controvertido ni se trata de una rescisión ni de una obligación con cláusula penal».

LACRUZ BERDEJO destaca las funciones coercitiva, punitiva y sustitutiva, si bien la función punitiva concurre no solo en el caso de pena cumulativa, sino también cuando la evaluación del daño hecha mediante la cláusula penal supera la medida real del daño; y que las partes pueden establecer una pena inferior al daño que beneficie al deudor, que será válida, salvo en el caso de responsabilidad por dolo.

(15) La gran mayoría de pronunciamientos jurisprudenciales se refieren a este tipo de cláusulas, así las SSTs de 21 de junio de 2004, de 30 de abril de 2008 y de 16 de octubre de 2008.

(16) Así lo entiende GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Comentarios a la STS de 22 de octubre de 1990», en *CCJC*, núm. 24, septiembre-octubre de 1990, pág. 1088

(17) A ella se refiere el artículo 1153 del Código Civil, segunda frase: «Tampoco el acreedor podrá exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena, sin que esta facultad le haya sido claramente otorgada».

(18) Se discute que estos pactos sean verdaderas cláusulas penales con encaje dentro del artículo 1153 del Código Civil. La letra del artículo no distingue entre que se haya comenzado o no a cumplir, si bien es cierto que la mayoría de la doctrina no aprecia esta modalidad de cláusula penal penitencial o de desistimiento.

Las diferentes opiniones doctrinales nos permiten llegar a la conclusión de que la cláusula penal puede desempeñar simultáneamente una o varias funciones, según los términos en que haya sido redactada, en base al principio de autonomía de voluntad de las partes *ex* artículo 1255 del Código Civil; sin embargo, existen dos ideas esenciales en torno a las cuales gira esta figura: la primera es que la cláusula penal es un medio de garantía del derecho de crédito, que estimula al deudor al cumplimiento de la obligación principal ante la amenaza de tener que pagar la pena (función de garantía o coercitiva), la segunda es que las partes valoran de antemano los daños y perjuicios que puedan provocarse al acreedor; caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación principal (función liquidatoria).

V. EFECTOS

1. EFECTOS ANTERIORES AL CUMPLIMIENTO

Antes de que el deudor principal cumpla o incumpla la obligación principal, la cláusula penal tiene un efecto coercitivo, para constreñir al deudor a su cumplimiento, lo que supone una garantía para el acreedor; no solo en el caso de la pena cumulativa sino también de pena substitutiva cuya cuantía sea superior a los daños previstos.

Otro efecto es que la cláusula penal hace que la deuda sea más onerosa para el deudor; lo que tiene una gran trascendencia práctica a efectos de la imputación de pagos. En este sentido, el Código Civil en los artículos 1172 a 1174 señala que, cuando exista un deudor y un solo acreedor de varias obligaciones homogéneas, la imputación se hará por el orden siguiente: 1. Por el señalado por el deudor; 2. En su defecto, por el consignado en el recibo por el acreedor, cuando fuese aceptada por el deudor; 3. Por la aplicación de los intereses cuando la deuda los produzca, y 4. A falta de las circunstancias anteriores, se estimará satisfecha la deuda más onerosa al deudor, entre las que estén vencidas.

2. EFECTOS POSTERIORES AL CUMPLIMIENTO

Si se ha pactado expresamente la pena cumulativa, el acreedor tendrá derecho a exigir el cumplimiento forzoso de la obligación principal y la pena; si el primero no fuera posible, tendrá derecho a daños y perjuicios y la pena, según las reglas generales, pero no podrá elegir entre ambas cosas, salvo en el caso de que tratándose de obligaciones recíprocas, el contratante no incumplidor pida la resolución con abono de daños y perjuicios y pago de la pena.

Si se ha pactado la pena substitutiva, la cuestión es si la indemnización de daños y abono de intereses se refiere a la que surge de la reclamación del *id quod interest* y los daños y perjuicios ocasionados o a la derivada de la resolución de la obligación principal.

La doctrina mayoritaria señala que mediante la cláusula penal, las partes sustituyen preventivamente la prestación del *id quod interest* y la ejecución forzosa en forma específica por el pago de una suma convenida, de donde puede deducirse que la pena substituye a la indemnización correspondiente al valor de la prestación principal más los daños y perjuicios causados.

Otro efecto de la cláusula penal, caso de incumplimiento, es que el acreedor no ha de probar la existencia de daños ocasionados por incumplimiento de la obli-

gación principal porque estos quedan determinados por la pena. La cláusula penal no solo es un pacto relativo a invertir la carga de la prueba, ya que bastaría que el deudor probase lo contrario para incurrir en la pena convencional; por esta razón, la sentencia de 10 de abril de 1956 ha declarado que el deudor no se ve liberado de la pena, probando que el incumplimiento no ha ocasionado daños al acreedor.

Se ha planteado la duda de si en los casos de acción subrogatoria del artículo 1111 del Código Civil, el acreedor puede o no ejercitar la cláusula penal que su deudor no ejercite. HERNÁNDEZ GIL señala como requisitos para poder ejercitar la acción subrogatoria:

1. Que el que intente utilizarla tenga un derecho de crédito contra el deudor, aunque por el momento no sea exigible.
2. Que en el patrimonio del deudor no haya bienes suficientes para pagar al acreedor, es decir, tiene carácter subsidiario.
3. Que los bienes y acciones del deudor que no ejercite puedan ser ejercitados por el acreedor, es decir, que no sean personalísimos.

La duda que se plantea es si se trata o no de un derecho personalísimo del deudor. Recordemos que la función económica y social de la acción subrogatoria es asegurar el cumplimiento de la obligación principal como complemento de la garantía patrimonial universal tipificada en el artículo 1911 del Código Civil (19); por lo tanto, es un medio de conservación del patrimonio del deudor; en su función de garantía de los acreedores, el Código Civil la considera como un instrumento de cobro por parte del acreedor, es decir, como un medio para conseguir el fin jurídico de que el acreedor satisfaga su crédito. Al no tratarse de un derecho personalísimo, sino de carácter patrimonial o económico, la consecuencia es que el acreedor podrá ejercitar la cláusula penal que su deudor no ejercite (20).

VI. LA MODERACIÓN JUDICIAL DE LA CLÁUSULA PENAL

1. REQUISITOS DE LA MODERACIÓN

Una de las cuestiones sobre la cláusula penal que mayor interés ha despertado, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, es la moderación de la pena. Su fundamento central es el artículo 1154 del Código Civil que dice: «El juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor».

Nuestro Código Civil pese a ser de ámbito latino, no contiene previsión alguna sobre la posibilidad de moderación de la pena excesiva (21) con base en

(19) STS de 29 de noviembre de 1962.

(20) El TS ha reconocido la posibilidad de ejercicio vía subrogatoria de la acción para pedir la moderación de la cláusula penal (sentencia de 3 de julio de 1979) y para admitir la acción de rescisión por lesión *ultra dimidium* en Cataluña (sentencia de 12 de marzo de 1984).

(21) La sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 23 de enero de 2012, dice: «Sin perjuicio de aquellos supuestos en los que resulta aplicable la legislación tuitiva de los consumidores, también a diferencia de otros ordenamientos que toleran la modificación de las cláusulas penales excesivas y pese a la tendencia que se expresa en el artículo 1150 del Anteproyecto de Modernización del Derecho de Obligaciones y en el artículo 9:509 de los Principios Europeos de Derecho Europeo de los Contratos, nuestro sistema actualmente

la equidad, sin que haya precepto equivalente al artículo 1152 del Code français: las partes tienen libertad para establecer la cuantía de la pena, sin necesidad de ajustarse a la de los daños efectivamente causados por el incumplimiento (22). En cambio, en la moderación judicial por incumplimiento parcial de la obligación principal el artículo 1154 del Código Civil sigue el modelo francés.

Precisamente la naturaleza de la cláusula penal presidida por el principio de autonomía de voluntad de las partes para establecer las modificaciones de la responsabilidad contractual que deseen dentro de los límites legales, nos lleva a entender que la intervención del juez para moderar debe ser restringida a los supuestos contemplados en el artículo 1154 del Código Civil, es decir, a los casos de cumplimiento parcial o irregular, sin que corresponda hacer una interpretación extensiva de dicho precepto (23).

Siguiendo la línea de restringir la actuación judicial en esta materia propia de los Códigos cercanos al francés, debemos dejar claro que el artículo 1154 del Código Civil no es un cheque en blanco para que el juez discrecionalmente modere la cláusula penal en los casos que le parezca injusta. Para que la moderación sea conforme a derecho tiene que cumplir dos requisitos: que haya existido un cumplimiento parcial o irregular (24) y que la moderación sea equitativa. Otra cosa es que algunos autores hayan echado en falta la existencia de una facultad similar a la del artículo 1154 del Código Civil para aumentar las penas irrisorias o una regla de carácter general que permita la moderación equitativa de las penas teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto.

Ya hemos visto que el artículo 1154 del Código Civil señala que: «El juez modificará equitativamente la pena». La esencia del precepto radica en que la actuación judicial debe regirse por el principio de equidad, lo que obliga a que el resultado obtenido con la moderación sea equitativo para ambas partes. Por lo tanto, puede darse el caso en que, existiendo un cumplimiento parcial de la prestación, si se modera la pena se produzca un resultado faltando a la equidad, supuesto en el que el artículo 1154 del Código Civil no obliga al juez a moderar (25).

no permite al juez moderar la pena exclusivamente por ser excesiva ya que como afirma la sentencia 473/2001, de 10 de mayo, reproduciendo otra anterior «la cuantía de la misma fue libremente pactada por las partes».

(22) Sólo alguna STS aislada destaca el caso de pena excesiva, pero tratándose de un supuesto de cumplimiento parcial o irregular. La sentencia de 26 de diciembre de 1990 incluso, pese a señalar que la pena es excesiva, la mantiene en virtud del principio de autonomía privada.

(23) La STS, de 1 de junio de 2009, no admitió la moderación en un caso en el que no existió ningún tipo de cumplimiento, ya que la finalidad del artículo 1154 del Código Civil «no reside en si se debe rebajar equitativamente una pena excesivamente elevada, sino en que las partes al pactar la pena pensaron en el caso del incumplimiento total y evaluaron la pena en función de esta hipótesis».

(24) La STS, de 15 de febrero de 2012, dice: «Según la jurisprudencia de esta Sala, para la aplicación del artículo 1154 del Código Civil, constituye presupuesto primordial la existencia de un incumplimiento parcial o irregular de la obligación principal, de modo que el precepto es inaplicable ante uno de carácter total (entre otras, SSTS de 3 de octubre de 2005 y 10 de mayo de 2001); y asimismo, con relación al artículo 1103 del Código Civil tampoco procede la moderación equitativa cuando el incumplimiento de la obligación sea completo (por todas STS de 6 de mayo de 2002)».

(25) La STS de 28 de febrero de 2001, después de decir que el artículo 1154 del Código Civil es imperativo, añade que hay que tomarlo «según la equidad, por lo que en base de tal principio podía (el tribunal) haber mantenido lo pactado al respecto (SSTS de 20 de

Tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran que la moderación depende del cumplimiento parcial o defectuoso, no de la buena o mala fe del deudor (26). Intentando conciliar esta doctrina con la sentada por la STS de 8 de enero de 1945, que señala como una de las circunstancias a considerar en la moderación la intensidad de la culpa del deudor, SANCHO REBULLIDA (27) considera que la buena o mala fe del deudor se tendrá en cuenta a efectos de concretar el *quantum* de la moderación, pero no para determinar si esta procede o no.

En mi opinión, la moderación de la pena *ex* artículo 1154 del Código Civil no depende de la mala fe del deudor sino de la existencia de un cumplimiento parcial o irregular; otra cosa es en la línea señalada por SANCHO REBULLIDA, que la buena o mala fe del deudor se tengan en cuenta a la hora de cuantificar la moderación judicial, teniendo en cuenta las circunstancias del caso con la finalidad de que la moderación sea equitativa.

2. JURISPRUDENCIA DEL TS SOBRE EL CUMPLIMIENTO PARCIAL O IRREGULAR PARA MODERAR *EX* ARTÍCULO 1154 DEL CÓDIGO CIVIL

Ya hemos visto que este artículo establece la necesidad de que exista cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal para que quepa moderación judicial de la pena. La posición doctrinal mayoritaria (28) entiende que no cabe la moderación judicial de la pena en los casos de incumplimiento total o si en el cumplimiento se incurrió totalmente en la irregularidad sancionada con la pena.

En la jurisprudencia del TS destacan dos líneas en cuanto a la aplicación del cumplimiento parcial o irregular que prescribe el artículo 1154 del Código Civil, una que podemos denominar laxa, que atiende a las circunstancias del caso concreto, y otra más respetuosa con la estricta literalidad del precepto que exige

noviembre de 1970 y 30 de junio de 1981) o modificarlo, indudablemente a menos...». Por su parte, la STS de 5 de diciembre de 2003, en un caso de moderación de la pena acordada, dice que no procede porque el incumplimiento parcial era el previsto en la cláusula y además porque «el comprador que no ha pagado el precio pactado y que aceptó la cláusula penal poseyó la finca desde 1989, es decir, desde hace catorce años». Con el primer argumento ya está claro que no procede la moderación, pero el segundo deja claro que cualquier tipo de moderación sería contraria a la equidad.

(26) SSTs de 21 de mayo de 1948 y 8 de marzo de 1951; en el mismo sentido se pronuncia DÁVILA GONZÁLEZ en *La obligación con cláusula penal*, ed. Montecorvo, Madrid, 1992, pág. 394.

(27) SANCHO REBULLIDA, F., «La pena convencional», en *Elementos de Derecho Civil*, tomo II (Derecho de Obligaciones), vol. I, 3.ª ed., Bosch Editor, Barcelona, 1994, págs. 272 a 284.

(28) En contra de esta idea existe una posición minoritaria seguida por Francisco JORDANO FRAGA en «La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria», ed. Civitas, Madrid, 1992, pág. 199 y sigs., y José Miguel RODRIGUEZ TAPIA en «Sobre la cláusula penal en el Código Civil», en *ADC*, tomo XLVI, 1993, págs. 582 a 584, estos autores consideran que «el dato esencial que determina la aplicación del artículo 1154 no es la existencia de un cumplimiento parcial o irregular, sino la existencia de una desproporción en la pena atendidas las circunstancias del caso concreto. El precepto se refiere al supuesto de incumplimiento parcial, por ser un caso en el que se da normalmente esa desproporción, pero ni todo cumplimiento parcial o irregular da lugar a la moderación de la pena, ni tampoco está prohibida la moderación en casos de incumplimiento total. Por tanto, también en el caso de incumplimiento total procederá la modificación judicial de la pena si es desproporcionada, abusiva o excesiva».

taxativamente el requisito del cumplimiento parcial o irregular para que tenga lugar la moderación judicial, ambas posturas aparecen claramente descritas en la STS de 5 de julio de 2006, la cual contempla un contrato de arrendamiento de inmuebles por una empresa a una compañía aérea. El contrato incluye una penalización por el incumplimiento contractual de la arrendataria junto con unos intereses de demora desde la fecha de presentación de la demanda. Está claro el incumplimiento de la compañía aérea que abandonó el local antes del plazo estipulado en el contrato sin abonar las rentas correspondientes al tiempo restante del contrato, lo que es discutible es si cabe la moderación de la pena resultante de dicho incumplimiento. Tanto en primera instancia como en la Audiencia se considera que cabe la moderación y el TS en esta sentencia y siguiendo una de las líneas jurisprudenciales (29) antes mencionadas, también considera que cabe la moderación atendiendo a las circunstancias del caso «para evitar la notoria desproporción que se podría derivar de la aplicación rigurosa del precepto y consiguiente enriquecimiento injusto». Añade, transcribiendo un pasaje de la STS de 3 de febrero de 2002, que «es preciso tener en cuenta las circunstancias de cada caso en la doble perspectiva del arrendador, cuyas legítimas expectativas contractuales no cabe frustrar y del arrendatario, al que no cabe gravar con una consecuencia económica exagerada o desproporcionada cuando su comportamiento no es arbitrario, y por eventos de la vida le resulta imposible o muy dificultoso continuar en la relación contractual».

En la misma línea citamos la STS de 4 de octubre de 2007 (30), que restringe el rigor de la doctrina que impide moderar las penas cuando se incumple totalmente la obligación, atendiendo a si se trata de un incumplimiento absoluto o parcial y, sosteniendo que puede relativizarse, atendiendo al conjunto de la obligación.

La otra línea jurisprudencial, que es la predominante y por la que me inclino, exige, para que proceda la moderación, que se haya producido un cumplimiento parcial o irregular. Son muchas las sentencias que siguen esta línea, entre otras la STS de 15 de octubre de 2008, que considera que el artículo 1154 es inaplicable en los casos de incumplimiento total (31) y en los supuestos en los que el cumplimiento defectuoso o irregular es precisamente el tipo de incumplimiento sancionado con la pena, como ocurre en los casos de cláusula penal en que se prevé precisamente una sanción para la mora de alguna de las partes con subsistencia del contrato (32). En el mismo sentido se pronuncia la STS de 15 de febrero de 2012: «Constituye presupuesto primordial la existencia de un incumplimiento parcial o irregular de la obligación principal, de modo que el precepto es inaplicable ante uno de carácter total».

Esta tendencia jurisprudencial ha sido tachada por la STS, de 5 de julio de 2006, antes analizada como «criterio rigorista de estricta literalidad». Considero que la línea favorable al examen de las circunstancias del caso no es aceptable porque no es respetuosa con el tenor literal del artículo 1154 del Código Civil y porque generaría una gran inseguridad para los contratantes que tendrían que

(29) En la sentencia se citan como pertenecientes a esta línea jurisprudencial, las SSTS de 2 de julio de 1984, 15 de junio de 1993, 25 de enero de 1996, 17 de octubre de 1998, 25 de marzo de 1999, 23 de mayo de 2001, 15 de julio de 2002, 11 de noviembre de 2002 y 15 de diciembre de 2004.

(30) La cual es citada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Islas Baleares, de 14 de febrero de 2012.

(31) SSTs de 30 de marzo de 1999, 7 de febrero de 2002 y 8 de octubre de 2002.

(32) SSTs de 10 de mayo de 2001, 7 de febrero y 8 de octubre de 2002.

esperar en cada caso cuál es «la consideración de las circunstancias» que considera oportuna el TS para saber cuál va a ser la solución del litigio. Si queremos ponderar las circunstancias del caso que hacen la pena desorbitada, nos bastaría con aplicar el artículo 1103 del Código Civil que expresamente lo permite, teniendo en cuenta que para poder apreciar esas circunstancias tienen que tener una entidad tal que, de no hacerlo, la equidad quede gravemente dañada.

3. EL CARÁCTER IMPERATIVO DEL ARTÍCULO 1154

En mi opinión, la moderación del artículo 1154 es imperativa para el juez, siempre que se cumplan los dos requisitos que antes hemos analizado: cumplimiento parcial o irregular y pleno respeto a la equidad (33). La sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 23 de enero de 2012, dice: «El artículo 1154 obliga a moderar la pena de forma imperativa al decir que el juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor; afirmando en su interpretación la sentencia 79/2002, de 7 de febrero, que el artículo 1154 prevé la moderación con carácter imperativo, y en el mismo sentido se pronuncia la sentencia 300/2011, de 4 de mayo, en contraposición con el carácter potestativo que se había incorporado al artículo 1805 del Proyecto de 1851 cuando decía: el juez puede modificar equitativamente la pena estipulada». La imperatividad puede también colegirse de la invocación a la equidad que se contiene en el precepto (34).

En cuanto a si las partes pueden acordar válidamente la no aplicación del artículo 1154 del Código Civil, autores como MÁS BADÍA (35) y DÍAZ ALABART (36) entienden que la respuesta debería ser afirmativa. En un sistema en el que se permite el pacto válido de una pena cumulativa, en la que por definición se acuerda que ante el incumplimiento en base al artículo 1255 del Código Civil, el deudor está obligado a pagar una mayor cuantía de la de los daños causados, no hay razón para prohibir la exclusión de la moderación del artículo 1154, el cual no dice expresamente ni con nuestra regulación de la cláusula penal tendría sentido que lo dijera, que no es admisible el pacto en contra.

Si bien tanto la doctrina como la jurisprudencia (37) han señalado que es una norma imperativa, por lo que cualquier pacto en contrario sería nulo, es cierto también que los autores parten de la idea de que, aunque nada se diga expresamente, la pena se pacta siempre para supuestos de incumplimiento absoluto, por lo tanto si el incumplimiento producido no lo es, cabe la moderación en base al principio de equidad. Ahora bien, al igual que se puede pactar una cláusula moratoria, cuya naturaleza hace que todo incumplimiento sea total y por lo tanto que el artículo 1154 no sea aplicable, también se puede pactar una

(33) La jurisprudencia también ha seguido este criterio en SSTs de 6 de octubre de 1976, 8 de febrero de 1993, 31 de mayo de 1994 y 2 de noviembre de 1994. En contra, SSTs de 26 de mayo de 1980, 11 de mayo de 1982 y 23 de mayo de 1990, entre otras.

(34) JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., «La moderación judicial de la cláusula penal», en *RCDI*, núm. 653, 1999, págs. 1455 a 1494.

(35) MÁS BADÍA, M. D., *La revisión judicial de las cláusulas penales*, Valencia, 1995, pág. 77.

(36) DÍAZ ALABART, S., *op. cit.*, pág. 118.

(37) STS 211/2009, de 26 de marzo.

pena para un cumplimiento irregular o parcial y si es este el que se produce no habrá lugar a moderación alguna (38).

Los Principios Europeos de Derecho Contractual (PECL) también parten de la imperatividad de la facultad de moderación cuando la pena pactada fuese manifiestamente excesiva, y ello a pesar de que hubiera alguna previsión en contra en el contrato.

No dice el artículo 1154 si la moderación que estamos analizando ha de ser a petición de parte, lo que concuerda con el principio de justicia rogada o si puede realizarse de oficio por el juez, como ocurre en el Código francés o belga. Tanto la doctrina (39) como la jurisprudencia (40) se inclinan por la aplicación de oficio.

Finalmente, como indica la STS, de 8 de noviembre de 2002, con doctrina reiterada en la 632/2010, de 5 de octubre, la facultad concedida al juez por este artículo no es susceptible de recurso de casación o, lo que es lo mismo, no es revisable por el TS por tratarse de un juicio de equidad, lo que ratifica la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 23 de enero de 2012.

4. CRITERIOS DE MODERACIÓN

Ya hemos analizado los que establece el artículo 1154, pero cabe preguntarse si pueden existir otras circunstancias que permitan la moderación judicial. PUIG PEÑA (41) dice que la modificación ha de ser equitativa, debiendo tenerse en cuenta los intereses de ambas partes y el beneficio que haya obtenido el acreedor del cumplimiento parcial o irregular. ALBADALEJO señala que el criterio ha de consistir en reducir la pena en proporción a lo que se cumplió, de modo que, calculada la pena total para el incumplimiento total, habría que descontar la parte de pena adjudicable a lo que se cumplió como es debido. Otros criterios podrían ser el grado de culpa del deudor incumplidor o la intensidad del perjuicio que se haya ocasionado.

También podríamos considerar como criterio la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, es decir, el cambio no previsible de las circunstancias bajo las que se pactó y afectan directamente al equilibrio del contrato.

El criterio jurisprudencial es que aunque el TS haya dicho que no modera el supuesto de cláusulas penales exageradas, de hecho lo hace en algunas ocasiones (42). Los Principios Europeos de Derecho Contractual siguen como criterio para moderar que el importe resulte manifiestamente excesivo en proporción

(38) STS de 20 de julio de 2005. En el mismo sentido, la STS de 29 de diciembre de 2009, considera que no procede la moderación porque el incumplimiento producido era precisamente el supuesto contemplado para la eficacia de la pena.

(39) DÍAZ ALABART, S., «La cláusula penal y las arras», en *El contrato de compraventa*, Cuadernos de Derecho Judicial, XXI, CGPJ, 1993, pág. 297; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Comentario al artículo 1154 del Código Civil*, del Ministerio de Justicia, vol. II, Madrid, 1991, págs. 160 y 161. La postura contraria de que solo cabe moderar a instancia de parte, la sigue Díez-Picazo, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Civitas, Madrid, 1993, pág. 402, aunque en coautoría con Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1983, pág. 383, se muestra partidario de la aplicación de oficio.

(40) SSTS de 6 de noviembre de 1987 y 12 de diciembre de 1996.

(41) PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho Civil Español*, tomo III, pág. 137.

(42) SSTS de 2 de diciembre de 1988, 1 de octubre de 1990, 28 de septiembre de 2006 y 10 de diciembre de 2009.

al daño provocado por el incumplimiento, criterio al que se añade con carácter muy amplio «y a las demás circunstancias», lo que permite tener en cuenta las especialidades que concurran en cada caso.

VII. EFICACIA DE LA CLÁUSULA PENAL ADJUNTA A UN CONTRATO DE COMPRAVENTA CON CLÁUSULA RESOLUTORIA EXPRESA INSCRITO EN EL REGISTRO

En la práctica son frecuentes las ventas de inmuebles con condición resolutoria por el impago de la totalidad del precio y que incorporan como pena por dicha resolución la facultad del vendedor de retener una parte o la totalidad de los pagos recibidos. Normalmente dichas ventas se documentan en escritura pública y se inscribe en el Registro a efectos informativos (43). El hecho de que conste en el Registro la existencia de la cláusula penal, no puede cambiar su naturaleza, ni para convertir en derecho real una obligación ni tampoco para cambiar el contenido de la cláusula penal acordado por los contratantes. No obstante, es evidente que al constar registralmente, los terceros que contraten con el titular registral derivado de dicho contrato de compraventa pueden conocer que este tiene un título claudicante sobre el inmueble mientras no pague la totalidad del precio y que la parte que haya pagado de mismo que pueda retener el vendedor en concepto de pena, en principio queda fuera de su alcance para cualquier reclamación.

En caso de incumplimiento de la obligación de pago del precio aplazado, se produce la resolución del contrato *ex* artículo 1504 del Código Civil y la reinscripción a favor del vendedor en base al artículo 59 del RH, siendo necesario para que ello tenga lugar la concurrencia de los siguientes requisitos:

1. Incumplimiento del comprador que, según el TS, ha de ser auténtico y verdadero, grave y claro e inequívoco; anteriormente se exigía una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, pero después el incumplimiento se objetiviza, siendo suficiente con un incumplimiento esencial de la obligación del comprador que frustre el fin práctico perseguido por las partes en el negocio.
2. Requerimiento judicial o notarial del vendedor al comprador de dar por resuelta la venta, no bastando un requerimiento de pago.
3. Que no exista oposición por parte del comprador, ya que como indica la RDGRN, de 29 de diciembre de 1982: «en caso contrario surge una cuestión de hecho que queda fuera de la calificación registral y ha de ser resuelta por los Tribunales, momento hasta el cual no cabe la reinscripción a favor del vendedor».

(43) La RDGRN, de 28 de marzo de 2000, dice que: «La cláusula penal es de efectos meramente personales y juega en el campo de la indemnización de daños y perjuicios entre las partes, por lo que no debería tener acceso al Registro, aun cuando se ha admitido su inscripción para no desvirtuar los términos del contrato». La RDGRN, de 4 de mayo de 1992, señala que: «Las exigencias de claridad y precisión de los pronunciamientos registrales y de la necesaria expresión en el asiento de todos los pormenores del título que definan la extensión del derecho inscrito, debe mantenerse la consignación registral de las cláusulas penales que acompañan a las condiciones resolutorias explícitas». En el mismo sentido las RRDRN de 8 de octubre de 1991, 29 de junio de 1992 y 7 de febrero de 1990.

4. Consignación del precio y de los intereses si se extendió a ellos la condición resolutoria y teniendo claro que debe consignarse el total del precio sin poder deducir nada en concepto de cláusula penal dado que el importe de la misma es una cuestión de hecho que decidirán los tribunales en cada caso concreto (44). Actualmente la obligación de consignación, como reiteradamente ha señalado la DGRN, debe exigirse haya o no terceros posteriores al comprador y es un requisito tanto para cancelar como para reinscribir. Esta es la línea de actuación que adopta la RDGRN, de 29 de diciembre de 1982, luego seguida por la de 4 de diciembre de 2010.

Autores como DÍAZ ALABART (45) consideran que la DGRN hace en estas Resoluciones una interpretación incorrecta del artículo 175.6 del RH y contraria a lo que pactaron los contratantes y en contra de la tesis expuesta, entiende que «los documentos presentados por el vendedor son suficientes para proceder a la cancelación del asiento correspondiente a la compraventa frustrada sin exigir la consignación de los plazos cobrados que en este caso se retienen no como mero pago parcial sino en concepto de pena. Ello no supone dar otra eficacia, automática y extrajudicial a la cláusula penal que la que tiene de origen. La eficacia de la cláusula penal procede del acuerdo de voluntades y de que se haya producido el supuesto para el que se acordó, no precisa para ello de una sentencia. Justamente es esa eficacia automática y extrajudicial lo que se busca al pactar acordando su retención».

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBADALEJO GARCÍA, M.: «Comentario al artículo 1154», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBADALEJO GARCÍA y Silvia DÍAZ ALABART, tomo XV, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1993, págs. 481 a 489.
- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: «Comentario a la STS de 21 de mayo de 1991», en *PJ*, núm. 25, marzo de 1992.
- *La función liquidatoria de la cláusula penal en la jurisprudencia del TS*, ed. Bosch, Barcelona, 1993.
- BLANCO GÓMEZ, J. J.: *La cláusula penal en las obligaciones civiles: relación entre la prestación penal, la prestación principal y el resarcimiento del daño*, ed. Dykinson, Madrid, 1996.
- DÁVILA GONZÁLEZ, J.: *La obligación con cláusula penal*, ed. Montecorvo, Madrid, 1992.
- DE CASTRO VÍTORES, G.: *La cláusula penal ante la armonización del Derecho contractual europeo*, ed. Dykinson, Madrid, 2009.

(44) La RDGN, de 29 de diciembre de 1982, señala que: «Para cancelar el asiento de la compraventa y poder reinscribir a nombre del vendedor la finca, no basta con cumplir los requisitos del artículo 59 del RH, sino que ha de constatarse que el vendedor “cumplió otras obligaciones derivadas de la propia cláusula pactada, como podría ser, en su caso, la consignación, de acuerdo con el artículo 175.6 del RH, del valor del bien vendido o del importe de los plazos que con las deducciones que procedan haya de ser devuelto, sin que quepa disminuir nada en base a una posible cláusula penal cuando pueda tener aplicación la corrección judicial prescrita en el artículo 1154 del Código Civil”».

(45) DÍAZ ALABART, *op. cit.*, pág. 170.

- DÍAZ ALABART, S.: «Comentario al artículo 1103 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XV, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1989, págs. 475 a 584.
- «La cláusula penal», en *Colección Derecho Español Contemporáneo*, ed. Reus, Madrid, 2011.
- DÍEZ-PICAZO, L.: «Cláusula penal y resolución del contrato», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, tomo I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2006, págs. 385 a 408.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: «Comentario a la STS de 22 de octubre de 1990», en *CCJC*, núm. 24, 1990, págs. 1083 a 1095.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J.: «La moderación judicial de la cláusula penal», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 653, 1999, págs. 1455 a 1494.
- LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil*, tomo 2, Trivium, 5.ª ed., Madrid, 1998.
- MÁS BADIÁ, M.ª D.: *La revisión judicial de las cláusulas penales*, Valencia, 1995.
- MASIDE MIRANDA, E.: «La cláusula penal», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, tomo I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2006, págs. 427 a 523.
- ORTÍ VALLEJO, A.: «Nuevas perspectivas sobre la cláusula penal», en *RGLJ*, 1982, págs. 281 a 319.
- RODRÍGUEZ TAPIA, J. M.: «Sobre la cláusula penal en el Código Civil», en *ADC*, vol. 46, 1993.
- SANCHO REBULLIDA, F.: «La pena convencional», en *Elementos de Derecho Civil*, tomo II (Derecho de Obligaciones), vol. I, 3.ª ed., J. M. Bosch, editor, Barcelona, 1994, págs. 272 a 284.
- VIVES MARTÍNEZ, G.: *El juez y el abogado ante la cláusula penal y su moderación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 8 de enero de 1945.
- STS de 28 de diciembre de 1946.
- STS de 29 de noviembre de 1962.
- STS de 3 de julio de 1979.
- STS de 10 de noviembre de 1983.
- STS de 12 de marzo de 1984.
- STS de 17 de marzo de 1986.
- STS de 22 de octubre de 1990.
- STS de 27 de diciembre de 1991.
- STS de 14 de febrero de 1992.
- STS de 25 de enero de 1995.
- STS de 27 de enero de 1995.
- STS de 12 de julio de 1996.
- STS de 17 de octubre de 1998.
- STS de 12 de enero de 1999.
- STS de 10 de mayo de 2001.
- STS de 3 de febrero de 2002.
- STS de 6 de mayo de 2002.
- STS de 15 de julio de 2002.
- STS de 11 de noviembre de 2002.

STS de 5 de diciembre de 2003.
STS de 21 de junio de 2004.
STS de 15 de diciembre de 2004.
STS de 18 de julio de 2005.
STS de 20 de julio de 2005.
STS de 3 de octubre de 2005.
STS de 5 de julio de 2006.
STS de 28 de septiembre de 2006.
STS de 31 de octubre de 2006.
STS de 7 de diciembre de 2006.
STS de 18 de diciembre de 2006.
STS de 4 de octubre de 2007.
STS de 25 de enero de 2008.
STS de 13 de febrero de 2008.
STS de 30 de abril de 2008.
STS de 18 de septiembre de 2008.
STS de 16 de octubre de 2008.
STS de 1 de junio de 2009.
STS de 26 de marzo de 2009.
STS de 22 de abril de 2009.
STS de 29 de diciembre de 2009.
STS de 5 de octubre de 2010.
STS de 4 de mayo de 2011.
STS de 17 de enero de 2012.
STS de 15 de febrero de 2012.
SAP de Asturias, de 23 de enero de 2012.
RDGRN de 29 de diciembre de 1982.
RDGRN de 17 de febrero de 1990.
RDGRN de 8 de octubre de 1991.
RDGRN de 4 de mayo de 1992.
RDGRN de 29 de junio de 1992.
RDGRN de 28 de marzo de 2000.
RDGRN de 4 de diciembre de 2010.

RESUMEN

CLÁUSULA PENAL

En este trabajo analizamos una figura muy presente en todo el ámbito contractual como es la cláusula penal, basándonos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Exponemos las funciones que puede desempeñar distinguiendo una función de garantía destinada al cumplimiento de la obligación principal, una función liquidadora de los daños y perjuicios que produciría al acreedor el incumplimiento o cumplimiento de

ABSTRACT

PENALTY CLAUSE

This paper looks at a high-profile concept present throughout contractual dealings, the penalty clause. The functions penalty clauses can perform are mapped out based on Spanish Supreme Court jurisprudence. A distinction is drawn between the functions of penalty-clause-as-guarantee (ensuring the discharge of the primary obligation), penalty-clause-as-settler-of-damages (providing creditor's indemnification

fectuoso de la obligación, así como la función consistente en pactar una prestación cuya ejecución permita desistir del cumplimiento de la obligación principal pagando la pena acordada.

Se analiza la moderación judicial de la cláusula penal ex artículo 1154 del Código Civil, los requisitos de la moderación, el carácter imperativo de la misma, así como los criterios que la posibilitan. Finalmente se estudia la eficacia de la cláusula penal adjunta a un contrato de compraventa con cláusula resolutoria expresa inscrito en el Registro.

for damages due to breach of contract or defective discharge of an obligation) and penalty-clause-as-service-agreement (promising a service whose performance enables the performing party to pay the accorded penalty in order to desist from discharge of the main obligation).

Examination is devoted to the issues of judicial moderation of penalty clauses under section 1154 of the Civil Code, the requirements for moderation, the imperative nature of moderation and the criteria permitting moderation. Last, there is a look at the efficacy of penalty clauses when attached to a contract of sale with an express defeasance that has been registered.

1.6. Responsabilidad civil

CUESTIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y EL SERVICIO DE ATENCIÓN RESIDENCIAL SUMINISTRADO EN RÉGIMEN PÚBLICO Y EN RÉGIMEN DE CONCESIÓN: VIS ATRACTIVA DEL ORDEN CONTENCIOSO VERSUS VIS RESIDUAL DE LA JURISDICCIÓN CIVIL

por

MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ

Profesora Contratada Doctora

del Departamento de Derecho Civil de la UNED

SUMARIO: I. RESIDENCIAS DE PERSONAS MAYORES Y GERIÁTRICOS: CUESTIONES FUNDAMENTALES: 1. NOCIÓN TÉCNICA Y CALIFICACIÓN JURÍDICA COMO CENTRO INTEGRADO EN UN SERVICIO SANITARIO NO EXCLUSIVO. 2. LAS RESIDENCIAS COMO SERVICIOS DE USO O CONSUMO COMÚN, ORDINARIO Y GENERALIZADO: CONSECUENCIAS TÉCNICAS Y JURÍDICAS DE LA CALIFICACIÓN DEL RESIDENTE COMO USUARIO. 3. EL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y SUS MODALIDADES: EL SISTEMA DE RESIDENCIAS PÚBLICAS, CONCERTADAS Y PRIVADAS PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO RESIDENCIAL.—II. APROXIMACIÓN AL DENOMINADO CONTRATO RESIDENCIAL O DE HOSPEDAJE COMO NEGOCIO ATÍPICO.—III. EL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL ENTRE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y CONCESIONARIOS Y CONTRATISTAS DE CENTROS RESIDENCIALES: 1. PRETENSIONES RESARCITORIAS ENTABLADAS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN Y CONTRA ENTIDADES ADJUDICATARIAS DE PLAZAS RESIDENCIALES: JURISDICCIÓN COMPETENTE. 2. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y RÉGIMEN DE RECLAMACIONES PRECEPTIVAS PREVIAS: EL REQUERIMIENTO AL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN.—IV. ÁMBITO DE RESPONSABILIDAD Y

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL: CONTRATISTAS Y CONCESIONARIOS Y JURISDICCIÓN COMPETENTE: 1. LA PRECEPTIVA ACREDITACIÓN DEL NEXO CAUSAL: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN (SALA DE LO CONTENCIOSO), DE 11 DE ABRIL DE 2011, Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS (SALA DE LO CONTENCIOSO), DE 23 DE MARZO DE 2001. 2. LOS CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES Y EL CONCURSO DE CAUSAS: SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO), DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 2001. 3. LA PRUEBA DE LA LESIÓN PATRIMONIAL OCASIONADA POR EL FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS SIN ALTERACIÓN DEL NEXO CAUSAL: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO), DE 4 DE SEPTIEMBRE DE 2008. 4. AUSENCIA DE DAÑO EFECTIVO IMPUTABLE A LA ADMINISTRACIÓN, REMISIÓN A LA RESPONSABILIDAD SANITARIA Y EL CRITERIO DE LA *LEX ARTIS AD HOC*: PERSONACIÓN DE LA GESTORA DEL SERVICIO RESIDENCIAL PESE A NO HABERSE FORMULADO PRETENSIÓN ALGUNA CONTRA ELLA: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA (SALA DE LO CONTENCIOSO), DE 18 DE JUNIO DE 2010. 5. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA 3.^a), DE 15 DE JUNIO DE 2011, Y LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA POR LOS DAÑOS RESULTANTES DEL DEFICIENTE TRATO DISPENSADO EN UN CENTRO RESIDENCIAL CONCERTADO. 6. RESPONSABILIDAD EN LOS CENTROS GESTIONADOS POR CONTRATISTAS: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNITAT VALENCIANA (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO), DE 4 DE JUNIO DE 2003. 7. RECLAMACIÓN PATRIMONIAL DE UNA RESIDENCIA PRIVADA POR LA DEFICIENTE PRESTACIÓN SANITARIA PÚBLICA DEL CENTRO DE SALUD DE LA LOCALIDAD DONDE TIENE SU SEDE EL GERIÁTRICO: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO), DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2006. 8. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNITAT VALENCIANA (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO), DE 25 DE JUNIO Y DE 4 DE SEPTIEMBRE DE 2008: RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL: DAÑOS ACAECIDOS EN EL PROPIO CENTRO O EN DESPLAZAMIENTOS O TRAYECTOS Y RESPONSABILIDAD EN SUPUESTOS DE CENTROS PÚBLICOS GESTIONADOS POR ENTIDADES NO LUCRATIVAS.—V. REFLEXIONES CONCLUSIVAS. EL PEREGRINAJE JURISDICCIONAL Y *VIS ATRACTIVA* DEL ORDEN CONTENCIOSO *VERSUS VIS RESIDUAL* DE LA JURISDICCIÓN CIVIL.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. RESIDENCIAS DE PERSONAS MAYORES Y GERIÁTRICOS: CUESTIONES FUNDAMENTALES

1. NOCIÓN TÉCNICA Y CALIFICACIÓN JURÍDICA COMO CENTRO INTEGRADO EN UN SERVICIO SANITARIO NO EXCLUSIVO

El más directo antecedente de los Centros residenciales era el denominado Servicio Social de Asistencia a los Ancianos previsto en la Orden de 19 de marzo de 1970. Orden que fue modificada y afectada, sucesivamente, tanto por las transferencias hechas a las Comunidades Autónomas como de la aplicación y entrada en vigor de los específicos Estatutos de Autonomía que desarrollaron sus competencias en materia de asistencia y política sociales.

En principio, este recurso está previsto para subvenir las situaciones en que no es conveniente o posible seguir residiendo en el domicilio familiar, porque no existe, porque aun existiendo no reúne las más elementales condiciones de

habitabilidad o, incluso, ante la imposibilidad de ejecutar las adaptaciones arquitectónicas necesarias o, a la vista del aislamiento del núcleo rural donde está fijado el hogar (1).

Si la doctrina especializada define a una residencia contemporánea como «Centro gerontológico abierto de desarrollo personal y atención socio-sanitaria multiprofesional en el que viven temporal o permanentemente personas mayores con algún grado de dependencia» (2), la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, concreta las garantías mínimas de seguridad y calidad para la apertura en este caso de un «Servicio Sanitario» integrado en una organización no sanitaria (3).

En este sentido, tanto el sistema cuanto las bases para la autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios, están previstos con carácter general por el Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre. De modo que aquellos centros públicos o privados subsumibles en el epígrafe de residencias, están catalogados como servicios sanitarios integrados en una organización que no presenta en exclusiva esta naturaleza (4).

(1) Téngase en cuenta el programa de la ONU sobre el envejecimiento en casa (vid., OMS, «Envejecimiento activo: un marco político», en *Revista Esp. Geriatr. Gerontol.*, 37, 2002); en cuanto a la literatura jurídica especializada, vid., ALONSO PÉREZ, MARTÍNEZ GALLEGO y REGUERO CELADA (coords.), *Protección jurídica de los mayores*, Madrid, 2004; CALVO SAN JOSÉ, «La protección jurídica de la tercera edad: análisis de las instituciones tutelares como sistemas de guarda del anciano y de sus bienes», en *Aranzadi*, 12, 2005; HERAS HERNÁNDEZ, «La tutela administrativa a favor de los mayores incapacitados», en *AC*, 20, 2006; GARCÍA VALVERDE y MALDONADO MOLINA, «La protección de la tercera edad. Su tratamiento en la Constitución europea», en *RMTAS*, 57, págs. 455 a 469; también BALLETBÓ I PUIG y VILLAGRASA ALCAIDE, *El envejecimiento de la población y la protección jurídica de las personas mayores*, Barcelona, 2003. LASARTE ÁLVAREZ (dir.), *La protección de las personas mayores*, Madrid, 2007; de la autora de estas líneas, «La intervención judicial en los internamientos psiquiátricos: cuestiones sobre su aplicabilidad a los ingresos no voluntarios en residencias de mayores», en *Cuestiones actuales de la Jurisdicción en España*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2010; «Dos nuevos pronunciamientos del TC sobre el internamiento forzoso en establecimiento de salud mental como medida privativa de libertad: cuestiones sobre ingresos no voluntarios en centros geriátricos», en *Revista de Derecho UNED, RDUNED. Revista de Derecho*, 7, 2010, págs. 461 a 488; «La inacabada reforma psiquiátrica española: cuestiones sobre los internamientos psiquiátricos no voluntarios y la ausencia de control judicial en los ingresos en geriátricos», en *Comunitania. Revista Internacional de Trabajo Social y Ciencias Sociales*, 1, 2011, págs. 69 a 87.

(2) RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, «Conceptualización de los alojamientos para personas mayores», en RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ (coord.), *Residencias y otros alojamientos para personas mayores*, Madrid, 2007, págs. 47 a 76; también, vid., LASARTE ÁLVAREZ y MORETÓN SANZ (dirs.), *Residencias y alojamientos alternativos para personas mayores en situación de dependencia*, editorial Colex, Madrid, 2010.

(3) Artículo 2 del Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, de Bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios.

(4) En particular, el Anexo II, «Definiciones de centros, unidades asistenciales y establecimientos sanitarios», en el epígrafe de Centros sanitarios, incluye en el apartado C.3. los «servicios sanitarios integrados en una organización no sanitaria: servicios que realizan actividades sanitarias pero que están integrados en organizaciones cuya principal actividad no es sanitaria (prisión, empresa, balneario, residencia de tercera edad)».

2. LAS RESIDENCIAS COMO SERVICIOS DE USO O CONSUMO COMÚN, ORDINARIO Y GENERALIZADO: CONSECUENCIAS TÉCNICAS Y JURÍDICAS DE LA CALIFICACIÓN DEL RESIDENTE COMO USUARIO

Esta calificación de las Residencias como Centros Sanitarios tiene como consecuencia que tanto el Tribunal Supremo como la jurisprudencia menor aplican las prescripciones 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 (5). En definitiva, el interno tiene la consideración jurídica de usuario, sea en régimen de prestación pública, concertada o privada y goza, en su virtud, de los derechos y de la tutela de aquella norma (6).

Por su parte, el Real Decreto 1277/2003, concreta las previsiones de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y calidad del Sistema nacional de salud, muy especialmente sus garantías de seguridad por cuanto su artículo 27.3 declaraba que «mediante Real Decreto se determinarán, con carácter básico, las garantías mínimas de seguridad y calidad que, acordadas en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, deberán ser exigidas para la regulación y autorización por parte de las Comunidades Autónomas de la apertura y puesta en funcionamiento en su respectivo ámbito territorial de los centros, servicios y establecimientos sanitarios. Dichos requisitos irán dirigidos a garantizar que el centro, establecimiento o servicio sanitario cuenta con los medios necesarios para desarrollar las actividades a las que va destinado. Los requisitos mínimos podrán ser complementados por las Comunidades Autónomas para todos los centros, establecimientos y servicios sanitarios de su ámbito territorial».

A mayor abundamiento y como garantía de información, advierte el párrafo segundo del artículo 26 de la mencionada Ley 16/2003 que «el Registro general de Centros, establecimientos y servicios sanitarios del Ministerio de Sanidad y Consumo, de carácter público, permitirá a los usuarios conocer los centros, establecimientos y servicios, de cualquier titularidad, autorizados por las Comunidades Autónomas» (7).

Por tanto también resultará de aplicación la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica y, en su caso, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido

(5) Singularmente, el artículo 8 sobre los derechos básicos, y el 59, 60 y 61 por lo que a contratación atañe. Por su parte, PLAZA PENADÉS sistematiza con rigor los cambios en materia de responsabilidad médica y sanitaria, en «La Ley 41/2002, básica sobre autonomía del paciente, información y documentación clínica», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 562, 2002. En materia de consumo, vid., LASARTE ÁLVAREZ, *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Madrid, 2007, 3.ª ed.

(6) Como luego se verá, en alguna de las resoluciones que después se transcribe, el ponente señala la conveniencia de la reconducción de la responsabilidad patrimonial imputada por la de responsabilidad sanitaria; apréciese, por tanto, la intercambiabilidad del fundamento del resarcimiento patrimonial instado, si bien, a nuestro juicio, parece más ponderada la opción elegida por el recurrente, toda vez que, dada la naturaleza compleja del servicio residencial y la variedad y pluralidad de las prestaciones recibidas por el usuario, no resulta razonable exigir el desglose y la calificación del servicio singular o específico causante del daño o lesión patrimonial.

(7) Así lo determinaba la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en sus artículos 29 (autorización administrativa de centros y establecimientos sanitarios), y 40 (competencia de desarrollo de la Administración del Estado).

de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, ha de tenerse presente que el residente resulta ser técnicamente un usuario, de modo que por extensión habrá de ser enjuiciada la probable posibilidad de atraer la aplicación del capítulo III sobre protección de la salud y seguridad, así como el libro tercero sobre Responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos de dicha norma a los supuestos de responsabilidad médica y sanitaria (8).

Adicionalmente a lo ya dicho sobre el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, de forma idéntica recoge como hacía la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en su artículo 2.2, que los derechos de los consumidores y usuarios serán protegidos prioritariamente cuando guarden relación directa con productos, servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado.

Específicamente advierte el artículo 9 del Texto Refundido sobre Bienes y Servicios de Uso Común, declara que: «Los poderes públicos protegerán prioritariamente los derechos de los consumidores y usuarios cuando guarden relación directa con bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado» (9).

Este catálogo, que debería haber sido actualizado de conformidad a lo prevenido por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, ya que en su Disposición Final séptima declaraba que «en el plazo de un año se procederá a la actualización del catálogo de bienes y servicios de uso común, ordinario y generalizado, incluidos en el Anexo I del Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre, que actualiza los catálogos de productos y servicios de uso común, ordinario y generalizado y de bienes de naturaleza duradera, incorporando a él los servicios de la sociedad de la información», sigue vigente y por lo que a estas líneas interesa, conviene destacar su Anexo I, que recoge los productos y servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado a efectos del artículo 2.2 y 20.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y por lo que al apartado C) sobre Servicios, si el tercero se refiere a los servicios sanitarios: «Médicos, hospitalarios, farmacéuticos y veterinarios», el inmediatamente posterior contempla los «Servicios de residencia y atención a personas mayores o con minusvalía».

(8) Vid., SALAS CARCELLER, «La protección de los consumidores y usuarios en relación con los servicios médico-sanitarios. Comentario sobre la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 15 de noviembre de 2007», en *RJ* 1/2008, que destaca como hace dicha resolución que: «en suma, según dicha postura jurisprudencial, el paciente, en cuanto consumidor, tiene derecho a que exista una adecuada organización de los servicios médicos para que la prestación de los mismos se realice de forma adecuada (medios a disposición de los facultativos, especialidades, guardias, etc.); sin embargo, todo lo que afecte a la propia actuación del médico en el ámbito de la *lex artis* queda fuera de toda idea de relación como consumidor y la responsabilidad resultante, con sus características distintas ajenas a cualquier clase de responsabilidad objetiva, será exigible al médico y a los titulares responsables de los centros sanitarios, según lo dispuesto en el Código Civil y no conforme a la normativa de defensa de los consumidores».

(9) Vid., de la autora de estas líneas, «Servicios turísticos y residenciales como servicios de uso común y de protección pública prioritaria en el ordenamiento jurídico español: turismo accesible, programas de termalismo y promoción de la autonomía personal», en *La protección jurídica de los consumidores como motor de desarrollo económico* (actas del II Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores), TOMILLO URBINA y ÁLVAREZ RUBIO (dirs.), Madrid, 2011.

3. EL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y SUS MODALIDADES: EL SISTEMA DE RESIDENCIAS PÚBLICAS, CONCERTADAS Y PRIVADAS PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO RESIDENCIAL

Con todo, y al margen del ámbito territorial, ha de reiterarse que este servicio sociosanitario residencial, se presta desde un triple régimen sea público, en su totalidad, o mediante alguna de las modalidades de contratación para la gestión de servicios públicos; también puede estar suministrado por entidades privadas, esté presente o no la finalidad lucrativa de la actividad. No empece a este régimen la fuerte intervención (en materia de autorizaciones e inspección) a la que está sometida este sector (10).

El régimen y sistema aplicables (11) al contrato de gestión de servicios públicos en cualquiera de sus cuatro modalidades de contratación (concesión, gestión

(10) El ejercicio de esta actividad inspectora y sancionadora suele evidenciar las carencias de muchos centros o como en el caso resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 26 de septiembre de 2008, dictada en un recurso extraordinario de casación interpuesto por la representación procesal de don Sergio frente a la sentencia de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, se acredita que ni siquiera tenía licencia. Declara la Resolución lo siguiente: «es patente que el recurso deberá ser desestimado, habida cuenta que, por mucho que con posterioridad se otorgara licencia por la Agencia Valenciana de Turismo, es lo cierto que en la fecha a la que se constriñe, tanto la inspección, como la resolución sancionadora y la posterior resolución del recurso de alzada, el demandante, como el mismo reconoce, carecía de licencia, siendo la actividad la misma que venía desarrollándose y que determinó el cierre de la residencia de ancianos, o lo que es lo mismo, el actor (titular de la actividad) pretende enmascarar bajo la apariencia de un hostel, una residencia de la Tercera Edad, lo que es constitutivo de la infracción grave tipificada en el artículo 82.4 de la Ley 5/1997, de 25 de junio, por la que se regula el Sistema de Servicios Sociales en el ámbito de la Comunidad Valenciana, conllevando al mismo tiempo, el cierre definitivo del centro, en virtud de lo dispuesto en el artículo 84.c) 3 de la misma Ley, toda vez que, de conformidad con lo establecido en el apartado d) del citado artículo, se trata de una sanción de carácter accesorio a las de naturaleza pecuniaria».

(11) Puede ilustrar el contenido de estas fórmulas contractuales, vid., la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 8 de julio de 2008, sobre la impugnación de «resolución del Secretario General Técnico de la Consejería de Bienestar Social de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, de fecha 3 de agosto de 2001, se adjudicó a la mercantil actora, hoy recurrente en casación, el contrato cuyo objeto es la redacción del proyecto básico y de ejecución, la ejecución de las obras y del equipamiento y la gestión integral de un Centro Residencial para Personas Mayores, en régimen de concesión de servicios públicos, en Cuenca, por un importe de 42,85 euros (7.130 ptas.) por plaza de residente y día para el ejercicio económico del 2003». Destaca a nuestros efectos el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y en particular: «El contrato tendrá la siguiente vigencia: a) fase de ejecución del proyecto: tres meses desde la fecha de formalización; b) fase de ejecución de las obras y equipamiento del centro: diecisiete meses a contar desde la fecha del acta de comprobación del replanteo; c) un mes como plazo máximo para la puesta en servicio del Centro, desde la firma del acta de finalización de las obras y equipamiento; y d) fase de gestión del servicio público: cuarenta años, a contar desde el acta de puesta en funcionamiento del Centro. Las plazas de este se cubrirán por los usuarios designados por la Administración, que dispondrá de un mes a contar desde la firma del acta de puesta en funcionamiento, como plazo máximo para que se produzca la total ocupación de aquellas. Y, en fin, el precio de contratación será abonado al adjudicatario por mensualidades vencidas, previa presentación de facturas cuyo importe estará constituido por el presupuesto de adjudicación, al que habrá que descontar las cantidades satisfechas directamente al Centro Residencial por los usuarios».

interesada, concierto con persona natural o jurídica y sociedad de economía mixta) (12). Especialmente, si tenemos en cuenta que la Administración sigue siendo titular del servicio, si bien su explotación y realización está encomendada al beneficiario del contrato público que resulte (13).

De lo dicho se sigue que la relación suscrita, en su caso, entre usuarios y prestador del servicio público se escapa de los términos estrictos del Derecho Privado al estar en buena parte predeterminada, entre otros tantos elementos, por

(12) Sobre el contrato de gestión de servicios públicos, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en su Sección 1.^a, Disposiciones Generales, contiene ciertos preceptos esenciales para esta materia, en particular: Artículo 275. Ámbito del contrato. 1. La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos. 2. El contrato expresará con claridad el ámbito de la gestión, tanto en el orden funcional como en el territorial. Artículo 276. Régimen jurídico. Los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos de gestión de servicios públicos se regularán por la presente Ley, excluidos los artículos 212, apartados 2 a 7, ambos inclusive, 213, 220 y 222, y por las disposiciones especiales del respectivo servicio, en cuanto no se opongan a ella. Artículo 277. Modalidades de la contratación. La contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar las siguientes modalidades: *a)* Concesión por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura; *b)* Gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato; *c)* Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate; *d)* Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas. Artículo 278. Duración. El contrato de gestión de servicios públicos no podrá tener carácter perpetuo o indefinido, fijándose necesariamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares su duración y la de las prórrogas de que pueda ser objeto, sin que pueda exceder el plazo total, incluidas las prórrogas, de los siguientes periodos: *a)* Cincuenta años en los contratos que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio público, salvo que este sea de mercado o lonja central mayorista de artículos alimenticios gestionados por sociedad de economía mixta municipal, en cuyo caso podrá ser hasta sesenta años. *b)* Veinticinco años en los contratos que comprendan la explotación de un servicio público no relacionado con la prestación de servicios sanitarios. *c)* Diez años en los contratos que comprendan la explotación de un servicio público cuyo objeto consista en la prestación de servicios sanitarios siempre que no estén comprendidos en la letra *a)*.

(13) Sobre la evanescente noción de servicio público, más allá del estricto conjunto de actividades de naturaleza prestacional, vid., SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General*, II, Madrid, 2004, pág. 292 y sigs. En cuanto a la calificación de los contratos base y el servicio público residencial, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no duda en atribuir carácter administrativo en función de su finalidad: «Así, la sentencia de 24 de julio de 1989 considera que la compraventa de un local por un Ayuntamiento con destino a dependencias municipales tiene carácter administrativo, dado el destino del bien adquirido. También la sentencia de 30 de octubre de 1990 califica también de contrato administrativo la adquisición de un edificio por una Diputación Provincial para instalar una residencia de la tercera edad, pues, al tratarse de la prestación de un servicio público de la competencia de la Administración, la naturaleza administrativa del contrato es indudable (...). Por tanto, si son administrativos los contratos de compraventa a través de los cuales la Administración adquiere inmuebles a particulares para destinarlos a un fin público, resulta patente que el contrato de compraventa controvertido merecía la calificación de contrato administrativo» (STS de 17 de enero de 2006, Sala de lo Contencioso).

el Reglamento de Régimen Interior que debe aceptar sin negociación singular, así como por las condiciones de acceso al servicio.

En este sentido y recurriendo a la doctrina administrativista, la relación en el supuesto de estudio resulta afectada tanto por una técnica formal pública (14) (reconocimiento del derecho a recibir este servicio) como por las notas privatistas que caracterizan ciertas prestaciones de entre las suministradas por el Centro.

De modo que los centros residenciales deberán someterse al régimen correspondiente de autorización previa donde se apreciará el cumplimiento de los requisitos reglamentariamente previstos por las disposiciones de desarrollo de las correspondientes leyes de servicios sociales de cada Comunidad Autónoma (15). Dichos presupuestos están referidos, en términos generales, a las condiciones de habitabilidad y accesibilidad, a los servicios y prestaciones que se suministrarán en el centro; además deberá someterse al proceso de acreditación resultando (16) un «plus de calidad» sobre las condiciones mínimas (17).

A la vista de este panorama y a reserva de lo que luego se dirá, el régimen jurídico aplicable y la jurisdicción competente para ventilar los eventos dañosos acaecidos en el seno de un Centro residencial, dependerá, a su vez, de que la plaza en cuestión sea privada, ofertada en concierto por el adjudicatario del contrato de gestión o, pública, en cuyo caso será de plena aplicación el sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones. Y todo ello sin perjuicio del ánimo de lucro presente en la gestión e independientemente de la participación del usuario en el servicio mediante el abono del precio público aplicable.

II. APROXIMACIÓN AL DENOMINADO CONTRATO RESIDENCIAL O DE HOSPEDAJE COMO NEGOCIO ATÍPICO

Adicionalmente a la concurrencia de la preceptiva aquiescencia por parte del interesado para su ingreso —o la autorización judicial en los supuestos de avoluntariedad o expresa oposición— otras cuestiones relevantes sobre el régimen aplicable al denominado contrato residencial o de hospedaje, suscrito en

(14) *Ibidem*, pág. 334 y sigs.

(15) En la materia, la pluralidad normativa resulta especialmente intensa: el marco jurídico lo determina el artículo 148.1.20, por cuanto concreta que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en materia de asistencia social. Por su parte y en cuanto a las Entidades locales, baste referirnos al mencionado artículo 25.2 sobre sus competencias en materia de «prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social (Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local). Téngase en cuenta, a su vez, el mencionado Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, de Bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios, ya que en su artículo tercero se establecen las bases generales de autorización, determinándose que «las Comunidades Autónomas regularán los procedimientos para la autorización de la instalación, el funcionamiento, la modificación o el cierre de los centros, servicios y establecimientos sanitarios ubicados en su ámbito territorial».

(16) En lo que a la acreditación se refiere, vid., ANAUT BRAVO y OSLÉ GUERENDIAIN, *La financiación de las residencias. Modelos autonómicos de financiación de las residencias para las personas mayores*, Pamplona, 2006, págs. 84 y 85; en cuanto a la calidad de los servicios, pág. 89 y sigs.

(17) Así lo hizo constar el Defensor del Pueblo Andaluz en su informe de 1995.

principio entre el usuario o su representante legal y el titular del centro (18), se hacen acreedoras de algunas notas en las siguientes líneas.

En este sentido, la particularidad del servicio residencial suministrado en régimen público, es que se sustrae de las relaciones obligatorias, en tanto en cuanto se trata de un servicio gestionado de forma directa o indirecta por las Administraciones (19). Con todo, ciertos elementos críticos, como la participación del usuario en el servicio mediante el denominado «copago» o la asunción del precio público correspondiente, empañan su visión como técnica prestacional y su aproximación a la del contrato, cuando menos, por lo que se refiere al acto de constitución (20).

Desde la perspectiva jurídico-privada, lo cierto es que el negocio de fondo será un contrato complejo a la vista de la multiplicidad de prestaciones ya que, en definitiva y al margen de la naturaleza de la entidad prestadora, se suministra alojamiento, alimentación, atención médica y sanitaria, actividades recreativas y culturales y el derecho a usar las instalaciones y servicios comunes, entre otros posibles (21).

(18) En la materia, vid., GARCÍA CANTERO, «Responsabilidad civil en la gestión de residencias geriátricas», en *Revista Proyecto Social: Revista de Relaciones Laborales*, 7, 1999, págs. 45 a 58. En cuanto a las partes en el contrato, téngase en cuenta el régimen público y privado, en particular, por ejemplo, el contemplado en la Orden de 1 de agosto de 2001 (BOR de 14) y la Orden 12/2001, de 4 de septiembre de 2001 (BOR de 8), modificada, a su vez, por la Orden 16/2001, de 30 de noviembre, ambas de la Consejería de Salud y Servicios Sociales de La Rioja, y el singular sistema de reconocimiento de deuda ya mencionado en MORETÓN SANZ, *La expromisión: el artículo 1205 del Código Civil español*, ya que frente al reconocimiento basado en la voluntad de las partes, se impone el reconocimiento preceptivo, sobre quien se pretenda beneficiar del ingreso en un centro residencial (en este sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, de 9 de diciembre de 2005, señalada en dicha tesis).

(19) Vid., OBSERVATORIO DE PERSONAS MAYORES, *Servicios sociales para personas mayores en España. Enero de 2007*; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, «El sistema de servicios sociales español y las necesidades derivadas de la atención a la dependencia», en *Documentos de trabajo (Laboratorio de alternativas)*, 87, 2006. Últimamente, vid., SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *Responsabilidad civil derivada del internamiento de personas mayores dependientes en centros residenciales*, págs. 181 a 223; ZURITA MARTÍN, «El internamiento de personas mayores en centros geriátricos o residenciales», también en la obra ZURITA MARTÍN (coord.), *Responsabilidad derivada del internamiento de personas mayores dependientes en centros residenciales*, Barcelona, 2008, págs. 19 a 65. En cuanto a los órganos tutelares y la delimitación de la responsabilidad cuando el tutelado no conviva bajo el techo del tutor, vid., YAÑEZ VIVERO, *Culpa civil y daño extracontractual originado por persona incapaz. Un análisis en el marco del Derecho europeo de daños*, Pamplona, 2009.

(20) Vid., sobre el régimen jurídico de la prestación de servicios, SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo general*, cit., págs. 334 y 335.

(21) En la reciente Orden de 5 de noviembre de 2007, por la que se regula el procedimiento y los requisitos para la acreditación de los centros para personas mayores en situación de dependencia en Andalucía, se concreta el ambicioso objeto de la prestación de los Centros residenciales para personas mayores, definidos como «aquellos Centros de carácter social que ofrecen alojamiento, convivencia y atención integral. Tienen una función sustitutoria del hogar familiar, ya sea de forma temporal o permanente para personas mayores en situación de dependencia». Puede contrastarse con la prestación de alimentos prometida, con LÓPEZ PELÁEZ, «La cesión de un inmueble a cambio de asistencia: el contrato de alimentos», en *La protección de las personas mayores*, LASARTE ÁLVAREZ (dir.), Madrid, 2007, pág. 306 y sigs. Sobre los resultados de una investigación sobre residencias del sector

Pese a que excede de las pretensiones de este trabajo, su importancia y trascendencia reclaman un inmediato estudio singular y unas breves líneas que tracen los puntos más elementales en la materia, teniendo en cuenta que alguna de las obligaciones de dar presentes, bien puede ser entendida como prestación de medios (específicamente las sanitarias) frente a otras que se caracterizarán como de resultado (limpieza e higiene de las habitaciones, etc.).

Por lo que a la responsabilidad dimanante atañe, al margen de lo anterior y en el ámbito estrictamente privado, concurre la responsabilidad contractual por el incumplimiento del negocio complejo suscrito, así como la extracontractual por los daños sufridos u ocasionados por quienes no sean parte del pacto (22).

Ilustra los extremos recién destacados, la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, de 4 de marzo de 2002, que declara «en cuanto a la responsabilidad por la falta de la diligencia debida y del incumplimiento de lo pactado debemos diferenciar entre las debidas por parte del personal gerente, por parte del personal sanitario, y el personal de la residencia también demandado. Aun cuando el escrito de demanda no diferencia el tipo de responsabilidad de cada uno de ellos, en este extremo sí que existe confusión, como dice el juzgador, no puede derivarse la misma para todos. Responsabilidad contractual solo existe respecto de la Residencia RASC como parte contratante, mientras que todos los trabajadores que han intervenido de una forma u otra y que han sido demandados derivan una responsabilidad extracontractual, puesto que no son parte en el contrato, habiendo sido demandados como consecuencia de la prestación de unos servicios» (23).

Distinto, por tanto, será el régimen aplicable a la Responsabilidad patrimonial que pueda concurrir, caso de prestación suministrada por una entidad pública, por cuanto se ventilará con el ordenamiento administrativo y, en su caso, en la

público vid., DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informes, estudios y documentos. Residencias públicas y privadas de la tercera edad*, Madrid, 1990, pág. 19 y sigs.

(22) Por su parte, YÁÑEZ VIVERO, en su sólido estudio sobre «La responsabilidad derivada de los daños causados por las personas mayores incapaces», estima que «las residencias geriátricas o psiquiátricas, y los centros o familias donde habite o permanezca acogido el anciano no han de responder necesariamente cuando el anciano esté sometido a la tutela de otro sujeto» [*La protección de las personas mayores*, LASARTE ÁLVAREZ (dir.)], Madrid, 2007, pág. 281. Adicionalmente, plantea el problema de la indemnidad patrimonial del tutor y la dificultad que entraña la presunción de culpa o negligencia por parte del titular del cargo tutelar, ante la evidencia de los daños causados por el tutelado. En este sentido, téngase presente que el artículo 1903 «configura una responsabilidad directa y no subsidiaria, toda vez que cabe esgrimir únicamente la acción derivada del mismo frente a los sujetos que menciona, ya que se establece por incumplimiento de los deberes que imponen las relaciones de convivencia social, de vigilar a las personas y a las cosas que están bajo la dependencia de determinadas personas y de emplear la debida cautela en la elección de servidores y en la vigilancia de sus actos (entre otras, SSTS de 16 de abril de 1973, 15 de febrero de 1975 y 26 de junio de 1984). No obstante, las personas por las cuales responden, si igualmente son demandadas con apoyo en el artículo 1902 del Código Civil, pueden ser condenadas juntamente con ellos a reparar el daño, en cuya coyuntura la responsabilidad será solidaria» (GARCÍA VARELA, «La responsabilidad por hecho ajeno», en *Diario La Ley*, 6.874, 2008). En defecto de dicha condena solidaria, a mi juicio, los obstáculos procesales impedirán amparar la pretensión del tutor y reclamar al sometido a tutela el importe de la indemnización o que esta se abone a cargo del patrimonio del tutelado.

(23) Acerca de lo contractual y extracontractual en la actividad sanitaria y la determinación casuística de las prestaciones sanitarias en el marco de una relación obligatoria y fuera de ella, vid., ASÚA GONZÁLEZ, «Responsabilidad sanitaria», en DÍAZ ALABART y ASÚA GONZÁLEZ, *Responsabilidad de la Administración en la sanidad y en la enseñanza*, Madrid, 2000, pág. 278.

vía judicial contencioso-administrativa (24), sin determinación de la naturaleza contractual o extracontractual de la relación obligatoria de fondo. Pese a lo anterior, si el evento dañoso ha ocurrido en el seno de una entidad contratista y titular de alguna de las modalidades de gestión del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (25), habremos de detenernos en la responsabilidad objetiva del contratista. En este sentido, resultará preceptivo el análisis de las distintas y contradictorias líneas doctrinales y jurisprudenciales sobre la competencia y sujeto que habrá de asumir el deber indemnizatorio.

III. EL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL ENTRE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y CONCESIONARIOS Y CONTRATISTAS DE CENTROS RESIDENCIALES

1. PRETENSIONES RESARCITORIAS ENTABLADAS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN Y CONTRA ENTIDADES ADJUDICATARIAS DE PLAZAS RESIDENCIALES: JURISDICCIÓN COMPETENTE

Como ya se ha anticipado, el régimen jurídico aplicable determina, a su vez, la jurisdicción competente para ventilar las pretensiones resarcitorias en los supuestos de responsabilidad patrimonial. En función del tipo y titularidad del Centro donde haya ocurrido el evento, o a cuya consecuencia acaezcan los hechos u omisiones dañosas, será distinta no solo la normativa en concurso, sino también la vía jurisdiccional, y por ende, los Juzgados y Tribunales competentes para enjuiciar los asuntos controvertidos.

Con carácter previo, por tanto, si la pretensión resarcitoria se fundamenta en los daños y perjuicios dimanantes de los hechos u omisiones acaecidos en un Centro de titularidad privada, habrá de ejercitarse ante la jurisdicción civil, alegando los principios aplicables en este orden —como pueda ser el de unidad de culpa civil (26)— y teniendo en cuenta que este régimen «se inspira en

(24) En el caso de las residencias públicas, el sistema de responsabilidad será el prevenido por el ordenamiento administrativo, muy especialmente, el recogido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (vid., estos aspectos en la obra *La responsabilidad civil en el ámbito de los centros docentes*, LASARTE ÁLVAREZ, LÓPEZ PELÁEZ y MORETÓN SANZ, Madrid, 2007, pág. 87 y sigs.).

(25) Sobre el régimen de concesión para la explotación de residencias, vid., VILLAR ROJAS, «La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales», en *Revista de Administración Pública*, 172, 2007, págs. 141 a 188.

(26) No siempre será de aplicación este principio, ya que como advierte la sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de marzo de 2008, siendo ponente XIOL RÍOS, «la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual es relativizada en aplicación del principio *pro actione* por la jurisprudencia, pero esto no significa que pueda prescindirse de manera absoluta de la calificación procedente. La jurisprudencia (según dice la STS de 29 de noviembre de 2005, haciendo referencia a la doctrina de la unidad de culpa civil invocada por la parte recurrente) admite que la acción por responsabilidad contractual y la acción extracontractual frente a quien causa un daño antijurídico tienen carácter compatible, de tal suerte que el perjudicado puede alternativamente optar por una o por otra (con el efecto de que, en virtud del principio *iura novit curia* no cabe desestimar una pretensión de resarcimiento por culpa civil, fundándose en que el fundamento jurídico aplicable a los hechos es la responsabilidad contractual, en vez de la extracontractual, o viceversa: SSTS, entre

conceptos subjetivos, básicamente el dolo o culpa o parte del agente» (27). De conformidad al artículo 1903 del Código Civil, soportará la legitimación pasiva la entidad que aparezca como titular del centro o alojamiento alternativo, sea esta una persona física o jurídica.

Caso de que los sucesos dañosos hayan tenido lugar en el seno de entidades contratistas y titulares de alguna modalidad de gestión, por ejemplo, en un centro de carácter concertado, tendremos que advertir que la vía jurisdiccional podrá ser tanto la civil como la contencioso-administrativa (28). Sobre el primer aspecto, téngase en cuenta que el orden civil será competente siempre y cuando las pretensiones resarcitorias se hayan interpuesto, en exclusiva, contra el titular de la entidad privada que explota el servicio.

De modo que, si se pretende la reparación de los daños sufridos en un centro privado acogido a un régimen de concierto (29) y se elige la vía civil, este orden jurisdiccional será el competente siempre y cuando, insistimos, la acción se ejercite únicamente contra sujetos de naturaleza privada.

En suma, como advierte la doctrina al interpretar esta modalidad contractual, el contratista concesionario «asume el deber de hacer frente a las responsabilidades que se pudieran derivar de la gestión del servicio» (30).

En cuanto a la responsabilidad patrimonial en la gestión indirecta de este servicio, a la Administración incumbe la potestad de interpretar el contrato, por lo que —siempre y cuando se ventile en un procedimiento administrativo y con audiencia del contratista o concesionario— podrá declarar la responsabilidad del adjudicatario, ventilándose en vía administrativa y luego siendo susceptible de recurso contencioso-administrativo.

En la materia, la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña, sistematiza con precisión las distintas líneas jurisprudenciales sobre supuestos en que intervenga alguna de las modalidades de contratación. Tres son las posibles

otras, STS de 22 de octubre de 2007, STS de 12 de junio de 2007, STS de 23 de diciembre de 2004 y STS de 1 de abril de 2004); pero en el caso de que se produzcan efectos por aplicación de uno u otro régimen jurídico cuya diferencia sea relevante y los elementos de la pretensión permitan determinar la naturaleza de la acción con carácter indiscutible, es admisible calibrarla con exactitud, diferenciadamente y con efectos excluyentes, con el fin de aplicar la disposición pertinente».

(27) XIOL RÍOS, *La responsabilidad patrimonial de la Administración y el derecho de autodeterminación del paciente*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008, pág. 60.

(28) Por su parte, los eventos dañosos, consecuencia de la comisión de un delito o falta, producirá la aplicabilidad de las prescripciones del Código Penal sobre la responsabilidad civil dimanante de la criminal (art. 116 y sigs. del CP).

(29) En cuanto al caso de los conciertos educativos donde el Estado asume el coste real del servicio público mediante lo que se ha dicho es una novación impropia verificada en la asunción de deuda, vid., FALCÓN ALONSO y ANTOLÍN NAVARREDONDA, *Naturaleza y régimen de los conciertos educativos*, pág. 276. Adicionalmente, la Sanidad Pública asumirá los gastos sanitarios ocasionados por un afiliado, caso de que haya sido asistido de urgencia en un centro privado. En la actualidad y a la vista de la propia calificación legal de la Ley Orgánica de Educación, LO 2/2006, de 3 de mayo, en su artículo 117.5 este pago se denomina técnicamente como «pago delegado excluyendo en buena lógica la expromisión ya que, en definitiva, como en el sistema interconectado de tarjetas de pago, no presenta las características de nuestra figura» (vid., MORETÓN SANZ, «Examen crítico de los fundamentos dogmáticos y jurisprudenciales de la expromisión y del artículo 1205 del Código Civil español», en *ADC*, tomo LXI, 2008, fasc. II, pág. 620 y sigs.).

(30) BERMEJO VERA (dir.), *Práctica de la Administración Local*, 5, Barcelona, 2005, pág. 3538.

interpretaciones sobre la distribución de la responsabilidad entre el contratista y la Administración contratante:

1. La Administración contratante tendrá obligación de indemnizar si el daño causado está directamente relacionado a una orden impuesta o en un vicio del proyecto: «a ambos supuestos, previstos expresamente en el artículo 198.2 LCSP, debería añadirse un tercero, derivado de las reglas generales de la responsabilidad patrimonial por omisión: la Administración también respondería cuando ostentara poderes de dirección, vigilancia y control de la ejecución del contrato y no los hubiera ejercido correctamente, de modo que pudiera afirmarse que había incurrido en culpa *in vigilando*. En este tercer supuesto, la responsabilidad de la Administración concurriría junto a la del contratista».
2. La segunda imputa la responsabilidad a la Administración con el ulterior ejercicio de las acciones de regreso. Es la vía propuesta por el Dictamen de La Rioja que ahora se verá.
3. Finalmente, es posible que sea el contratista quien asuma, en virtud de la cuenta y riesgo que le corresponde, las consecuencias lesivas, línea preferida últimamente por el Tribunal Supremo (31).

En cuanto al orden jurisdiccional para ventilar los daños ocurridos en centros de carácter público, en la actualidad la única vía competente es la contencioso-administrativa, caso de que se impetren acciones en las que esté involucrada una Administración (32).

2. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y RÉGIMEN DE RECLAMACIONES PRECEPTIVAS PREVIAS: EL REQUERIMIENTO AL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN

Corresponde ahora examinar aquellos elementos que resulten de aplicación de entre los previstos por los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, como las prescripciones del Real Decreto 429/1993, de 23 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (33).

(31) Vid., «La responsabilidad patrimonial por los daños ocasionados por los contratistas públicos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público», en las *XX Jornadas sobre la Función Consultiva* celebradas en Zaragoza el 26, 27 y 28 de junio de 2008.

(32) Sobre la unidad jurisdiccional, vid., MORETÓN SANZ, TEJEDOR MUÑOZ y RUIZ JIMÉNEZ, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de junio de 2000. La responsabilidad civil de los centros docentes», en *BFD. UNED*, 16, 2000, págs. 241 a 257, y la bibliografía allí citada.

(33) Sabido es que el conjunto normativo aplicable a esta responsabilidad patrimonial está conformado por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en particular, sus artículos 139 y siguientes, según la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero. Este Título X de la Ley 30/1992, trae causa, a su vez, de los artículos 106 y 149.1.18 de la Constitución Española, por cuanto recogen el principio de indemnidad de los particulares por el funcionamiento de los servicios públicos.

Habida cuenta de que nada se expresa sobre la responsabilidad del contratista, salvo su preceptiva audiencia prevista en el artículo 1 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (34), dicha normativa habrá de ser integrada por las prescripciones que resulten de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público.

En particular, tendremos que atender al artículo 214 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Dice así el precepto: Artículo 214. Indemnización de daños y perjuicios. 1. Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato. 2. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será esta responsable dentro de los límites señalados en las Leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación. 3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que este, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción. 4. La reclamación de aquellos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, ya que en materia de indemnización de daños y perjuicios concreta los supuestos excepcionales en que la obligación de indemnizar no tendrá que soportarla el contratista, así como la facultad que ostentan los terceros para requerir al órgano de contratación para que se determine a quién corresponde asumir las consecuencias dañosas.

Para que los perjudicados no tengan, adicionalmente, que soportar la carga de concretar el ámbito subjetivo, cabe la posibilidad de hacer un requerimiento al órgano de contratación para que así lo determine; singularizado el ámbito de responsabilidad y reanudados los plazos de prescripción, corresponderá según el sentido de la resolución, emprender acciones civiles (caso de que recaiga en exclusiva sobre el contratista); instar la incoación del procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial contra la Administración, con audiencia del contratista y, en su caso, una vez dictado el pronunciamiento en cuestión, la vía contencioso-administrativa.

De modo que por lo que se refiere al contratista, cuando no haya dudas sobre su responsabilidad, no será imputable a la Administración ni se registrarán las consecuencias dañosas por el ordenamiento administrativo; caso de que se pretenda el resarcimiento de la Administración en vía administrativa y al margen del requerimiento, en el procedimiento se habrá de dar audiencia al contratista para evitar, en su caso, su indefensión.

(34) Dice dicho artículo 1.3: «Se seguirán los procedimientos previstos en los capítulos II y III de este Reglamento para determinar la responsabilidad de las Administraciones Públicas por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos, cuando sean consecuencia de una orden directa e inmediata de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma, con arreglo a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, sin perjuicio de las especialidades que, en su caso, dicha legislación establece. En todo caso se dará audiencia al contratista, notificándole cuantas actuaciones se realicen en el procedimiento, al efecto de que se persone en el mismo, exponga lo que a su derecho convenga y proponga cuantos medios de prueba estime necesarios».

De lo dicho se sigue que el régimen que suscita menos dificultades interpretativas será el que proceda ante eventos dañosos ocurridos en el ámbito de un centro de naturaleza y explotación públicas, ya que resultarán de aplicación plena las disposiciones previstas en la Ley 30/1992.

En este sentido, cabe destacar en el trámite administrativo previo y en cuanto a los elementos probatorios, que el perjudicado deberá acreditar tanto la lesión o daño antijurídico sufrido a consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público, la relación de causalidad entre ambos, además de la antijuridicidad de dichas consecuencias dañosas. La mejor doctrina advierte que este sistema de responsabilidad patrimonial se basa en la garantía de que los daños ocasionados por las Administraciones no han de ser soportados, necesariamente, por los particulares y en la eficacia del funcionamiento del servicio público (35).

Por otra parte y en cuanto a la resolución que ponga fin al procedimiento, el artículo 13 del Real Decreto 429/1993, de 23 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, deberá pronunciarse «sobre la existencia o no de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía de la indemnización». Contra esta resolución los interesados pueden interponer, en vía administrativa, el recurso potestativo de reposición o, en su defecto, el correspondiente recurso contencioso-administrativo ya en vía judicial.

Habida cuenta de la preceptiva intervención del Consejo de Estado o del órgano consultivo autonómico competente por razón del ámbito territorial donde hayan ocurrido los hechos (36), se puede consultar el Dictamen 50/2005 emitido el 23 de mayo de 2005, por el Consejo Consultivo de La Rioja, correspondiente a la consulta formulada por la señora Consejera de Juventud, Familia y Servicios Sociales en relación con el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial promovido por doña Lidia contra la residencia de personas mayores «La Rioja», por el trato recibido por su madre, doña Lucila, en una estancia temporal en una plaza concertada.

Este Dictamen ilustra una de las posibilidades técnicas a disposición del perjudicado cuando los eventos dañosos sucedan en el seno de un servicio público prestado mediante alguna de las modalidades de gestión indirecta. Apréciase que

(35) Vid., MARTÍN REBOLLO, «La responsabilidad patrimonial de la Administración Local», en *Tratado de Derecho Municipal*, MUÑOZ MACHADO (dir.), Madrid, 2003, pág. 791 y sigs.

(36) Vid., artículo 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, así como el artículo 22.13 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, según la redacción dada por la Ley Orgánica 3/2004, de 28 de diciembre, que declara la competencia de la Comisión Permanente del Consejo de Estado en los supuestos de las «reclamaciones que, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, se formulen a la Administración del Estado a partir de 6.000 euros o de la cuantía superior que establezcan las Leyes». Por su parte, vid., también, la Ley 9/2004, de 24 de noviembre, de la Comisión Jurídica asesora del País Vasco; Ley 5/2005, de 2 de mayo, de la Comisión Jurídica Asesora catalana; Ley 9/1995, de 10 de noviembre, gallega; Ley 4/2005, de 8 de abril, andaluza; Ley 1/2004, de 21 de octubre, asturiana; Ley 3/2001, de 31 de mayo, de La Rioja; Ley 3/2001, de 31 de mayo, murciana; Ley 10/1994, de 19 de diciembre, valenciana; Decreto legislativo 1/2001, de 3 de julio, Texto Refundido de la Ley del Presidente y del Gobierno de Aragón; Ley 11/2003, de 25 de septiembre, de Castilla-La Mancha (suprimido); Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias; Ley Foral 8/1999, de 16 de marzo, del Consejo de Navarra; Ley 16/2001, de 14 de diciembre, extremeña; Ley 5/1993, de 15 de junio, de las Islas Baleares; Ley 1/2002, de 9 de abril, de Castilla y León.

el familiar de la víctima interpone el procedimiento administrativo de reclamación patrimonial dirigiéndolo directamente contra la Administración e instando de esta las actuaciones correspondientes para que se inspeccione a la entidad concertada.

A la vista del Pliego de Cláusulas Administrativas del contrato para la Gestión Integral de Residencia de la tercera edad, como de la circunstancia de haberse interpuesto la reclamación ante la Administración, se acuerda la estimación del resarcimiento y llevar a cabo las actuaciones precisas para repetir contra la empresa, fundándose en los artículos 97 y 161.c) del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el entonces vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En este caso se ratifica la doctrina mantenida por el Consejo Consultivo en otros Dictámenes previos sobre responsabilidad directa de la Administración por daños causados por sus contratistas, sin perjuicio de repetir posteriormente sobre estos. En suma, se afirma, «no existe duda alguna acerca de la existencia de un resultado dañoso efectivo y real, evaluable en una cantidad en metálico. Dicho resultado dañoso es consecuencia de un actuar administrativo, existiendo además relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño sufrido por el particular, pues en varios apartados del expediente se indica que la causa de la pérdida de la dentadura se debe al hecho de no haber respetado el personal del centro los protocolos de actuación existentes. Así pues, un supuesto que aparentemente no entrañaba ninguna dificultad práctica, sin embargo ha visto dilatada su resolución más allá de lo que hubiese sido deseable, incluso viéndose obligada la reclamante a ser parte en un procedimiento judicial en reclamación del importe de la factura del odontólogo. El retraso viene motivado fundamentalmente por la postura de la empresa responsable de la explotación de la residencia, pues, tras su inicial admisión de responsabilidad, e incluso tras manifestar su disposición para hacer efectiva la indemnización procedente, posteriormente se vuelve atrás, utilizando un argumento inaceptable, como lo es el hecho de negar su responsabilidad por el rechazo del siniestro realizado por su entidad aseguradora, y ello con el fin de no crear un grave precedente para casos posteriores, como si la responsabilidad patrimonial surgiese de las interpretaciones que las partes den a los contratos de seguro que en el curso de su actividad empresarial puedan llegar a suscribir. Ello determina la necesidad de tramitar un expediente de responsabilidad patrimonial que, a la vista de los hechos concurrentes, se lleva a cabo por el procedimiento de urgencia, finalizando el mismo de manera convencional a la vista de la claridad con la que aparecen los elementos generadores de la responsabilidad patrimonial de la Administración».

IV. ÁMBITO DE RESPONSABILIDAD Y DOCTRINA JURISPRUDENCIAL: CONTRATISTAS Y CONCESIONARIOS Y JURISDICCIÓN COMPETENTE

1. LA PRECEPTIVA ACREDITACIÓN DEL NEXO CAUSAL: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN (SALA DE LO CONTENCIOSO), DE 11 DE ABRIL DE 2011, Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS (SALA DE LO CONTENCIOSO), DE 23 DE MARZO DE 2001

En la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 11 de abril de 2011, el objeto del recurso era la Orden de la Consejera del Departamento de Salud y Consumo del Gobierno aragonés de 5 de enero de 2009, desestimatoria de la reclamación por responsabilidad patrimonial instada por doña Agustina y

doña Adolfina por el fallecimiento, el 10 de junio de 2007, de don Germán, esposo y padre, respectivamente, de las reclamantes como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada en el Hospital Geriátrico San Jorge de Zaragoza.

De conformidad al Fundamento segundo, los hechos relevantes para la desestimación del recurso por falta de acreditación de nexo causal son los siguientes: «1. Mediante escrito presentado el 26 de diciembre de 2007 (folios 1 a 10 del expediente), doña Adolfina y doña Agustina como hija y viuda, respectivamente, de don Germán, presentaron reclamación por responsabilidad patrimonial como consecuencia del fallecimiento de este último, tras precipitarse, el 10 de junio de 2007, por la ventana de la habitación número 207 del Hospital San Jorge de Zaragoza, donde permanecía ingresado».

En definitiva, «la jurisprudencia exige (por todas, la STS de 20 de junio de 2006), en aplicación de lo dispuesto en los *artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992*, para que resulte viable la reclamación de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: *a)* que el particular sufra una lesión en sus bienes o derechos que no tenga obligación de soportar y que sea real, concreta y susceptible de evaluación económica; *b)* que la lesión sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y *c)* que, por tanto, exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que esta sea producida por fuerza mayor. Sin duda se produjo un daño consistente en la pérdida de la vida del paciente, pero debe valorarse si dicho resultado fue consecuencia del funcionamiento de la Administración y si existe un nexo causal entre el resultado descrito y la actividad desarrollada en la asistencia sanitaria».

Sobre la ausencia de cualquier nexo causal que relacione el suicidio del paciente con la prestación del servicio público, advierte la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia que, «teniendo en cuenta el estado en el que se encontraba según el referido informe de alta del Hospital San Jorge, el paciente había superado la crisis que presentó en el Centro de día y se encontraba tranquilo, hasta el punto de que la familia que le había acompañado toda la tarde le dejó en su habitación sobre las 21 horas, mostrando su satisfacción por la atención recibida (declaración de la hija ante el Juzgado de Instrucción, el 10 de junio de 2007, folios 23 y 24). En dicho estado, y después de las dos últimas asistencias del personal de enfermería, nada hacía pensar en la posibilidad de un intento de suicidio por lo que, mediante un normal juicio de razonabilidad, no se aprecia que hubieran debido adoptarse medidas de vigilancia extraordinarias, como la inmovilización o el traslado a un lugar sin posibilidades de salida, como sugiere ahora su familia. No se desprenden otros datos que pudieran hacer pensar en el desenlace habido y, por el contrario, la imprevisibilidad de su conducta nos lleva a concluir que la Administración demandada actuó dentro de los normales parámetros de diligencia y que no existe relación de causalidad directa entre tal actuación y el resultado que se produjo». En su virtud, desestima la demanda y confirma la resolución recurrida por resultar ajustada a derecho.

Aborda en especial la necesaria acreditación del nexo causal entre el daño y la relación de servicio. Declara, entre otras cuestiones, lo siguiente: «Las circunstancias concurrentes en el supuesto enjuiciado nos conducen necesariamente a examinar, si en los hechos ha existido la concurrencia del necesario nexo causal entre el actuar de la Administración y las lesiones de la recurrente consecuencia de su caída. El concepto de relación causal, a los efectos de poder apreciar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, se resiste a ser definido apriorísticamente con carácter general, puesto que cualquier acaeci-

miento lesivo se presenta normativamente no como el efecto de una sola causa, sino más bien como el resultado de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomas entre sí o dependientes unas de otras, dotadas sin duda de un cierto poder causal, reduciéndose el problema a fijar entonces que hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final y la doctrina administrativa tratando de definir que sea relación causal a los efectos de apreciar la existencia, o no, de responsabilidad para las Administraciones Públicas, se inclina por la tesis de la causalidad adecuada que consiste en determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos o si, por el contrario, queda fuera de este posible cálculo, de tal forma que solo en el primer caso si el resultado corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a esta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar. Esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto una *conditio sine qua nom*, esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición, por sí sola, no basta para definir la causalidad adecuada, sino que es necesario, además, que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado tomando en consideración todas las circunstancias del caso, esto es, que existe una adecuación objetiva entre el acto y el evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo y solo cuando sea así, dicha condición adquiere la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima o verdadera del daño, quedando así excluidos, tanto los actos indiferentes como las inadecuadas e inidóneas y las absolutamente extraordinarias. Aplicando la doctrina expuesta al caso enjuiciado, que si bien la Administración demandada señala no hay nexo causal entre el funcionamiento del servicio público asistencial prestado en la Residencia Mixta de Gijón y la caída sufrida por doña María Inmaculada y su posterior fallecimiento, tal afirmación no puede ser compartida por esta Sala; del examen del expediente administrativo, se extrae como doña María Inmaculada había caído repetidamente, en fechas anteriores a su fallecimiento, así al folio 47 se hace constar: “7-2-96 se comunica a la familia que doña María Inmaculada se cayó”, 13-2-96 se llama a la tutora (amistad) que cayó, 7-3-96 se llama a la señora que cayó; siendo así que considerando que la caída de cuyas consecuencias lesivas deriva el fallecimiento se produjo el día 9 de marzo, conlleva a estimar que debieron adoptarse medidas tendentes a prevenir el riesgo que finalmente concluyó en el fallecimiento de doña María Inmaculada, constando igualmente en el informe del médico forense que la misma presentaba “cicatriz de 4 x 4 en área correspondiente a ángulo mandibular derecho. Cicatriz submentoniana de 2 x 9 cm, aproximadamente, de dirección transversal. Vendaje bilateral de ambos pies de finalidad antiescore. Existe hematoma antiguo en fase de resolución que ocupa la mayor parte de la región molar derecha y mejilla del mismo lado”. Es pues evidente la existencia del nexo causal negada por la Administración».

2. LOS CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES Y EL CURSO DE CAUSAS: SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO), DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 2001

Esta Resolución sistematiza los criterios para la determinación de la responsabilidad patrimonial, antes vistos: «compacta doctrina acerca de la cuestión de

la responsabilidad patrimonial de la Administración a examen, que en síntesis establece: *a) que la cobertura patrimonial de toda clase de daños que los administrados sufran en sus bienes a consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, incluye la total actividad administrativa, abarcando, por tanto, todo el tráfico ordinario de la administración, de ahí que cuando se produzca un daño en el patrimonio de un particular, sin que este venga obligado a soportarlo en virtud de una disposición legal o vínculo jurídico, hay que entender que se origina la obligación de resarcir por parte de la Administración, si se cumplen los requisitos exigibles para ello, ya que al operar el daño o el perjuicio como meros hechos jurídicos es totalmente irrelevante que la Administración haya obrado en el estricto ejercicio de una potestad administrativa o en forma de mera actividad material o en omisión de una obligación legal; y b) que los requisitos exigibles son: 1.º la efectiva realidad de un daño material, individualizado y económicamente valuable; 2.º que sea consecuencia del funcionamiento, normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa, exclusiva e inmediata de causa a efecto, cualquiera que sea su origen, y 3.º que no se haya producido por fuerza mayor y no haya causado el derecho a reclamar por el transcurso del tiempo que fija la Ley.* Convinando resaltar en relación con la problemática del nexo causal (verdadero nudo gordiano de la declaración de responsabilidad patrimonial, dada la doctrina expuesta) que la línea jurisprudencial que venía exigiendo como condición indispensable para tal declaración, que la relación de causalidad entre la actuación de la Administración y el daño fuera no solo directa, sino también exclusiva, ha evolucionado de manera razonable hasta el punto de no exigir, últimamente, la exclusividad del nexo causal, admitiendo el concurso de causas derivadas tanto de la propia víctima como de un tercero, salvo que estas sean tan intensas que el daño no se hubiera producido sin ellas».

Sigue la Resolución diciendo lo siguiente: «Pues bien, trasladando al caso la doctrina así expuesta, con examen de la prueba practicada en los autos y muy especialmente el contenido del informe de la autopsia del cadáver llevada a cabo por el médico forense del Juzgado de Instrucción número 1 de los de esta ciudad, y de la diligencia de inspección ocular practicada por las fuerzas de la Guardia Civil intervinientes, no puede sino dictaminarse la no conformidad a derecho de la resolución administrativa impugnada, que desestimó por silencio la indemnización exigida por daños y perjuicios, con la consiguiente estimación del recurso en la concreta cuantía que más adelante se señalará. Y es que exponiéndose en el indicado informe de autopsia obrante en las diligencias penales que «...el fallecimiento del señor J. E. se trata de una muerte violenta..., por parada cardio-respiratoria..., siendo causa fundamental de la muerte un shock traumático por precipitación...», quedando constancia además, según el contenido de la diligencia de inspección ocular de la Guardia Civil el 15 de diciembre de 1995, de que «...el lugar donde fue hallado el cadáver se encontraba en la vertical de una terraza del primer piso del edificio, a una altura de 5,10 metros sobre el suelo...», ninguna resolución ha de adoptar la Sala que no sea la de estimar la existencia de relación directa, exclusiva e inmediata de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio público correspondiente y el daño causado, pues ninguna explicación distinta a la de que la muerte del caso se produjo por precipitación del anciano desde la susodicha terraza, se muestra como plausible y razonable, habiéndose manifestado por la propia Administración, en tal sentido, y en su escrito de contestación a la demanda que «la caída desde el balcón es una suposición que quizá sea la correcta..., aunque no ha sido constatada de manera fehaciente»; habiendo de conducir todo ello a la consideración de que

oportunamente no quedaron agotadas por los responsables del centro público, todas las medidas precautorias indispensables en salvaguarda de los intereses e integridad física del fallecido (posteriormente la Administración ha mandado subir de altura la barandilla del balcón, de tan solo un metro al ocurrir el hecho), interno en el establecimiento por su avanzada edad —setenta y siete años—, y como afectado de “esquizofrenia catatónica de carácter violento...”, afección que aún en estado residual, al parecer, no hacía descartable en absoluto su posible catalogación como persona incapaz de asumir la responsabilidad y conciencia de sus propios actos, y como tal sujeta a dedicación y cuidado especial».

3. LA PRUEBA DE LA LESIÓN PATRIMONIAL OCASIONADA POR EL FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS SIN ALTERACIÓN DEL NEXO CAUSAL: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO), DE 4 DE SEPTIEMBRE DE 2008

El Fundamento segundo de la Resolución recoge los hechos declarados probados: «1.º Que la recurrente era hija de don Donato. 2.º Que don Donato, de ochenta y cuatro años de edad, invidente, residente asistido en la Residencia Manoterías de la Comunidad de Madrid, el día 11-XI-2003, encontrándose sentado en un sillón en un pasillo de la planta 1.º B fumando un cigarro, se prendió el pañal que llevaba y a continuación las ropas que vestía. 3.º Que don Donato fue atendido, en primer lugar, en la propia residencia, siendo trasladado al Hospital La Paz, donde falleció el 14 de noviembre de 2003, como consecuencia de las quemaduras sufridas».

Como suele estar presente en la totalidad de las resoluciones dictadas en asuntos sobre responsabilidad patrimonial, son enumerados los requisitos que habrán de concurrir para que pueda ser estimada la responsabilidad exigida. De modo que la prueba incumbe a estos requisitos: «a) efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas; b) que el daño o lesión patrimonial sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal; c) que el daño sea antijurídico, no ya porque la conducta de su autor sea contraria a derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, y d) ausencia de fuerza mayor».

«En el supuesto de autos concurren los requisitos señalados más arriba, debiendo centrarse la cuestión debatida fundamentalmente en el recogido en el segundo lugar, destacando que el funcionamiento interno del centro debe ser el adecuado en cada momento y en cada circunstancia, debiendo su personal estar donde debe estar, ya que, como en el caso del fallecido, estamos ante personas con disminución de sus facultades que exigen de especiales atenciones, sin que quepa entrar en la discusión de si podía o no fumar, cuya autorización tenía, no tampoco en la posible responsabilidad de la hija, cuya alusión no se alcanza a comprender; por lo cual, si lo dicho anteriormente es cierto, no lo es menos la antijuridicidad (...) Por todo lo cual, ha de tener favorable acogida el presente recurso contencioso-administrativo, si bien a la hora de fijar la indemnización, el Tribunal, teniendo en cuenta la totalidad de las circunstancias concurrentes, en especial las personales del fallecido, y la ausencia de pruebas por parte de la recurrente, la establece en 15.000 euros».

4. AUSENCIA DE DAÑO EFECTIVO IMPUTABLE A LA ADMINISTRACIÓN, REMISIÓN A LA RESPONSABILIDAD SANITARIA Y EL CRITERIO DE LA *LEX ARTIS AD HOC*: PERSONACIÓN DE LA GESTORA DEL SERVICIO RESIDENCIAL PESE A NO HABERSE FORMULADO PRETENSIÓN ALGUNA CONTRA ELLA: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA (SALA DE LO CONTENCIOSO), DE 18 DE JUNIO DE 2010

En esta resolución el objeto del recurso es la conformidad o no a derecho de la actuación administrativa impugnada por la que se denegó la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración. La recurrente «sostiene que la muerte de su padre en la Residencia de la Tercera Edad de Velluters habría constituido un daño evitable de haber actuado con la debida diligencia y, por consiguiente, dicha muerte se produjo como supuesto susceptible de dar lugar a la responsabilidad que de la Administración deriva por el funcionamiento normal o no de los servicios públicos».

En el asunto de autos, el fallecido residía en una residencia por indicación de los Servicios Sociales de la Consellería de Bienestar Social donde, mediante decisión judicial, había sido internado a petición de la familia, aunque ningún día dejaba de ser visitado por sus familiares.

Los hechos acreditados relatan las circunstancias desencadenantes al posterior fallecimiento del usuario del servicio residencial, una persona mayor con discapacidad visual fumadora: «el 10 de marzo se le atendió como era habitual y se le acostó tras darle la cena en torno a las 20,30 y en la forma habitual, provisto de pañal, arrimando la cama de una parte a los armarios y protegiendo posibles caídas del otro lado con una barandilla de las también habituales en estas camas de enfermos. Se señala en la demanda que esta barandilla teóricamente tenía que haber impedido que el enfermo se hubiese podido levantar o caer accidentalmente, lo que resulta una obviedad, pero es de interés para el mantenimiento del enfoque de la demandante. Además de adoptar tales precauciones, se le ató como también es habitual con la cincha o cinturón ancho a que profusamente nos referiremos a continuación. A las 20,30 ya se realizó una ronda por los dormitorios por las auxiliares y a las 12,00 volvió a revisar la enfermera sin que nada anormal llamara su atención. Fue 2,20 horas después cuando en nueva ronda el personal encontró al enfermo medio caído por la parte superior de su cuerpo en la que había cedido la barandilla protectora y suspendido (o “sujetado” evitando caer todo él al suelo) por el ancho cinturón colocado al efecto. Ya se hallaba muerto al ser encontrado en tal situación y posición y según el informe de la autopsia tal muerte se habría producido por asfixia».

Téngase presente que «aun cuando no deduce exigencia alguna de responsabilidad a la gestora de la residencia, la entidad Gestión Socio Sanitaria del Mediterráneo, S. L. (en tanto que centra la exigencia de responsabilidad a la Administración en su culpa *in eligendo* e *in vigilando*), dicha entidad comparece para negar la responsabilidad en términos semejantes a los de la Administración aunque con mayor detalle».

Sigue dicha resolución advirtiendo que «en el presente caso, que en particular debería reconducirse a los supuestos de responsabilidad patrimonial de la función o actividad sanitaria en la que resulta determinante el respeto de la conocida como *lex artis ad hoc*, cabe que realicemos cuantas consideraciones se quiera sobre la concurrencia o no de la adecuada *lex artis*, pero lo que de entrada ya hemos de advertir es que no encontramos la existencia de daño alguno que haya tenido que sufrir la parte actora (moral según se alega, ante la angustia de pensar que su padre haya fallecido por asfixia) que se haya producido por la falta de

diligencia de los servicios sanitarios que atendían la residencia en la noche del fallecimiento o, dicho de otro modo, en absoluto queda probado que tal daño se hubiera evitado cumpliendo un protocolo distinto al seguido por dicho personal. Y a dicha conclusión cabe llegar a la vista de toda la documentación obrante en los autos y en el expediente adjunto, tal como vamos a ver en particular a la exagerada valoración económica llevada a cabo por la parte actora.

De modo que «nos encontramos con una muerte producida en un ente público en la que se indagan hasta extremos a veces exagerados las condiciones técnicas de los elementos de la cama y del cinturón, pero se echa de menos la referencia a las condiciones del enfermo que sí se mencionan para justificar el hecho de que no pudiera permanecer en el domicilio familiar, aun deseándolo, por tratarse de enfermos cuyas especiales condiciones resultan absolutamente imposibles de ser atendidos en la casa familiar, salvo que se disponga de las 24 horas. Y esta es justamente la cuestión y la situación que, aun sin haberse agravado en su estancia en la residencia, cosa por lo demás normal con el solo paso del tiempo, debe tenerse en cuenta por las partes y muy especialmente por los familiares demandantes. De hecho, así se lee textualmente en el escrito de conclusiones de la propia actora: “creemos que ha quedado debidamente acreditado que el padre (*sic*) de mi representada padecía enfermedad que le hacía ser una persona que precisaba ser atendido durante las 24 horas del día”».

Sigue afirmando lo siguiente: «naturalmente, ello en sí mismo explica todas las dificultades, por no decir imposibilidad, de evitar un suceso como el denunciado. La exigencia de una responsabilidad patrimonial a la Administración en estos supuestos se nos aparece como una deducción que olvida que, en el ámbito de la acción prestacional sanitaria, la obligación no puede concebirse como una obligación de resultado, la sanación completa del individuo, sino de medios. No pudiendo ampararse esa construcción tampoco en los derechos reconocidos en los artículos 41 y 43 de nuestra norma suprema, pues en esta se consagra un derecho a la protección de la salud no un derecho a la salud, este último de imposible garantía. Una construcción objetiva que anude la responsabilidad, atendiendo a la identificación de una actuación, actividad o inactividad, administrativa en el orden causal táctico del resultado no parece compatible así ahora con la nueva redacción, por Ley 4/1999, del artículo 141 de la Ley 30/1992. Y si bien pudiera razonarse, en razón del momento temporal de la producción de la lesión, en contra de la vigencia de esta última disposición en su actual formulación es lo cierto que la misma responde, como ya ha señalado el Tribunal Supremo, así la sentencia de 31 de mayo de 1999, a una interpretación también acogida en nuestra doctrina».

Concluye aseverando que «una lectura distinta del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas convertiría al mismo en una suerte de aseguramiento universal no ya de todos los riesgos sociales».

5. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA 3.^ª), DE 15 DE JUNIO DE 2011, Y LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA POR LOS DAÑOS RESULTANTES DEL DEFICIENTE TRATO DISPENSADO EN UN CENTRO RESIDENCIAL CONCERTADO

Dicha sentencia, en el Fundamento de Derecho primero, hace suyos los argumentos de la sentencia estimatoria parcial de 25 de mayo de 2005, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, deducido contra la Orden de fecha 5 de julio de 2000 de la Consejera de

Servicios Sociales que desestima el recurso administrativo interpuesto, a su vez, contra la desestimación presunta de su solicitud de responsabilidad patrimonial.

En particular, dice lo siguiente: «Acordó la Sala (del Tribunal Superior de Justicia) la anulación del acto, declarando el derecho de la recurrente al percibo de 6.000 euros en concepto de daño moral, así como la cantidad que se determine en ejecución de sentencia por los gastos ocasionados en la residencia privada, con la deducción indicada anteriormente, suma que ha de satisfacer la Administración demandada. Identifica la sentencia el acto impugnado en su primer fundamento mientras en el segundo consigna los hechos relevantes: a) El 8 de julio de 1998, la madre de la actora, doña Inocencia, sufre una caída accidental que le produce la rotura de la pelvis, siendo ingresada en un centro hospitalario hasta que, el 24 de agosto de 1998, fue dada de alta hospitalaria. b) No obstante ese alta, al necesitar la señora Inocencia constantes cuidados, fue ingresada en un centro geriátrico (residencia pública de Manoterías), en donde estuvo cuatro meses observándose una apreciable mejoría. c) Agotado el plazo máximo de estancia en dicho centro es trasladada a la Residencia Montesalud de Las Rozas, centro concertado con la Seguridad Social, en donde ingresa el 23 de diciembre de 1998 en buen estado) El estado de la señora Inocencia a su ingreso era bueno, pese a las naturales consecuencias de la caída y tratamientos a que fue sometida, hasta tal punto que caminaba sola, ayudándose de un andador. e) Durante la estancia en dicha residencia, la señora Inocencia sufrió un claro retroceso en su evolución, dado que se le produjeron úlceras, escaras y dejó de poder andar. f) Ante el estado de la paciente, su hija decide trasladarla a un centro privado, ingresando en el centro Geriátrico de Villanueva del Pardillo, Medinaceli II, el 17 de marzo de 1999. Por decisión médica, la paciente no es alojada en una habitación ordinaria sino directamente en la UCI. Aunque en dicha residencia se produjo una clara y rápida mejoría, la señora Inocencia no pudo en lo sucesivo andar debido a la retracción de las rodillas. g) El 7 de junio de 1999 la actora, señora Pilar, presentó escrito mediante el que reclamaba una indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración. h) Como quiera que la Administración no dictara resolución expresa, formuló recurso administrativo que fue desestimado expresamente por Orden de 5 de julio de 2000, de la Consejería de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid. Ya en el tercero hace constar la pretensión actora y la oposición administrativa, mientras en el cuarto recoge doctrina jurisprudencial de desarrollo de la responsabilidad patrimonial de la administración. Tras ello en el quinto reseña que «el hecho es imputable a la Administración, dado el convenio que la residencia de ancianos tenía con los servicios sociales públicos. Es decir, de lo que allí ocurriera, del trato que se dispensara a la paciente, debe responder la Administración».

6. RESPONSABILIDAD EN LOS CENTROS GESTIONADOS POR CONTRATISTAS: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNITAT VALENCIANA (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO), DE 4 DE JUNIO DE 2003

En este caso se ventila la determinación de la responsabilidad, caso de fuga del centro gestionado por un contratista. En ella se declara: «La relación resumida de hechos a considerar en este litigio es la siguiente: Como don Héctor, de sesenta años de edad, tuviera un tumor inoperable causante de una demencia de inicio focal y síntomas de un posible Alzheimer en estudio, su hijo don Gonzalo solicitó el 11-8-1997 a la Consellería de Bienestar Social el ingreso en una residencia de

la tercera edad, concediendo el 28-8-1997 la Dirección Territorial de Bienestar de Alicante una plaza en la Residencia de Tercera Edad de Benejúzar. Ingresado don Héctor en dicho centro el 27-8-1997, ya desde el primer momento se observó las especiales características del mismo, pues se comportaba de forma alterada y en permanente deseo de fugarse, intentándolo en diversas ocasiones (una vez cada tres días) hasta que lo consiguió el 4-10-1997, presentándose denuncia por su desaparición, que fue tramitada por el Juzgado de Instrucción, número 5 de Orihuela (Diligencias Previas 2742/97 hasta el auto de archivo de 16-10-1997, sin que se conozca su situación, estado o paradero hasta el presente). Como fuere que la familia del desaparecido reclamara patrimonialmente a la Administración por el daño moral derivado de la desaparición, solicitando una indemnización de 15.000.000 de pesetas para la esposa y de 10.000.000 de pesetas para cada uno de los dos hijos, se inició el correspondiente expediente administrativo con el resultado descrito en el primero de los fundamentos jurídicos de esta resolución. Espigol Cooperativa Valenciana, que absorbió a la entidad Ilicitana Cooperativa Valenciana en 1997, que a su vez detentaba el contrato de concesión de la gestión del servicio público de la citada residencia, argumenta en su demanda que la actuación administrativa es nula por apartarse de la necesaria congruencia entre la acción ejercitada por los familiares y la resolución definitiva, debiendo ser la Administración quien resulte responsable del servicio público afectado, negando la existencia de negligencia por su parte y de nexos causal entre la salida del interno del centro y su desaparición, solicitando la anulación del acto recurrido. Por su parte, los familiares del señor Héctor discrepan de la cuantía indemnizatoria reconocida por la Administración demandada, reclamando una cantidad mayor (1.032.000 ptas. para el hijo, el doble para la hija y 12.384.000 ptas. para la esposa) en consonancia al daño moral causado y a la probable muerte del desaparecido, a tenor del tiempo transcurrido desde su desaparición y su precario estado de salud mental. La Administración demandada solicita la conformación de la resolución impugnada por apreciarse negligencia en la gestión del centro de la tercera edad, así como en la pasividad de la familia al no solicitar medidas judiciales de internamiento o de incapacitación del enfermo, debiendo responder de los daños el contratista en aplicación de los artículos 98 y 162.c) de la Ley 13/1995, de 18 de mayo» (37).

(37) El Fundamento tercero sistematiza los criterios de responsabilidad en los siguientes términos: «La configuración de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en nuestro Derecho (art. 139 y sigs. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y art. 106.2 de la Constitución Española, viene dada por una actividad administrativa (por acción u omisión, bien sea material o jurídica), un resultado dañoso no justificado y una relación de causalidad entre aquella y este, incumbiendo su prueba a quien reclama, a la vez que se imputa a la Administración la carga referente a la existencia de fuerza mayor cuando se alegue como causa de exoneración (sentencias de 14 de julio de 1986, 29 de mayo de 1987, 17 de febrero de 1989, etc.), especificando que la exigencia de que el daño o lesión patrimonial sufrido por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos en una relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto (sentencias de 11 de abril y 15 de febrero de 1986, 20 de julio de 1988 y 17 de febrero de 1989)... En la misma línea jurisprudencial, pero con una mayor adecuación al supuesto específico de autos, las sentencias de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo, de 2 de febrero de 1988, 3 de abril de 1990, 13 de octubre de 1990, 21 de marzo de 1991 y 18 de enero de 1995 fijan un triple requisito para apreciar la existencia de una obligación indemnizatoria de la Administración: un daño o lesión patrimonial antijurídica, injustificable y evaluable; que sea consecuencia objetiva, directa y exclusiva del funcionamiento normal o anormal de la Administración y, en tercer

Por fin, el fundamento cuarto advierte que pese a la modalidad de gestión indirecta, es la Administración quien debe asumir la responsabilidad: «En el presente supuesto litigioso deberá tenerse en cuenta que la debida comprensión del contenido de la responsabilidad patrimonial de la Administración regulada, básicamente, en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, pues el derecho indemnizatorio de los particulares nace del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, sin necesidad de que exista un plus añadido de deficiencia o mal funcionamiento de ese servicio público, dentro de la concepción objetivadora que el legislador ha querido otorgar a la responsabilidad de las Administraciones Públicas. Precisamente, es la acción y el procedimiento administrativo los que enmarcan la adecuada resolución del litigio, pues se acciona contra una Administración Pública por su responsabilidad patrimonial en unos hechos, se tramita un procedimiento administrativo para, finalmente, decidir si se dan los requisitos del artículo 106 de la Constitución Española y 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de manera que solo cabe una doble determinación: existe o no existe una responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de un servicio público, sin posibilidad jurídica de afectar a terceros privados, sean compañías de seguros o contratistas del servicio público, pues el objeto de la acción tan solo puede afectar a una Administración Pública, sin perjuicio de su derecho a repetir en el contratista o compañía aseguradora en virtud de sus específicas relaciones particulares o a practicar la acción de regreso, en su caso. Si el presente litigio concierne a la responsabilidad patrimonial de la Consellería de Bienestar Social, es decir, a una petición ciudadana de indemnización por los daños sufridos como consecuencia del deficiente funcionamiento de un servicio público (residencia de la tercera edad) de titularidad autonómica, resulta incongruente y contrario a derecho derivar una responsabilidad patrimonial directa, atribuida por los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y 106.2 de la Constitución Española, al adjudicatario de un contrato administrativo, desplazando indebidamente la relación jurídica ciudadano-Administración autonómica a ciudadano-contratista, en clara vulneración de las normas referidas. En consecuencia, si la Resolución de 30-3-2000 de la Consellería de Bienestar Social reconoce la existencia de una conducta negligente en la gestión de un servicio público, si reconoce la existencia de unos daños antijurídicos y económicamente resarcibles, si acepta que existe un nexo causal entre los daños y el funcionamiento anormal de un servicio público, tan solo procede declarar la responsabilidad de dicha Administración y su consiguiente obligación de indemnizar a los perjudicados, en la cuantía y forma aceptada en la resolución impugnada. Por ello, deberá anularse la Resolución de 30-3-2000 de la Consellería de Bienestar Social, en la medida que deriva incorrectamente a un tercero su responsabilidad indemnizatoria, debiendo mantener la existencia de responsabilidad patrimonial pero atribuible a esa Administración autonómica, que será quien resulte obligada a indemnizar a los familiares en la cuantía reseñada en el acto cuestionado. En tal sentido deberá estimarse el recurso contencioso-administrativo formulado por Espigol Cooperativa Valenciana» (38).

lugar, relación de causalidad entre el primero y el segundo de los requisitos enunciados, sin que exista fuerza mayor».

(38) En cuanto al daño moral alegado por los familiares, es expresamente rechazado con cierta censura por la pasividad evidenciada en su falta de actividad y protección. Dice literalmente: «Por el contrario, deberá desestimarse íntegramente el recurso interpuesto por los familiares del desaparecido por no ser compatible su propia conducta con la pretensión

7. RECLAMACIÓN PATRIMONIAL DE UNA RESIDENCIA PRIVADA POR LA DEFICIENTE PRESTACIÓN SANITARIA PÚBLICA DEL CENTRO DE SALUD DE LA LOCALIDAD DONDE TIENE SU SEDE EL GERIÁTRICO: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO), DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2006

En este caso, la demandante de la reclamación es la gerente de una residencia privada en virtud del trato dispensado por un médico del servicio público sanitario de la localidad donde tenía su sede el centro residencial. Sus términos son: «El presente recurso contencioso-administrativo se interpone por la entidad recurrente, titular del centro denominado Malvarrosa, cuya tipología es Residencia de Tercera Edad mixta, contra la desestimación presunta de la reclamación de daños y perjuicios que, en concepto de responsabilidad patrimonial, formuló ante el Instituto Nacional de la Salud el día 16 de noviembre de 2001, por la inadecuada actitud y negligente gestión de la coordinadora del Centro de Salud Pozuelo-Estación, abuso de autoridad en el desempeño de su cargo y discriminación en el acceso a los servicios sanitarios para con la citada residencia».

«Pues bien, tomando en consideración la prueba practicada en el procedimiento, se ha de concluir que resulta plenamente *acreditado el deficiente funcionamiento de la Administración sanitaria* que concurre en el caso en el caso de autos, hasta el punto de que la propia Administración demandada se centra exclusivamente en su contestación a la demanda en la falta del requisito del daño efectivo; *funcionamiento anormal* que pone de relieve, como se ha dicho, la total documental obrante en el expediente administrativo, al resultar acreditado que, no obstante la queja formulada por la administradora de la Residencia Malvarrosa, y la consiguiente nueva asignación de médico a los tres residentes señalados en la demanda, sin embargo, estos no fueron atendidos por el facultativo así asignado al insistir la coordinadora del Centro de Salud Pozuelo-Estación en su adscripción a la misma, constando, además, la colocación en la zona de atención al público del Centro de Salud de Pozuelo de Alarcón de una hoja de papel en el que con letra impresa se podía leer: RESIDENCIAS – (MENOS RESIDENCIA MALVARROSA) = MÉDICOS DE MAÑANA, y debajo la relación de médicos asignados. Y, en este sentido, los propios informes evacuados por los Inspectores Médicos ponen claramente de manifiesto la descoordinación en la asignación de facultativo a los tres pacientes que concurrió en caso de litis, sin que las alegaciones formuladas por la coordinadora del Centro de Salud expliquen los puntos de la reclamación, señalando el Médico Inspector, don Jesús Ángel, su informe, y entre otros extremos, que se estima deficiente la gestión de la doctora Susana en relación con la asignación de pacientes de la Residencia Tercera Edad Malvarrosa y de la colocación de un cartel en la pared del Centro de Salud de Pozuelo en relación a dicha residencia por prestarse, como mínimo, a una interpretación de abuso de autoridad y discriminación y que todo ello ha podido empañar el buen trabajo y la imagen del Sistema Nacional de Salud ocasionando los posibles daños y perjuicios reclamados por doña Valentina (...) Se concluye este informe estimando que

de un aumento de la *indemnización por daño moral*, toda vez que en ningún momento se interesaron por el internamiento o incapacitación judicial del enfermo o por las medidas adecuadas a su situación mental, limitándose a tramitar su ingreso en un lugar abierto y propio de la tercera edad, no un psiquiátrico, sin que la casi inevitable fuga y posterior desaparición de don Héctor genere más daño a su familia que el económicamente reconocido por la Administración autonómica, que se considera adecuadamente ponderada, que deberá mantenerse por la doctrina de los actos propios de la Administración».

la reclamación formulada por doña Valentina adjunta documentación fehaciente suficiente para considerarla procedente en sus dos partes: la de quejas y la de reclamación por posibles daños y perjuicios ocasionados».

8. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNITAT VALENCIANA (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO), DE 25 DE JUNIO Y DE 4 DE SEPTIEMBRE DE 2008: RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL: DAÑOS ACAECIDOS EN EL PROPIO CENTRO O EN DESPLAZAMIENTOS O TRAYECTOS Y RESPONSABILIDAD EN SUPUESTOS DE CENTROS PÚBLICOS GESTIONADOS POR ENTIDADES NO LUCRATIVAS

En la primera de ellas «se estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por doña Bárbara en demanda de responsabilidad patrimonial por las lesiones y perjuicios sufridos derivados de la caída de su hija doña Eva en un centro ocupacional de día al que fue confiada por la residencia de discapacitados psíquicos de Vila-Real donde permanecía ingresada y el retraso en la debida asistencia médica y, reconocida que ha sido la dicha responsabilidad patrimonial por la Administración de la Generalidad Valenciana demandada por resolución expresa, fijar la indemnización».

De modo que habrán de ser reparados los daños acaecidos en la sede del centro o en el trayecto autorizado para la realización de alguna actividad o, incluso, los acontecidos a consecuencia de una fuga del centro sin autorización.

En el segundo caso y pese a no tener acceso al texto íntegro de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, por lo que transcribimos los datos proporcionados por los medios. En esta resolución se condena a la Consejería de Bienestar Social al pago de 44.418 euros a los herederos de una anciana que murió al caer por un precipicio cercano a la residencia en la que estaba ingresada, La Bartola, de Benicàssim, cuya titularidad corresponde a la Generalitat y era gestionada por la Cruz Roja.

Destaca, adicionalmente que el ejercicio de las acciones correspondientes fueron interpuestas por la Unión de Consumidores de Castellón en representación de una asociada después de que en febrero de 2005 la madre de la reclamante muriera en la residencia de estancia temporal de Benicàssim donde fue dejada absolutamente sola, sin vigilancia y sin adoptar medida precautoria, en un lugar peligroso. En la citada fecha se produjo una salida de la mujer al exterior «ni autorizada ni controlada», a resultas de la cual la mujer, que padecía Alzheimer, «cayó por un barranco y falleció». La mujer había sido ingresada «por su propia seguridad ante su desorientación, tanto temporal como espacial, demencia senil, trastornos de conducta, vértigos, episodios de agitación, ideas de fuga y ausencia de percepción del peligro, según reconoció la propia dirección del centro».

Previa a la demanda, los servicios jurídicos de la Unión de Consumidores de Castellón interpusieron una reclamación ante la Consejería de Bienestar Social, que esta última no resolvió. A continuación se interpusieron acciones judiciales ante las que la Consejería se exoneró «de toda responsabilidad, alegando que la gestión de la residencia estaba encomendada a la Cruz Roja», según el comunicado de la UCE.

Sin embargo, la sentencia dictada acaba condenando a la Administración por cuanto «ante una reclamación de la naturaleza que aquí se examina, debió en vía administrativa determinar la previa responsabilidad del contratista o gestor... indicándolo expresamente así, para que los afectados por esa indica-

ción pudieran hacer lo que tuvieran por conveniente en defensa y ejercicio de sus derechos. No lo hizo así, y es más, incumpliendo su obligación de resolver, guardó el más absoluto silencio frente a la reclamación, y obligó a la actora a plantear una acción de responsabilidad ordinaria contra la Administración... sin que pueda ahora la Administración vía contestación, y de manera absolutamente intempestiva, pretender exonerarse de su responsabilidad, difiriéndola al gestor impropio o concesionario, ya que a estas alturas, no sabemos lo que es, pues dicha relación jurídica ni siquiera se preocupa la Administración de definirla o determinarla... a la luz de estos principios, la responsabilidad de la Administración es evidente, porque se dan todos los supuestos para exigirla, y en el caso de autos concurren, por anormal funcionamiento del servicio, ya que se deja absolutamente sola, sin ningún tipo de vigilancia, y sin adoptar ninguna medida precautoria, en un lugar peligroso, a una persona que padece una enfermedad mental, de manera que esta se escapa de la residencia, y cae por un terraplén, desguarnecido de toda defensa, produciéndose a resultas de ello su muerte».

En consecuencia, se condena a la Consejería de Bienestar Social al pago de una indemnización por importe de 44.418 euros, más intereses y las costas del procedimiento.

V. REFLEXIONES CONCLUSIVAS. EL PEREGRINAJE JURISDICCIONAL Y VIS ATRACTIVA DEL ORDEN CONTENCIOSO VERSUS VIS RESIDUAL DE LA JURISDICCIÓN CIVIL

Dado el régimen de concesión de los prestadores privados, a diferencia, por ejemplo, del ámbito educativo cuyo responsable, según pacífica doctrina, será el titular del Centro, en nuestra materia nada impide que sean interpuestas pasivamente acciones tanto contra la Administración cuanto al concesionario, evitando con ello la jurisdicción y ordenamiento privados.

Y lo anterior será, pese a la redacción del actual artículo 214 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (39), y su inmediato antecesor, el artículo 198 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del sector público (40), coincidentes a su vez, con el antiguo artículo 97 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas.

(39) Transcrito *ut supra*.

(40) Artículo 198. Indemnización de daños y perjuicios. 1. Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato. 2. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración será esta responsable dentro de los límites señalados en las leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación. 3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que este, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción. 4. La reclamación de aquellos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto.

En definitiva, las sucesivas reformas procesales imputan, en exclusiva, al orden contencioso-administrativo cualesquiera cuestiones en que intervenga una Administración, poniendo término al peregrinaje de jurisdicciones.

En este sentido, el Auto de 1 de julio de 2008, dictado por la Sala especial de conflictos de competencia del Tribunal Supremo, declara que «de la regulación expuesta, se deduce el intento del legislador de no dejar resquicio alguno en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública que permita el conocimiento del asunto a otro orden jurisdiccional, razón por la que *atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa tanto el conocimiento de las acciones directas (dirigidas contra la Administración) como las dirigidas contra cualquier otra entidad, pública o privada, aunque las mismas, solo de una forma indirecta, sean responsables*, junto a la Administración, de los daños y perjuicios causados».

Sigue después aclarando que «en este caso, tanto la demanda formulada inicialmente ante la jurisdicción civil como el recurso promovido en vía contencioso-administrativa se dirigen contra la sociedad anónima Empresa Provincial del Agua de Córdoba. Pues bien, la entidad concesionaria del servicio público municipal de abastecimiento y distribución de agua potable y saneamiento de Córdoba y de otros municipios cordobeses, es como se ha indicado, una sociedad anónima, que aún cuando esté participada por capital público, se rige por el Derecho Privado, sin ejercer potestades administrativas (...). Ante el hecho de que no exista imputación de daño a alguna Administración Pública y que las pretensiones estén dirigidas contra sujetos privados —en este caso una sociedad anónima, aún cuando sea concesionario de un servicio público— ha de entenderse competentes a los Tribunales y Juzgados del Orden Jurisdiccional, que, según lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Ley 6/1985, de 1 de julio, son los que conocerán, además de las materias que le son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional».

Idénticas cuestiones se reproducirán, caso de que la prestación del servicio público sea dispensada por entidad local, recurriendo a alguna de las coberturas previstas en derecho como pueda ser la concesión. En este punto, téngase presente que, como hemos señalado, la mejor doctrina ha destacado la obligación del concesionario de indemnizar a terceros por los daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio.

Sin embargo, la evidencia aplicable, tanto a los preceptos correspondientes sobre la imputabilidad del daño cuanto a la vía civil competente, se fuese demandado en exclusiva el concesionario, deja sin despejar ciertos aspectos controvertidos. Es el supuesto de la pretensión resarcitoria ejercida, subsidiaria o directamente (41), contra la Administración titular del servicio público a la que, en principio, se da respuesta negativa, advirtiéndose por la mejor doctrina que únicamente será viable si concurre la insolvencia del gestor del servicio (42).

En este punto, téngase en cuenta que la Ley 30/1992 no contempla ninguna previsión sobre los concesionarios y contratistas de las Administraciones Públicas,

(41) Téngase presente el artículo 54 de la Ley de Bases de Régimen Local: «las entidades locales responderán directamente a los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de la actuación de sus autoridades, funcionarios o agentes, en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa».

(42) Vid., MESTRE DELGADO, «Las formas de prestación de los servicios públicos locales. En particular, la concesión», en *Tratado de Derecho Municipal*. MUÑOZ MACHADO (dir.), Madrid, 2003, pág. 1488 y sigs.

y que, por otra parte, la redacción del artículo 198 de la derogada Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (43), coincidía, en buena parte con sus inmediatos antecesores, tanto el artículo 98 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, como en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, salvo en la omisión del término «civil» del punto tercero que declaraba: «Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que este, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción [civil]» (44).

Por su parte, de forma simétrica, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en su artículo 214, especifica sobre este punto, en sede de *Indemnización de daños y perjuicios*, que: «3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que este, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción».

En buena lógica, interpuesto este requerimiento, se interrumpe el plazo de prescripción que se reanuda una vez evacuada por el órgano de contratación la resolución que corresponda, quedando entonces expedita la vía civil, caso de que solo se ejerciten acciones contra el contratista o bien, en función del sentido del pronunciamiento, la contencioso-administrativa.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Además de la citada en las notas:

ALONSO PÉREZ, MARTÍNEZ GALLEGO y REGUERO CELADA (coords.): *Protección jurídica de los mayores*, Madrid, 2004.

ANAUT BRAVO y OSLÉ GUERENDIAIN: *La financiación de las residencias. Modelos autonómicos de financiación de las residencias para las personas mayores*, Pamplona, 2006.

CALVO SAN JOSÉ: «La protección jurídica de la tercera edad: análisis de las instituciones tutelares como sistemas de guarda del anciano y de sus bienes», en *Aranzadi*, 12, 2005.

(43) La Disposición Derogatoria única del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, concreta en su derogación normativa: «Quedan derogadas todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a la presente Ley y, en particular, las siguientes: 1. La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. 2. El Capítulo IV del Título V del Libro II, comprensivo de los artículos 253 a 260, ambos inclusive, del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. 3. La Disposición Adicional séptima de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, Reguladora del contrato de Concesión de Obras Públicas. 4. El artículo 16 del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público. 5. Los artículos 37 y 38 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible».

(44) Vid., MARTÍN REBOLLO, «La responsabilidad patrimonial de la Administración Local», en *Tratado de Derecho Municipal*, MUÑOZ MACHADO (dir.), Madrid, 2003, pág. 840 y sigs.

- DEFENSOR DEL PUEBLO: *Informes, estudios y documentos. Residencias públicas y privadas de la tercera edad*, Madrid, 1990.
- DÍAZ ALABART y ASÚA GONZÁLEZ: *Responsabilidad de la Administración en la sanidad y en la enseñanza*, Madrid, 2000.
- HERAS HERNÁNDEZ: «La tutela administrativa a favor de los mayores incapacitados», en *AC*, 20, 2006.
- GARCÍA CANTERO: «Responsabilidad civil en la gestión de residencias geriátricas», en *Revista Proyecto Social: Revista de Relaciones Laborales*, 7, 1999, págs. 45 a 58.
- GARCÍA VALVERDE y MALDONADO MOLINA: «La protección de la tercera edad. Su tratamiento en la Constitución europea», en *RMTAS*, 57, págs. 455 a 469.
- BALLETBÓ I PUIG y VILLAGRASA ALCAIDE: *El envejecimiento de la población y la protección jurídica de las personas mayores*, Barcelona, 2003.
- LASARTE ÁLVAREZ (dir.): *La protección de las personas mayores*, Madrid, 2007.
- *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Madrid, 2007, 3.ª ed.
- LASARTE ÁLVAREZ y MORETÓN SANZ (dirs.): *Residencias y alojamientos alternativos para personas mayores en situación de dependencia*, editorial Colex, Madrid, 2010.
- LÓPEZ PELÁEZ: «Responsabilidad civil y las residencias de personas mayores: especial referencia a los efectos personales introducidos en el establecimiento», en *RCDI*, 716, 2009, págs. 2911 a 2947.
- MARTÍN REBOLLO: «La responsabilidad patrimonial de la Administración Local», en *Tratado de Derecho Municipal*, MUÑOZ MACHADO (dir.), Madrid, 2003, págs. 840 y sigs.
- MESTRE DELGADO: «Las formas de prestación de los servicios públicos locales. En particular, la concesión», en *Tratado de Derecho Municipal*, MUÑOZ MACHADO (dir.), Madrid, 2003, págs. 1488 y sigs.
- NÚÑEZ MUÑOZ: «Los pisos tutelados como alternativa de alojamiento a los establecimientos residenciales de personas mayores: cuestiones sobre su régimen y naturaleza jurídica», en *RCDI*, 721, 2010, págs. 2175 a 2220.
- PLAZA PENADÉS: «La Ley 41/2002, básica sobre autonomía del paciente, información y documentación clínica», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 562, 2002.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ (coord.): *Residencias y otros alojamientos para personas mayores*, Madrid, 2007.
- SALAS CARCELLER: «La protección de los consumidores y usuarios en relación con los servicios médico-sanitarios. Comentario sobre la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 15 de noviembre de 2007», en *RJ* 1/2008.
- TOMILLO URBINA y ÁLVAREZ RUBIO (dirs.): *La protección jurídica de los consumidores como motor de desarrollo económico (actas del II Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores)*, Madrid, 2011.
- VILLAR ROJAS: «La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales», en *Revista de Administración Pública*, 172, 2007, págs. 141 a 188.
- XIOL RÍOS: «La responsabilidad patrimonial de la Administración y el derecho de autodeterminación del paciente», en *Fundación Coloquio Jurídico Europeo*, Madrid, 2008.
- YÁÑEZ VIVERO: *Culpa civil y daño extracontractual originado por persona incapaz. Un análisis en el marco del Derecho europeo de daños*, Pamplona, 2009.
- ZURITA MARTÍN (coord.): *Responsabilidad derivada del internamiento de personas mayores dependientes en centros residenciales*, Barcelona, 2008.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL SUPREMO

- STS (Sala 3.ª), de 15 de junio de 2011.
- STS (Sala 3.ª), de 26 de septiembre de 2008.
- STS (Sala 3.ª), de 8 de julio de 2008.
- STS (Sala 3.ª), de 17 de enero de 2006.
- ATS (Sala especial de conflictos de competencia), de 1 de julio de 2008.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 24 de septiembre de 2001.
- Aragón (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 11 de abril de 2011.
- Asturias (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 23 de marzo de 2001.
- Comunitat Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 18 de junio de 2010.
- Comunitat Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 25 de junio de 2008.
- Comunitat Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 4 de septiembre de 2008.
- Comunitat Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 4 de junio de 2003.
- Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 4 de septiembre de 2008.
- Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 14 de noviembre de 2006.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Álava, de 4 de marzo de 2002.

RESUMEN

*GERIÁTRICOS Y RESIDENCIAS
DE PERSONAS MAYORES
RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL
DE LAS ADMINISTRACIONES
PÚBLICAS*

Las pretensiones resarcitorias de daños y perjuicios acaecidos en una residencia de personas mayores de titularidad privada, habrán de ser ejercitadas ante la jurisdicción civil, alegando los principios aplicables en este orden y teniendo presente su configuración subjetiva. De conformidad al artículo 1903 del Código Civil, soportará la legi-

ABSTRACT

*GERIATRIC CLINICS AND HOMES
FOR THE ELDERLY
PERSONAL LIABILITY OF
GOVERNMENT*

Claims for compensation for damages incurred in a privately owned home for the elderly must be filed in the civil jurisdiction. There the claimant must state the principles applicable to the case in the civil jurisdiction, taking account of its subjective configuration. Under section 1,903 of the Civil Code, the entity listed as the owner of the centre or alternative housing facility will be the

timación pasiva la entidad que aparezca como titular del centro o alojamiento alternativo, sea esta una persona física o jurídica y esté presente, o no, ánimo lucrativo. Distinto será el régimen aplicable a la responsabilidad patrimonial si la prestación está suministrada por entidad pública, por cuanto se ventilará mediante el ordenamiento administrativo y, en su caso, en vía judicial contencioso-administrativa, sin determinación de la naturaleza contractual o extracontractual de la relación de fondo. Pese a lo anterior, si el evento dañoso ha ocurrido en el seno de una entidad contratista y titular de alguna de las modalidades de gestión del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, habremos de detenernos en la responsabilidad objetiva del contratista. En este sentido resultará preceptivo el análisis de las distintas y contradictorias líneas doctrinales y jurisprudenciales sobre la competencia y sujeto que habrá de asumir el deber indemnizatorio. Caso de que el evento dañoso sea imputable a una entidad, contratista y titular de alguna modalidad de gestión, por ejemplo un centro de carácter concertado, tendremos que advertir que la vía jurisdiccional podrá ser tanto la civil como la contencioso-administrativa.

defendant, whether that entity is an individual or a legal person, and whether the facility is run on a for-profit or a not-for-profit basis. The procedure applicable to personal liability is different if the service is provided by a public entity; the complaint will then be aired under administrative rules and, if it comes to judicial action, it will be heard in an administrative law court, and the contractual or extra-contractual nature of the underlying relationship will not be examined. Even so, if the injurious event occurred on the premises of a contractor under one of the management schemes addressed in Royal Legislative Decree 3/2011 of 14 November approving the revised Public Sector Contract Act, there is the issue of the contractor's objective liability. Legal thought and case law espouse a wide variety of contradictory lines concerning competence and the person that must shoulder the duty to pay damages. When the injurious event can be attributed to a contractor under a management scheme for, for example, a publicly supported private centre, action may be taken under both civil and administrative law.

2. MERCANTIL

CONDOMINIO VERSUS SOCIEDAD. EL ÁNIMO DE LUCRO EN LAS COMUNIDADES DE BIENES

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DEBATE Y PRINCIPALES DOCTRINAS AL RESPECTO.—III. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA. ESPECIAL ATENCIÓN AL ÁNIMO DE LUCRO.—IV. LA NO ACEPTACIÓN DEL ÁNIMO DE LUCRO COMO CRITERIO DISTINTIVO ENTRE COMUNIDAD Y SOCIEDAD. NUEVAS FIGURAS COMO LA COMUNIDAD INCIDENTAL.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

En un ámbito como el concursal, quizá no lo suficientemente propio como para que se nos ofrezca la problemática jurídica consistente en la distinción entre el condominio y la sociedad, hemos tenido conocimiento de la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 14 de octubre de 2011 (*JUR* 2011/415651), que aborda la tradicional y conocida controversia sobre la distinción entre ambas figuras jurídicas.

En dicha apelación se resolvió la decisión sobre una demanda incidental que entre otros aspectos interesaba la impugnación de un crédito por parte de una entidad de crédito subrogado en el mismo y que fue comunicado inicialmente en el concurso de acreedores de una persona física por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social.

Con independencia de las cuestiones de Derecho Concursal, que no interesan en estos momentos, y a los efectos del presente trabajo, cabe señalar que la administración concursal inicialmente entendió que el crédito del que era titular la Tesorería de la Seguridad Social tenía que ser excluido del concurso de acreedores por tratarse de una deuda con la Seguridad Social contraída por una comunidad de bienes formada por la persona física concursada y con su esposo, o bien, que solo cabía reconocer la mitad del importe del crédito por aplicación de las normas que rigen la comunidad de bienes en el Código Civil.

En relación con este reconocimiento, la sentencia de apelación se aviene a decir lo siguiente:

«La naturaleza del deudor. La denominada Comunidad de Bienes.

La responsabilidad del crédito que ostentaba la TGSS no depende de la calificación que efectúen los interesados como comunidad de bienes de la puesta en común de bienes o servicios con un fin de lucro. La propia TGSS la define como empresa, de manera que aunque la comunidad de bienes haya sido contemplada

en la legislación fiscal (art. 6.1 de la Ley del Impuesto de Sociedades, sobre atribución de rentas, o art. 35.4 de la Ley General Tributaria, sobre la consideración de obligado tributario, entre otros supuestos) o laboral (art. 1.2 TRLET, sobre la consideración de empresario), dicho reconocimiento se efectúa a los fines propios de la legislación especial, sin que a los efectos del concurso los tribunales queden vinculados por la calificación que dicha puesta en común de bienes pueda merecer.

En este caso nos encontramos ante una sociedad mercantil por su objeto, puesto que se desarrolla una actividad constitutiva de empresa bajo una razón unificada en el tráfico, que tiene carácter irregular, y a la que le son aplicables las normas de la sociedad colectiva. Sea cual sea la calificación otorgada por quienes la integran, no existe una comunidad de bienes como tal.

El Tribunal Supremo ha declarado que las sociedades irregulares, siempre que su objeto sea mercantil, deben regirse por la normativa de las sociedades colectivas, a las que se asimilan (sentencias de 9 de marzo de 1992, 8 de julio de 1993 y 21 de junio de 1998).

Desde el momento que los contratantes se obligaron a poner en común determinados bienes con intención de obtener un lucro, ello denota la existencia de una sociedad mercantil, con lo que se viene a aplicar el criterio objetivo que la doctrina científica mayoritariamente contempla para llegar a establecer la naturaleza civil o mercantil de la sociedad —sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de octubre de 2002, con cita de otras anteriores—. Como señala la sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de noviembre de 2006, en la jurisprudencia se impone la tesis que distingue las sociedades civiles y las mercantiles, atendiendo al criterio de la materia, de manera que serán mercantiles las sociedades constituidas para la realización de actos de comercio y civiles cuando no concurre tal circunstancia.

El alcance de la responsabilidad.

De este régimen, en virtud de lo dispuesto en el artículo 127 del Código de Comercio, se desprende la existencia de una obligación personal a cargo de los socios, de manera que la concursada debe ser considerada deudora a título personal de la totalidad de la deuda. La responsabilidad asumida por los socios goza de beneficio de excusión. No obstante, a los efectos previstos en el artículo 87.5 LC, debe considerarse justificada la imposibilidad de hacer frente a la deuda con bienes de la sociedad irregular; bienes que no constan, hasta el punto de que la vía de apremio iniciada por la TGSS afectaba a bienes propios de la concursada.

En consecuencia, la responsabilidad que asume cada socio es por la totalidad de la deuda, de manera que no cabe aplicar las normas de la comunidad de bienes y debe reconocerse en el concurso del socio un crédito en favor de la TGSS por el total de la deuda contraída por la sociedad, denominada “comunidad de bienes”.

De esta forma podemos extraer como argumentación de la sentencia de apelación anterior que: «...nos encontramos ante una sociedad mercantil por su objeto ... Desde el momento que los contratantes se obligaron a poner en común determinados bienes con intención de obtener un lucro», de ahí que la consecuencia jurídica de dicha calificación de la actividad como propia de una sociedad mercantil irregular sea —por aplicación— del tipo general de la sociedad mercantil, o sea, la sociedad colectiva, la responsabilidad solidaria del socio por las deudas sociales (art. 127 del CCo), por lo que el crédito sí que debía reconocerse en el concurso de la persona física por la totalidad del mismo y no por su mitad, de haberse seguido la calificación del condominio (art. 393 del CC).

Es decir, para esta sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, la «intención de obtener un lucro» se revela como elemento distintivo entre el condominio y la sociedad —en este caso, calificada como mercantil—, lo que no estimamos correcto, ya que sí puede y debe admitirse la posibilidad de desarrollo de actividades por parte de las comunidades de bienes con el fin de obtener un lucro, sin que este sea propio y exclusivo de los tipos societarios.

Este planteamiento de la sentencia de apelación es fruto indudable de aquellas corrientes doctrinales que han venido influyendo con el ánimo de excluir la posibilidad del desarrollo de actividades empresariales por parte de comunidades de bienes, mediante la imposición final de un tipo societario a las partes del contrato que no fue el realmente querido por ellas dentro del ámbito de su autonomía de la voluntad, pero ello ¿ha de resultar necesariamente así?, ¿es que las partes libremente no pueden organizar sus actividades empresariales bajo la forma de condominio porque la obtención de un lucro es puramente típico de la sociedad y no propia de una comunidad de bienes? En nuestra opinión, ya hemos adelantado, que dicha posición no puede mantenerse sino mediante la exclusión del condominio de determinados sectores de la actividad económica sin fundamento legal alguno.

Con este propósito resulta conveniente realizar un breve recorrido, al menos, por las posturas doctrinales más relevantes al respecto, así como sobre el criterio de nuestra Jurisprudencia, para poder ofrecer un deslinde entre ambas figuras jurídicas —comunidad y sociedad— pese a la clara dificultad que en la práctica puede conllevar la aplicación de ciertos postulados dogmáticos, aunque sobre todo para poder concluir como el criterio del ánimo de lucro, no puede ser considerado como el elemento distintivo entre el condominio y la sociedad, so pena de atender el fenómeno distintivo desde una perspectiva incompleta y a buen seguro incorrecta.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DEBATE Y PRINCIPALES DOCTRINAS AL RESPECTO

La distinción entre comunidad de bienes y sociedad ha sido y sigue siendo un debate vivo y polémico a pesar de las innumerables opiniones vertidas al respecto, que hunde sus raíces en las propias fuentes romanas, donde incluso existen ciertas acepciones confusas de los términos *societas* y *condominium* y de las consecuencias derivadas de los mismos, utilizándose —como afirma ROTONDI (1)— incluso en algunas ocasiones el término *socius* para hacer referencia al copropietario, o a veces la palabra *societas* cuando se está hablando de *condominium*.

Las comunicaciones entre el antiguo *consortium* romano, estado de indivisión del patrimonio hereditario en el que quedaban los hijos a la muerte del *pater familias* y la *societas* fueron intensas a lo largo del tiempo, pudiendo afirmarse que la propia *societas omnium bonorum* consensual tuvo sus orígenes más remotos en el *consortium* romano. De esta forma, la doctrina romanista ha sostenido que el descubrimiento en 1933 del fragmento de las Instituciones de GAYO en El Cairo proporcionó datos muy interesantes sobre la evolución del primitivo *consortium* o *societas ercto non cito*, observándose la importancia que tuvo en

(1) ROTONDI, «Comunidad y sociedad, sociedad civil y sociedad mercantil», en *Revista de Derecho Privado*, 1958, pág. 723.

la formación de la *societas* la posibilidad no solo de disolución del *consortium*, sino también su constitución por personas ajenas al círculo familiar para el que estaba pensado (2).

Es decir, no existe en las fuentes una clara distinción terminológica de ambas figuras, lo que puede haber ofrecido oscuridad a la separación nítida de ambas construcciones jurídicas.

La confusión entre ambos conceptos, condominio y sociedad, perdura a lo largo del Derecho Intermedio. De esta forma, ROTONDI (3) afirma lo siguiente: «En el Derecho Intermedio, al ponerse en contacto la figura romana del condominio con nuevas formas de origen germánico (*condominium in solidum seu pro indiviso*, o *condominium iuris germanici*, del que es típica la posibilidad de una duración *in perpetuo*), se acentúa la confusión; y la promiscuidad del uso de los términos viene a ser tal que se habla, junto a la comunidad que *consensu contrahitur*, de *societas incidens*, impropia, momentánea, abusiva, *no animo in societatem*, es decir, de sociedad constituida *incidenter*, fortuito; y a tal confusión no se sustraen tampoco ilustres doctores».

La evolución del pensamiento acerca de la distinción entre ambas figuras ha sido constante en nuestra doctrina. En este sentido, MARÍN LÁZARO (4) expone las principales del siguiente modo:

— Teoría de POTHIER (5):

Para este autor la copropiedad se forma sin el consentimiento ni la voluntad de las partes, sin que se hayan puesto de acuerdo, mientras que la sociedad siempre requiere un convenio.

MARÍN LÁZARO (6) afirma que esta teoría no es exacta, «...porque si bien lo más frecuente es que la comunidad se derive de un hecho involuntario, como una herencia o un legado, también puede constituirse mediante un contrato, verbigracia: cuando varias personas compran una cosa para dividirla o aceptan conjuntamente una donación.

De igual modo, la sociedad, que casi siempre supone un contrato, puede establecerse mediante un consentimiento tácito, por ejemplo, si heredado un negocio, en vez de proceder a su división, los herederos se aplican a continuarlo, convirtiendo así la mancomunidad hereditaria en una verdadera compañía mercantil sin que medie un convenio expreso» (7).

(2) ARIAS RAMOS opinaba lo siguiente: «La voluntad de los consortes llegó a alcanzar el poder de disolver aquella *societas erecto non cito* en la que habían vivido. Debió también parecer lógico que voluntariamente pudiera crearse entre aquellos para los que la ley no la establecía. Esta etapa, tan interesante para la historia de la *societas* romana, etapa antes puramente conjeturada, resultó confirmada con la aparición de los nuevos fragmentos gajanos. Sabemos hoy que la *societas erecto non cito* se imitó, y que, al lado del *consortium* de los *sui* se creaba, por voluntad de los constituyentes, un *consortium* artificial, una *societas* que surgía entre *alii qui volebant*. ARIAS RAMOS, «Los orígenes del contrato de sociedad. *Consortium y Societas*», en *Revista de Derecho Privado*, 1942, pág. 149.

(3) Vid., *op. cit.*, pág. 723.

(4) MARÍN LÁZARO, «Sociedad y Comunidad», en *Revista de Derecho Privado*, 1942, pág. 694 y sigs.

(5) POTHIER, *Traité du contract de société*, núm. 181, *apud. op. cit.*, pág. 694.

(6) Vid. *op. cit.*, pág. 694.

(7) En términos igualmente críticos con esta teoría se pronuncia Díez-PICAZO, al afirmar lo siguiente: «Este modo de pensar resulta extraordinariamente simple. Es obvio que la

— Teoría de LAURENT (8):

Para este autor la diferencia consiste en que la sociedad se ha constituido para generar beneficios, a diferencia de la copropiedad.

También MARÍN LÁZARO (9) critica la inexactitud de esta teoría cuando razona lo siguiente: «Tampoco esta distinción resulta siempre verdadera. Lo más corriente es que la comunidad se establezca para dividir los bienes comunes o para disfrutarlos de una manera individual y alternativa, en cuyo caso no hay beneficio común. Pero también puede suceder que ella nazca para realizar provechos, verbigracia: cuando la cosa adquirida en común es disfrutada por los condueños, repartiéndose las rentas que produzca».

— Teoría de la Actividad (10):

Se afirma que el condominio supone una cierta pasividad con una superposición inmóvil de intereses similares, mientras que la sociedad goza de un marcado carácter dinámico que implica una puesta en actividad de los medios propios de la sociedad con el objeto de obtener los fines sociales.

Para MARÍN LÁZARO (11), la distinción doctrinal realizada por esta teoría «...puede resultar engañoso porque hay comunidades que requieren gran actividad, verbigracia: la reconstrucción de una casa común; y, por el contrario, existen sociedades cuya acción es más lenta y menos intensa que la de algunos condominios».

La crítica a esta doctrina que sustenta sobre la explotación económica ha sido realizada por DIEZ-PICAZO (12) de la siguiente manera: «Es innegable que esta última dirección doctrinal es sumamente sugestiva y que desde un punto de vista *de lege ferenda*, el criterio podría ser aceptable. No parece, sin embargo, que este criterio pueda compartirse a la luz de nuestro vigente Derecho Positivo.

Para comprenderlo basta examinar los dos más importantes supuestos marginales. El primero de ellos aparece cuando a un empresario individual que desarrollaba en vida la explotación de una empresa le suceden a su muerte sus herederos. De acuerdo con los postulados de la posición doctrinal que examinamos, tendríamos que encontrarlos en presencia de una sociedad, puesto que se trata de una explotación dinámica de una empresa. Y, sin embargo, en nuestro actual Derecho Positivo la empresa mercantil o industrial, permanentemente explotada por los herederos del empresario, constituye una comunidad de bienes.

sociedad es efectivamente un contrato, como dice el artículo 1665 del Código Civil, y que por consiguiente la sociedad es siempre un estado voluntario. Sin embargo, la comunidad de bienes puede ser también convencional y quedar voluntariamente establecida entre los comuneros. El artículo 392.2, admite la posibilidad de la formación de comunidades por voluntad de los interesados y, aún más, establece que el contrato es la fuente primaria de reglamentación de dicha situación, al atribuir carácter subsidiario a la regulación legal, que solamente funciona "a falta de contratos o disposiciones especiales". DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, III. *Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La Posesión*, 5.^a ed., Editorial Thomson-Civitas, 2008, pág. 1016.

(8) LAURENT, *Principes de Droit Civil*, tomo XXVI, núm. 433, *apud. op. cit.*, pág. 695.

(9) *Vid.*, *op. cit.*, pág. 695.

(10) BAUDRY-LACANTANERIE y WAHL, *De la société, du Pret, du Dépôt*, París, 1907, núm. 509, *apud. op. cit.*, pág. 695.

(11) *Vid.*, *op. cit.*, pág. 695.

(12) *Vid.*, *op. cit.*, pág. 1018.

El segundo supuesto lo constituye el caso de la total cesación y paralización de los negocios sociales, permaneciendo indiviso el fondo social. En este supuesto, de acuerdo con la teoría que examinamos, debería existir una comunidad de bienes, puesto que se trata de un fenómeno puramente estático. Sin embargo, con arreglo a las normas del Derecho vigente, el fenómeno discutido continuaría siendo una sociedad».

— Teoría de THALLER (13):

Para este autor la diferencia entre la sociedad y la indivisión radica en la intención o móvil de los interesados. De esta forma, la sociedad es un estado buscado por razón de una superioridad productiva, mientras que el condominio es un estado sufrido que obedece al concurso accidental de muchos sobre una misma cosa (14).

De nuevo, MARÍN LÁZARO niega la validez de esta teoría, razonando que: «Podemos decir de este criterio que es tan engañoso como el anterior. Así, por ejemplo, una mancomunidad hereditaria que se convierte en sociedad mercantil, por haberse aplicado los herederos a la explotación permanente de los negocios hereditarios sin celebrar un contrato de sociedad, constituye una verdadera compañía mercantil, aunque la situación en que se encontraron los herederos no hubiera sido buscada por aquellos; antes bien, resultase aceptada por los mismos tal como quedó constituida en virtud de la apertura de la herencia del causante.

— Teoría de la *affectio societatis* (15):

De acuerdo con esta posición, se sostiene que es la *affectio societatis* o la intención de los interesados, la nota característica que separa la comunidad de la sociedad, por lo que dependerá de la voluntad de los interesados para concluir si nos encontramos ante una comunidad o una sociedad (16) (17).

(13) THALLER, *Traité Elementaire de Droit Commercial*, 6.ª ed., revisada por PERCEROU, 1922, núm. 239, *apud. op. cit.*, pág. 695.

(14) Con idéntico razonamiento sobre la crítica a la teoría voluntarista, vid. DÍEZ-PICAZO, nota 7, *ut supra*.

(15) NYSSENS-CORBIAU, *Traité des Sociétés Commerciales*, T. I, núm. 199.

(16) MARÍN LÁZARO (*op. cit.*, pág. 696) se decanta por esta teoría al afirmar lo siguiente: «Nos parece la doctrina más acertada, porque no puede negarse a los interesados la soberanía más absoluta para crear, para mantener o para transformar el vínculo jurídico que tengan por conveniente, mientras observen las solemnidades y requisitos legales exigidos para cada uno de ellos, y siempre que no lesionen los intereses de terceros. Ahora bien, en nuestra humilde opinión, debería completarse esta teoría con la siguiente idea. Cuando la voluntad de las partes se ha manifestado de un modo expreso o tácito, ella decidirá soberanamente si existe un condominio o una sociedad. Pero si esa voluntad no se ha exteriorizado, procederá que entren en función como circunstancias determinantes de la existencia de una comunidad o de una compañía, cada una de las que han sido apreciadas por las distintas teorías que hemos expuesto.

Entonces la falta de contrato, por virtud de la cual habremos de encontrarnos ante una situación de hecho, será ya un indicio vehemente de que existe un condominio, si además de ello no se persigue obtener beneficios divisibles entre los interesados, el indicio se convertirá en una seguridad casi completa de hallarnos ante una indivisión. Cuando todavía se advierta que también falta el ejercicio de una actividad común en la cual se entrecrucen los distintos intereses, se habrá adquirido la certeza de que hay una comunidad y no una compañía».

(17) Sin embargo, a juicio de DÍEZ-PICAZO (*vid.*, *op. cit.*, pág. 1016) esta doctrina de la *affectio societatis* se encuentra «muy estrechamente ligada con el punto de vista anterior-

DÍEZ-PICAZO (18) también se hace eco de la Teoría de la Personalidad que hace hincapié en la distinción entre ambas figuras sobre la idea de la constitución de un patrimonio separado al de sus socios en el contrato de sociedad, lo que por definición no ocurre en la comunidad de bienes, con apoyo principalmente en el artículo 1669 del Código Civil. No obstante, la crítica a dicha teoría la expone el mencionado autor cuando opina que: «La tesis que coloca el criterio diferencial entre sociedad y comunidad en la existencia o inexistencia de personalidad jurídica no es convincente. La calificación de un fenómeno jurídico como sociedad es previa a la concesión de la personalidad jurídica, porque lo que el Derecho personifica es precisamente la sociedad. De esta manera la calificación de sociedad parece un presupuesto y no una consecuencia respecto de la personalidad jurídica. Por otra parte, no puede decirse sin más que una sociedad sin personalidad jurídica sea igual a una comunidad de bienes y mucho menos a la inversa que una comunidad de bienes sea igual a la sociedad sin personalidad jurídica. Es cierto que el párrafo 2.º del artículo 1669 dice que las sociedades sin personalidad jurídica se rigen por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes. Pero frente a esta afirmación cabe hacer dos observaciones. La primera es que el Código admite que continúan siendo sociedades (“esta clase de sociedades...”). La segunda es que el precepto citado no ordena la equiparación entre sociedad y comunidad, sino que lo que se limita a hacer es una remisión al régimen jurídico (“se regirá por las disposiciones...”)).».

Similares aportaciones doctrinales realizó BONET (19) cuando comentó la ya clásica resolución jurisprudencial sobre la materia, a saber, la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de octubre de 1940, haciendo hincapié en la teoría de la obtención del lucro, cuando afirma lo siguiente: «Pero la mayoría de los autores modernos, atendiendo al fin u objeto de las instituciones que se comparan, dicen que el objeto de la sociedad es obtener un lucro, mientras que el de la indivisión es solo mantener en su integridad la cosa común y favorecer su conservación (20). Según el comentarista MANRESA (21), es indiscutible que el fin de la comunión de bienes no es, como en las sociedades, el acrecentamiento del capital común mediante las ganancias de los capitales aportados al fondo social, sino el simple aprovechamiento colectivo ordinario, hasta el extremo de que si los comuneros pactasen que sus bienes indivisos sirviesen para explotar una industria, ya incurrirían en verdadera sociedad.

mente examinado [la voluntariedad] se encuentra el que sitúa el criterio diferencial entre comunidad y sociedad en la existencia o inexistencia de *affectio societatis*, pero esta idea, sumamente vaga y confusa, suele ser entendida como ánimo de constituir una sociedad o de estar en sociedad, con lo cual se viene a significar, poco más o menos, lo mismo que cuando se define la sociedad como un estado involuntario y la comunidad como un estado involuntario».

(18) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, págs. 1016 y 1017.

(19) BONET, «Comunidad de bienes: su naturaleza jurídica. Relación entre la comunidad de bienes y el contrato de sociedad: sus diferencias. ¿Puede constituir comunidad la explotación de un café-bar? (sentencia de 15 de octubre de 1940, núm. 13)», en *Revista de Derecho Privado*, 1941, pág. 36.

(20) MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, tomo XXV, Parte I.ª, Madrid, 1933, pág. 514.

(21) MANRESA, *Comentario al Código Civil español*, tomo III, 6.ª ed., Madrid, 1934, pág. 391.

En este mismo orden de ideas precisa CARNELUTTI (22) que no cree que haya verdadera separación entre sociedad civil y comunidad, sino en cuanto esta es el género y aquella especie. Así hay que distinguir, para una correcta sistematización científica, una comunidad-género (comunidad en sentido amplio), que comprende dentro de sí la sociedad, y una comunidad-especie (en sentido estricto), que se contrapone a ella. Ambas especies se diferencian por la presencia o por la ausencia de la finalidad de ganancia, la cual modifica el contenido del derecho del comunero. El patrimonio de la comunidad (*strictu sensu*) es un patrimonio en conservación; el patrimonio de la sociedad es un patrimonio en transformación. Por esto el comunero tiene derecho a la cuota de la ganancia, es decir, de aquello en que se ha convertido lo que se puso en común por efecto del empleo social. La comunidad es una sociedad en reposo; la sociedad es una comunidad en movimiento».

LOIS ESTEVEZ (23), en un meritorio trabajo, opinó que «la comunidad es el estado de una pluralidad de personas cuyos poderes coinciden sobre una cosa o varias tomadas conjuntamente, sin que sean medio de realización de una empresa (...). Y si en la comunidad de bienes el vínculo se resume, pues, en la conservación de las cosas, sin que sea necesario además un ulterior esfuerzo; en la sociedad, contrariamente, resalta la imprescindibilidad de vincularse a una obra que viene a ser el fin social, de modo que son exigibles otros dispendios que los conservativos».

Especialmente interesantes, por coincidir con lo que nos preocupa en el presente trabajo, son las reflexiones de LOIS ESTEVEZ, en cuanto niega que sea el ánimo de lucro la característica esencial de la sociedad cuando afirma que: «El objeto de la sociedad, según el artículo 1666, puede ser cualquiera, con tal que sea lícito y redunde en interés común de los socios. Se deduce, por contra, de los términos del artículo al ser estas las únicas limitaciones imperativas. ¿En dónde aparece aquí, como módulo esencial, el ánimo de lucro? La fórmula viene a sustituirlo, «el interés común de los socios», no introduce a primera vista más que una ligera variación. Tiene, con todo, un interés máximo, porque al ahondar en el concepto se descubre atenuación de la rigidez anterior, expresivísima en la sistemática del Código, porque significa de verdad una síntesis comprensiva, una idea de mayor amplitud en que la otra queda contenida y superada. En efecto, el lucro es interés para los socios, pero la noción del interés es más vasta, extendiéndose también a otro tipo de aprovechamientos que con la expresión lucro no se pueden abarcar. Este punto de vista se reafirma estableciendo una comparación con el artículo 1678, que al señalar el objeto de la sociedad particular agrupa nociones inasequibles con la palabra lucro, como el uso y la empresa. Esto vale tanto como admitir sociedades con un objeto limitado al uso de las cosas, lo cual persuade claramente a favor de la insuficiencia de solo el elemento lucro».

Las teorías también son resumidas y criticadas, análogamente a lo anteriormente expuesto, por ALBALADEJO (24) en un esclarecedor trabajo sobre el particular, para pasar a razonar su opinión del siguiente modo:

(22) CARNELUTTI, «Personalità jurídica e autonomia patrimoniale nella società e nella comunione», en *Rivista del Diritto Commerciale*, vol. I, 1913, pág. 91, *apud. op. cit.*, pág. 36.

(23) LOIS ESTEVEZ, «La distinción de condominio y sociedad», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1947, núm. 181, págs. 699 y 703.

(24) ALBALADEJO, «La distinción entre comunidad y sociedad», en *Actualidad Civil*, núm. 33, 11-17 de septiembre de 1995.

«La sociedad y la comunidad son dos formas de unión o agrupación, de los comuneros o de los socios, cada una sometida a unas reglas suyas en nuestra ley, reglas que no son contradictorias las de la una y las de la otra, además de que ni siquiera son discrepantes, y cuando la unión se establece por voluntad de las partes (lo que siempre es necesario en la sociedad, pero no en la comunidad), que nazca una o que nazca la otra, depende de lo que las partes hayan querido, y no de que la sociedad sí persiga, y la comunidad no, lucro o ganancia, pues si es cierto que la sociedad siempre debe buscarlo, la comunidad tanto como puede no perseguirlo, puede también sí perseguirlo».

Destacan, a nuestro juicio, las aportaciones al debate que hiciera MIOQUEL GONZÁLEZ cuando distingue la sociedad de la comunidad de bienes sobre la base contractual de aquella y sobre la situación de cotitularidad de esta (25). De esta forma MIOQUEL GONZÁLEZ, razona lo siguiente:

«Si se parte de las definiciones del Código, como parece conveniente, las diferencias aparecen sumamente claras en principio. “La sociedad es un contrato por el que dos o más personas se obligan...” (art. 1665). “Hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece *pro indiviso* a varias personas” (art. 392). Ante tales definiciones pudiera pensarse que no es necesaria una especial preocupación para distinguir ambas figuras. Se destaca suficientemente en ellas que la sociedad es un contrato y la comunidad no. La comunidad es una situación de cotitularidad.

(...) Formulado de otra manera, puede ser también cierto que la sociedad se origina por un contrato y la comunidad (copropiedad) no. La sociedad surge por el mero consentimiento y desde que se presta el consentimiento (art. 1679). La copropiedad no surge por el mero consentimiento, sino por los modos de adquirir el dominio (...).

Este es el verdadero nudo del problema de la distinción cuando haya de admitirse que la comunidad se ha creado a consecuencia de un contrato entre los comuneros mediante las aportaciones. En tal caso, se trate de un contrato de sociedad o no, se aplicarán las normas de la comunidad según el artículo 1669, si se está en el supuesto de hecho de este precepto. Sin perjuicio de que este precepto sea poco claro en cuanto a las condiciones de su supuesto de hecho, lo cierto es que, existiendo sociedad, se aplican las normas de la comunidad.

Una interpretación adecuada del artículo 1669 nos debe llevar a la aplicación tanto de las normas de la comunidad como de las normas de la sociedad. Si el artículo 1669 dispone que se apliquen las normas de la comunidad por razón de que los terceros no han tenido conocimiento o posibilidad de conocimiento de la existencia de la sociedad, es evidente que a las relaciones entre los socios que nada tengan que ver con ese tema se debe aplicar la regulación de la sociedad (...).

No es admisible que un contrato de sociedad no pueda existir sin un acuerdo expreso. Las consideraciones acerca de la idea de ganancia ponen de relieve lo desenfocado de este criterio para distinguir sociedad y comunidad. Hace falta decir que una comunidad con fin de lucro no es sociedad porque no es convencional. Lo que parece ciertamente innecesario, ya que sin contrato que vincule a un fin, no puede decirse que algunas personas tengan un fin relevante jurídi-

(25) MIOQUEL GONZÁLEZ, *Comentarios al Código Civil*, Tomo V, vol. 2.º: artículos 392 a 429 del Código Civil y Ley sobre Propiedad Horizontal. Título III. De la comunidad de bienes (cont.), Edersa (1985).

camente. Cuando se habla del fin de la sociedad se habla del fin pactado en el contrato de sociedad, no, por supuesto, del fin individual que persiga cada cual. Por eso es contradictorio admitir que la comunidad tenga fin de lucro y al mismo tiempo que los comuneros no han pactado nada sobre tal fin, porque entonces tal fin es muy distinto del fin social, que, por supuesto, ha de ser un fin pactado».

CAPILLA RONCERO (26), tras analizar las diferentes corrientes doctrinales y pese a opinar que, a su juicio, probablemente sea el más plausible aquel que se refiere al carácter dinámico de la sociedad frente al estático de la comunidad de bienes, entiende que ha de ser el análisis del caso concreto el que nos ofrezca la respuesta acertada, ya que afirma lo siguiente:

«Por todo ello, a la hora de precisar los criterios distintivos entre la sociedad y la comunidad, seguramente, todos los criterios expuestos apunten acertadamente —salvo el de la personalidad jurídica, a mi juicio—. Pero ello no resuelve la cuestión del régimen aplicable a los casos dudosos y extremos que, preferiblemente, deben ser resueltos en concreto, de lo que me ocupo a continuación, al menos respecto de los más importantes (...).

Comenzando por el último supuesto, el de la actividad empresarial no mercantil, el problema se plantea en los términos inicialmente aludidos: se trata de escoger entre el régimen jurídico de la comunidad de bienes o el de la sociedad civil, teniendo en cuenta las notables concomitancias que entre ellos son observables y que hacen sospechar que, propiamente, no se trata de dos sistemas incompatibles. En este punto, además, como consecuencia del principio espiritualista vigente en el Derecho español, habrá de atenderse primordialmente a la voluntad, cualquiera que sea el vehículo a través del cual se manifieste, de los sujetos implicados, complementando, así, el criterio del carácter estático o dinámico del fin común. Y ello como consecuencia del carácter, en general, dispositivo de las normas relativas tanto a la comunidad de bienes cuanto a la sociedad civil. En tales términos hay que entender las afirmaciones con frecuencia vertidas sobre este particular en el sentido de que el criterio distintivo es el de la *affectio societatis*, con lo cual se quiere indicar que, en última instancia, se trata de una *quaestio voluntatis*. Pero teniendo en cuenta que no sería lícito admitir una calificación contradictoria con la voluntad manifestada por los sujetos implicados a través de su comportamiento (...).

Mucho más espinosa es la cuestión cuando se trata de actividades empresariales comunes de carácter mercantil. Y ello como consecuencia de que se interfiere el tema de la capacidad de las comunidades, que no encajan *a priori* en ninguno de los tipos sociales regulados por la legislación mercantil para ejercer el comercio. En definitiva, se trata de la cuestión del régimen de las llamadas sociedades atípicas mercantiles, cuya problemática no corresponde abordar en una obra como la presente. Con todo, y en términos generales, parece compartible la opinión que estima que el régimen general de las sociedades mercantiles, aplicable en todos los casos en los cuales no se ha adoptado una forma típica diferente de sociedad, es el propio de las sociedades colectivas, que seguirían así desempeñando su función histórica de sociedades generales. De admitirse que ello es así, se impone una consecuencia: la restricción de la autonomía de los

(26) CAPILLA RONCERO, *Comentarios al Código Civil*, Tomo XXI, vol. 1.º: artículos 1665 a 1708 del Código Civil. Título VII. De la sociedad. Capítulo primero. Disposiciones generales. Edersa (1990).

sujetos implicados para alterar el sistema de representación y el tipo de responsabilidad propios de las sociedades colectivas que se aplicarían siempre que se ejerciera en común una actividad mercantil, salvo que se adoptara algún tipo diferente de sociedad mercantil. En definitiva, como ha sido observado acertadamente, lo que realmente se plantea “es la permisión de la voluntad negocial contra los preceptos de *ius cogens* implícitos en la aplicación general al tráfico mercantil de la sociedad colectiva”. Por ello, entiendo que en las cuestiones relativas a los problemas aludidos, cuando varias personas ejercitan en común una actividad empresarial mercantil, deben quedar sometidas a las normas de la sociedad colectiva. Aunque para los demás temas la cuestión sigue planteada en los términos generales: se tratará de una *quaestio voluntatis*, resoluble mediante la aplicación de los criterios hermenéuticos comunes. Si bien como el hecho de permanecer voluntariamente unidos en el desempeño de tal tipo de actividad es un dato sumamente revelador de la existencia de una relación social entre dichas personas, se trataría, en la mayoría de los casos, pues, de una sociedad mercantil contraída mediante una declaración tácita de voluntad, sin constancia en el Registro Mercantil como tal sociedad y, por ello, sometida a las disposiciones propias de las sociedades irregulares».

O sea, CAPILLA RONCERO admite un importante papel a la autonomía de la voluntad a la hora de configurar por las partes una comunidad de bienes o una sociedad cuando se estén desarrollando actividades civiles, mientras que cuando se persigan actividades mercantiles, la aplicación imperativa de las normas de la sociedad colectiva debería llevar a la calificación de la figura como sociedad mercantil, con apoyo en las ideas que GIRÓN expusiese en su día al respecto.

De esta forma, GIRÓN TENA (27), al abordar el tema de la «comunidad societaria», se decanta igualmente por el criterio estático de la comunidad y el dinámico de la sociedad, con especial incidencia en la normativa imperativa societaria mercantil, cuando opina que: «Cuando se habla de Comunidad para la explotación de una industria mercantil se dice algo que, en realidad, tiene un contenido contradictorio. El sentido dinámico de la explotación comercial no es casable con el concepto de copropiedad romana de nuestro Código Civil, que está pensado para una simple actividad conservativa y no para una explotación esencialmente dinámica. Estas ideas no están ligadas al origen de la Comunidad. Ciertamente que el carácter de incidental es lo que suele coincidir con la finalidad de uso de las cosas, bienes o derechos respecto de los cuales se da la cotitularidad. Pero el que la Comunidad surja por convenio no quiere decir que su fin haya de ser dinámico. Mas, al admitirse tal origen, se acepta la Comunidad como organización de una actividad común. Ese origen convencional suele disimular una aplicación deforme de la figura y un error técnico: dejar la naturaleza de la figura a la calificación que le hayan dado las partes. Pero no hay solo una desviación respecto de los conceptos de Derecho Civil. Sucede que, antes de entrar en juego los conceptos de Derecho Civil, opera la subsunción bajo un concepto de Derecho Mercantil, que es el de la sociedad colectiva. En efecto, si la actividad económica de la Comunidad, por principio —es decir, por los términos de planteamiento del problema—, es una industria o empresa mercantil, este es el objeto propio de las figuras de Sociedad Colectiva. Cuando se trata de conservar la aplicación del concepto de Comunidad, lo que hay realmente es la permisión de la voluntad

(27) GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades*, Tomo I, 1976, págs. 83 y 84.

negocial contra los preceptos de *ius cogens* implícitos en la aplicación general al tráfico mercantil de la sociedad colectiva. Esas normas de derecho necesario son las referentes a la responsabilidad y al rigor en materia de representación. No puede admitirse, pues, tanto por razones conceptuales como de política jurídica, que las formas de comunidad actúen en el tráfico mercantil».

Por su parte, DE LA CÁMARA (28) opina que «saber cuándo estamos en presencia de una sociedad atípica o de una simple comunidad mercantil depende de una serie de factores, entre los que destaca con valor primordial la voluntad de las partes. No basta el hecho de que el objeto común sea una empresa mercantil, cuya explotación presupone el ánimo de lucro, para que estemos ante una sociedad atípica. No puede olvidarse que la finalidad lucrativa debe entenderse en nuestro Derecho, a la vista de lo que establece el artículo 1678 del Código Civil, de manera muy amplia».

PAZ-ARES (29), cuando analiza la distinción entre la sociedad y comunidad, entiende que «la heterogeneidad de las dos instituciones es clara: la sociedad es

(28) DE LA CÁMARA, *Estudios de Derecho Mercantil*, I, 2.ª ed., 1977, pág. 246.

(29) PAZ-ARES, en URÍA-MENÉDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I, 2.ª ed., Thomson-Civitas, 2006, págs. 492 y 493. Este autor continúa llevando a cabo la distinción entre ambas figuras, exponiendo que: «a) La distinción entre sociedad y comunidad solo es problemática allí donde ambas figuras pueden coexistir, es decir, en los casos en que el contrato de sociedad configura una sociedad interna. Si el contrato de sociedad ha dado lugar a una sociedad externa, los fenómenos de comunidad y sociedad son incompatibles. Esta situación de incompatibilidad es la que se presenta con las comunidades de bienes —a veces llamadas “comunidades societarias”— dedicadas a la explotación de una empresa bajo una razón unificada en el tráfico (vid. SSTS de 13 de marzo de 1961 y 21 de diciembre de 1965; Resolución de la DGRN de 7 de julio de 1962). En efecto, la “comunidad de bienes” como forma de organización de la empresa colectiva, aunque obtenida carta de naturaleza en el Derecho fiscal (vid. art. 35.4, LGT 2003) o en el Derecho Laboral (vid. art. 1.2 ET), que la ha obtenido por simples razones de evitar el fraude, constituye un *monstruum* jurídico que hay que desterrar de nuestra praxis negocial. Tales organizaciones, de comunidades, solo tienen el nombre. Son sociedades y, además, porque se han constituido con el propósito de actuar unificadamente en el tráfico, son sociedades externas y, por tanto, personificadas (aunque sean irregulares por no haberse inscrito en el Registro Mercantil: vid. cap. 20, núm. 13). La calificación y aun el intento empírico de las partes de permanecer como comunidad de bienes no puede prosperar, y así comienza a reconocerlo la Jurisprudencia (vid. STS de 25 de marzo de 1996). En estos casos, las relaciones externas han de someterse imperativamente a la normativa societaria. Razones tanto conceptuales como de política jurídica impiden admitir la actuación en el tráfico jurídico de las comunidades. Un problema similar presentan las comunidades hereditarias sobre establecimientos mercantiles. En efecto, la explotación de la empresa por parte de los herederos bajo una razón unificada en el tráfico, cuando supera una finalidad meramente conservativa previa a la liquidación, provoca la conversión de dicha comunidad en una sociedad externa. El contrato de sociedad, si no se ha pactado expresamente, ha de considerarse concertado tácitamente o por hechos concluyentes. El mismo hecho de continuar la explotación más allá de lo que exige su conservación significa que hay sociedad (vid. SSTS de 24 de mayo de 1979, de 16 de abril de 1942, de 4 de julio de 1959, de 28 de junio de 1975 y de 29 de julio de 1995; en sentido contrario STS de 21 de noviembre de 1970).

b) Los verdaderos problemas de delimitación se plantean en el ámbito de las sociedades internas, pues en tales casos los fenómenos de sociedad y comunidad son efectivamente compatibles. Entonces, más que distinguir, hay que separar lo que pertenece a cada figura. En el plano de la titularidad —es decir, de la organización del patrimonio común de los socios—, es claro que hay comunidad. En el plano obligatorio es donde surgen los problemas que, en definitiva, consisten en determinar cuándo la relación obligatoria que se establece

un contrato (art. 1665) y la comunidad es una situación de titularidad colectiva o cotitularidad (art. 392 CC). La distinción no es pertinente porque cada uno de los fenómenos se proyecta sobre un plano de realidad jurídica diverso. La comunidad es un fenómeno que necesariamente tiene un sustrato real, pero en el ámbito obligatorio puede coexistir con la sociedad. La sociedad es un fenómeno que tiene un sustrato necesariamente obligatorio, pero en el ámbito real puede coexistir con la comunidad. El problema, si acaso, se plantea a la hora de distinguir aquellos fenómenos relacionados con la sociedad y con la comunidad que se proyectan sobre el mismo plano de la realidad jurídica, es decir, sobre el plano de las relaciones jurídico-reales, donde ha de distinguirse entre la comunidad propiamente dicha como forma de titularidad colectiva disgregada y la personalidad jurídica como forma de titularidad unificada, y en el plano de las relaciones obligatorias, en donde habrá que separar la sociedad dicha de la relación obligatoria legal derivada de la situación de comunidad. En el primer plano no se suscita, en rigor, la cuestión de la distinción sociedad/comunidad. Es en el segundo plano donde propiamente se plantea el tema que aquí interesa abordar. La cuestión presenta diversos aspectos que conviene tratar por separado».

III. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA. ESPECIAL ATENCIÓN AL ÁNIMO DE LUCRO

Resulta muy útil a estos efectos, exponer el examen de la Jurisprudencia que realiza ALBALADEJO en su citado trabajo, exponiendo como en la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de junio de 1906, se consideró en el caso que había comunidad nacida de un acuerdo entre los interesados, en la que participaron, cada uno por su cuota, los cotitulares de la explotación de un negocio de compraventa de solares.

Asimismo, se refiere a la sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de febrero de 1930, también consideró la existencia de una comunidad, reconociendo la posibilidad de ejercitar la *actio communi dividundo* a la que su objeto era un establecimiento industrial dedicado a fábrica de cervezas, gaseosas, hielo y jarabes, que al fallecimiento de su titular fue adjudicado proindiviso en la partición a varios de los coherederos.

Con referencia a las sentencias del Tribunal Supremo, de 9 de julio de 1940, 21 de diciembre de 1970 y 27 de septiembre de 1985, donde se decidió que una explotación industrial que pertenecía a los herederos del antiguo titular pudiera continuar rigiéndose por las reglas de la comunidad de bienes, ALBALADEJO entiende que si el Tribunal Supremo permite que la comunidad de bienes pueda recaer sobre una industria, entonces está admitiéndose por el Alto Tribunal que la comunidad de bienes puede tener un ánimo de lucro.

Con posterioridad cita la conocidísima sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de octubre de 1940 —donde en realidad no se rechaza que la comunidad de bie-

entre los comuneros es una relación obligatoria contractual (sociedad) o una relación obligatoria legal (comunidad). En nuestra opinión, el elemento determinante es el fin común. Si las partes se han obligado a la consecución de un fin común, entonces necesariamente hay sociedad. Cuando la comunidad se ha constituido sin un fin común, entonces no hay sociedad. Las relaciones entre comuneros se regirán por las normas legales que rigen los aspectos obligatorios de la comunidad».

nes pueda tener un ánimo de lucro— que tanta atención ha merecido en nuestra doctrina, destacando sobremanera el comentario a la misma de Díez-Picazo (30).

En este caso el demandado había adquirido un café-bar y el demandante le hizo un préstamo y más tarde, cancelado dicho préstamo, decidió destinar la cantidad del mismo en el negocio del bar para participar en él, por lo que la actora requirió al demandado para que otorgara una escritura pública de sociedad civil, a lo que se negó la parte demandada. La actora interpuso demanda solicitando la declaración de existencia de sociedad civil en la que ambas partes participaban al cincuenta por ciento. El Juzgado desestimó la demanda. La Audiencia revocó la sentencia de primera instancia y declaró que existía una comunidad de bienes sobre el negocio en la que participaban por mitad las partes. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación.

Díez-Picazo opina sobre esta sentencia y el particular debatido, lo siguiente: «El tema de la distinción entre la comunidad de bienes y contrato de sociedad es uno de los temas clásicos del Derecho Civil. Prescindiendo de exponer aquí los diversos criterios para establecer tal distinción ha seguido la doctrina, nos limitaremos a señalar que esta sentencia coloca la línea divisoria en la “finalidad perseguida por los interesados”, de tal manera que en la sociedad existe el propósito de obtener un lucro común, mientras que en la comunidad se trata de llevar a cabo la mera conservación y aprovechamiento de un bien.

Con otras palabras, la misma idea se ha expresado diciendo que la comunidad es una situación estática, mientras que la sociedad es una situación dinámica dirigida a la realización o acometimiento de una empresa. En rigor, se piensa que en la comunidad hay simplemente la puesta en común de unos bienes, mientras que en la sociedad hay una empresa en común. No es este el momento de discutir el acierto de este criterio. Aunque lo he acogido y aceptado en otro lugar, no deja de suscitar abundantes dudas, la experiencia cotidiana nos demuestra que la comunidad de bienes puede ser también un cauce para llevar a cabo la realización de una empresa (verbigracia, entre los coherederos de un empresario fallecido o entre los que adquieren en común los bienes constitutivos de un negocio mercantil o industrial). Por esta razón quizá sea preferible la idea de Heck, según la cual, sociedad y comunidad son simplemente dos regímenes jurídicos diferentes o dos diversas disciplinas normativas.

El problema es entonces, como en el caso de la sentencia, más que nada un problema de interpretación: decidir en presencia de una determinada situación no definida por las partes, si esta constituye sociedad o constituye comunidad. Creo que este es un problema que debe resolverse aplicando las reglas generales de la interpretación de los contratos establecidas en los artículos 1281 y siguientes.

Habría que indagar, en primer lugar, la voluntad real de los contratantes, a través de las palabras y a través de los actos coetáneos y posteriores al contrato. Pero la interpretación podrá ser también una interpretación objetiva atendiendo al criterio del artículo 1284 —variante más adecuada para que el negocio produzca los efectos pretendidos— y al artículo 1287, con su criterio del uso de los negocios. En particular, este último criterio de interpretación objetiva puede llevarnos a pensar que, efectivamente, en todos aquellos casos en que se trata de llevar a cabo en común la explotación de un negocio mercantil o industrial, lo más adecuado y lo usual es que exista un contrato de sociedad».

(30) Díez-Picazo, *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, Tecnos, 3.^a ed., vol. II, 1981, págs. 290-292.

El criterio de las sentencias del Tribunal Supremo, de 16 de abril de 1942, 10 de marzo de 1949 y 12 de mayo de 1959, 21 de noviembre de 1969, 22 de diciembre de 1962 y 27 de abril de 1973, si bien es cierto que terminan admitiendo la existencia de una sociedad irregular o de hecho, lo hacen —a juicio de ALBALADEJO— sobre la existencia de un pacto de explotación del negocio, sin que sirvan para delimitar que el elemento distintivo entre ambas formas es el ánimo de lucro.

La sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de diciembre de 1964, sí estima la existencia de una comunidad en los derechos de explotación de una mina, lo que igualmente en opinión de ALBALADEJO, supone el reconocimiento del ánimo de lucro en la comunidad de bienes.

La conclusión sobre la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, antes referida, que nos ofrece ALBALADEJO, es la siguiente: «De toda la jurisprudencia expuesta se sigue que (por más que en algunas sentencias se apunte o dé cabida a la idea de que, según un criterio mantenido por parte de la doctrina, o acogido en algunos pasajes resolutorios de ciertas sentencias, la comunidad y la sociedad serían distinguibles por cumplir la primera, simplemente el fin, diríamos estático del uso y disfrute de las cosas comunes, y la segunda de perseguir el fin, diríamos dinámico, de obtener lucro partible a través de una gestión motriz del patrimonio social hecha por el grupo de asociados) al momento de resolver si se da sociedad o comunidad, el Tribunal Supremo lo que hace es entender que hay sociedad cuando ha mediado entre las partes un contrato de sociedad en el que aparece la voluntad de poner algo en común para obtener ganancias y repartirlas, y que hay comunidad no solo cuando algo se tiene o se pone en común para usarlo los copartícipes, conservarlo y utilizarlo, repito, diríamos estáticamente, sino asimismo cuando faltando voluntad de sociedad, se tiene, porque se recibe o se pone, algo en común, aunque no sea solo para poseerlo en común, sino también para explotarlo, como puede ser un negocio en común, sacándole así beneficios y ganancias. Con lo que queda palpable que la distinción entre sociedad y comunidad se basa no en que objetivamente, y con independencia de la voluntad de las partes haya en un caso solo uso y disfrute y en el otro explotación, sino en que subjetivamente en un caso haya habido voluntad de sociedad, y en el otro no.

Eso es así, aunque ciertamente se deba de reconocer que sin duda en la mayoría de los casos en que hay una explotación en común con ánimo de obtener lucro partible, la voluntad de las partes suele ser la de unirse en sociedad, y no en comunidad».

Más recientemente y por su parte destacan las siguientes sentencias de nuestro Alto Tribunal, sobre la cuestión. La sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de noviembre de 1995 (*RJ* 1995/8122), configura como sociedad irregular la explotación de un laboratorio de análisis clínico, dada la constitución de un patrimonio común y una actividad proyectada al público con obtención de ánimo de lucro, con apoyo principalmente en la existencia de un pacto entre las partes y en el carácter estático de la comunidad y el dinámico de la sociedad, al razonar lo siguiente:

«En este caso la decisión calificadora del Tribunal de Apelación resulta cierta por ser la procedente, toda vez que, incluso prescindiendo de la literalidad del documento privado referido, los actos posteriores de las litigantes, que expresan la dinámica negocial de lo convenido, ponen de manifiesto la presencia de una relación societaria civil, sin personalidad jurídica propia, válidamente concertada y cuyo objeto principal resultaba bien preciso, al tratarse de la explotación conjunta

y compartida de un Laboratorio de Análisis Clínicos, con los enseres y bienes existentes, que conformaron el patrimonio común (más bien que patrimonio social) y como actividad industrializada, proyectada al público-clientela, lo que tiene perfecta acogida en el artículo 1665 del Código Civil. La reglamentación contractual del negocio, libremente convenida por las interesadas, es la que ha de tenerse en cuenta en cuanto a la eficacia de la relación y los derechos y deberes de las otorgantes [sentencias de 6 de noviembre de 1991 (RJ 1991/7937), que cita las de 19 de abril de 1972 (RJ 1972/2550), 5 de julio de 1982 (RJ 1982/4216) y 13 de marzo de 1989 (RJ 1989/2041)] y ello aunque dichos pactos establezcan una serie de especialidades, como sucede en este caso, en cuanto a la manera de gestionar el laboratorio común, en forma alternativa y sucesiva anual, con la asunción de beneficios y pérdidas cada una de ellas durante los periodos en los que les correspondía la explotación. Se trata de una normativa propia ex contractu, que se acomoda a la libertad de pacto que establece el artículo 1255 del Código Civil, y no colisiona con dicho precepto ni con los 1258, 1271 y siguientes del Código Civil.

La tesis de la recurrente de darse efectiva una comunidad de bienes y no de sociedad civil, resulta insostenible. La sentencia que se recurre rechazó tal situación jurídica —revocando y corrigiendo al Juez de Primera Instancia—, pues, si bien se admite en el motivo que la primitiva sociedad verbal del año 1979 la integraron las litigantes y una tercera persona, la misma quedó disuelta por acuerdo de sus socios. No concurre base fáctica ni jurídica alguna para poder admitir que se sustituyó por una comunidad de bienes, cuando de la esencia contractual y ejecución del documento de 1 de julio de 1984, claramente se deduce lo contrario y es lo que ha de atenderse para disciplinar las relaciones obligacionales creadas entre las partes, pues no se hace referencia puntual a los efectos de mantener en algún aspecto las situaciones anteriores, sino únicamente para regularlas y dotarlas de mayor y más segura intensidad contractual, en este caso societaria. Así lo entendió con perfecta corrección legal la Audiencia, ya que resultó suficientemente probada la existencia real de fondo común acreditado, referido a la explotación del laboratorio, en el que convergen las actividades profesionales farmacéuticas de las dos asociadas en litigio. Se da también ánimo de lucro o ganancia común, aunque su división y adjudicación se hubiera pactado en la forma alternativa anual que queda reseñada, pero procedente siempre del referido fondo común, lo que integra el fin más directo del contrato societario y así como también concurre la necesaria voluntad de unión amplia, constituyente de la *afectio societatis*, y actúa en cuanto precisa siempre convenio o pacto previo al efecto y viniendo a ser elemento diferenciador importante en conjunción con los objetivos perseguidos por las interesadas, al crear el ente social civil, de lo que constituye propia comunidad de bienes; pues el contrato de sociedad civil, aparte de la existencia de un patrimonio comunitario, se presenta dinámico al entrar en el ámbito de actividades negociales o industriales a fin de perseguir la obtención de beneficios, susceptibles de ser partidos entre los socios, que también así asumen, las pérdidas [sentencias de 15 de octubre de 1940 (RJ 1940/886), 24 de mayo de 1972 (RJ 1972/2562), 5 de julio de 1982 (RJ 1982/4216), 6 de marzo de 1992 (RJ 1992/2398), 15 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10406) y 24 de julio de 1993 (RJ 1993/6479)]. En cambio la comunidad de bienes tiene una proyección más bien estática, ya que tiende a la conservación y disfrute aprovechado de los bienes pertenecientes a plurales titulares dominicales».

Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de noviembre de 2008 (RJ 2009/411), sobre la explotación en común de una academia de enseñanza con especial atención al «aprovechamiento» que resulta propio de la comunidad

de bienes, frente a la «explotación» que es inherente al contrato de sociedad, califica el referido negocio como de sociedad al exponer que:

«Ya en su formulación se falta al requisito establecido en el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000/34, 962 y RCL 2001/1892), en tanto que el recurso de casación ha de fundarse “en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso”, sin que se cite en el motivo la concreta infracción de norma legal alguna. En todo caso, tampoco se observa infracción de la doctrina jurisprudencial de esta Sala sobre la llamada sociedad irregular y su adecuada diferenciación de la comunidad de bienes. Esta última, como reflejan las sentencias citadas por la parte recurrente [15 de octubre de 1940, 25 de mayo de 1972, 5 de julio de 1982 (RJ 1982/4216), 6 de marzo (RJ 1992/2398) y 15 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10406)] supone simplemente la existencia de una propiedad común sobre determinados bienes que se traduce en su mantenimiento y simple aprovechamiento plural, mientras que la sociedad comporta la puesta en común de dinero, bienes o industria con ánimo de partir entre sí los socios las ganancias (art. 1665 del Código Civil (LEG 1889/27). De ahí que la figura societaria surja inevitablemente en el caso cuando se explota por las partes conjuntamente una academia de enseñanza, que radica en unos locales de propiedad común de ambas, siendo así que los ingresos y gastos se producen en cuentas bancarias comunes y se adquieren otros bienes en común con las ganancias obtenidas; los cuales, como ganancias, forman parte igualmente de la sociedad y han de ser objeto de partición con la liquidación final de aquella. No se opone a ello el hecho de que el negocio figurara a nombre de la actora como autónoma, pues precisamente tal circunstancia constituye característica propia de la llamada sociedad irregular en la que los pactos se mantienen secretos entre los socios y en la que cada uno de ellos contrata en su propio nombre con los terceros, rigiéndose por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes (art. 1669 CC) con la particularidad de que, dada la existencia de un conjunto patrimonial común, la liquidación ha de practicarse conforme a las normas propias de la división de la herencia [sentencias de 13 de noviembre de 1995 (RJ 1995/8122), 31 de julio (RJ 1997/5619) y 14 de noviembre de 1997 (RJ 1997/8124), 21 de octubre de 2005 (RJ 2005/7707) y 5 de diciembre de 2007 (RJ 2007/8903), entre otras]».

Por otro lado, la sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de febrero de 2009 (RJ 2009/1499), también con la existencia de un pacto previo sobre la explotación de unas galerías comerciales, acogió la tesis de la sociedad frente a la comunidad exponiendo lo siguiente:

«En primer lugar, pese a negar la recurrente con insistencia en su recurso la ausencia de la necesaria affectio societatis, es atinada la conclusión sentada tanto por el Juzgado como por la Audiencia sobre la existencia de un verdadero contrato de sociedad entre las litigantes, desde la delimitación jurisprudencial que de ambas figuras se ha hecho. Así, ya precisaba la sentencia de 24 de julio de 1993 (RJ 1993/6479), con cita de otras muchas anteriores, las características que distinguen una y otra, señalando que “si bien son coincidentes en darse una situación de voluntades en unión, no lo son en cuanto a sus fines y operatividad. Las comunidades de bienes suponen la existencia de una propiedad en común y proindivisa, perteneciente a varias personas [art. 392 del CC (LEG 1889/27)], lo que se traduce en su mantenimiento y simple aprovechamiento plural. En cambio, las sociedades civiles, aparte de la existencia de un patrimonio comunitario, este se aporta al tráfico co-

mercial, ya que la voluntad societaria se orienta a este fin principal y directo para obtener ganancias y lucros comunes, partibles y divisibles y, consecuentemente, lo mismo sucede con las pérdidas”. Frente a esta conclusión, ninguna virtualidad puede tener la hipótesis de la recurrente, a saber, que “nunca ha existido sociedad entre las partes” y que “lo único que existe es la utilización del único medio de conservación del patrimonio común: el arrendamiento”, máxime cuando reconoce abiertamente en el recurso la finalidad instrumental de la comunidad de bienes constituida, señalando que se arbitró tal fórmula “para facilitar la emisión de las facturas a los arrendatarios”».

Es decir, el Tribunal Supremo en las últimas y relevantes sentencias donde ha tenido la oportunidad de pronunciarse acerca de la distinción entre comunidad y sociedad, adopta criterios doctrinales antes expuestos, como es la existencia de un pacto previo, el carácter estático de la comunidad de bienes frente al carácter dinámico de la misma, la *affectio societatis*, la personalidad jurídica, o bien, el «aprovechamiento» propio de la sociedad, pero no diferencia a ambas figuras en función del ánimo de lucro. O sea, realiza una distinción entre ambas figuras mediante un recurso múltiple a las referidas posiciones doctrinales, sin establecer una clara definición jurisprudencial sobre los elementos distintivos existentes entre ambas figuras, pero y lo que resulta a nuestro juicio más evidente, sin pretensión de erigir al ánimo de lucro como la verdadera nota diferenciadora entre la sociedad y la comunidad de bienes.

IV. LA NO ACEPTACIÓN DEL ÁNIMO DE LUCRO COMO CRITERIO DISTINTIVO ENTRE COMUNIDAD Y SOCIEDAD. NUEVAS FIGURAS COMO LA COMUNIDAD INCIDENTAL

Como hemos tenido oportunidad de comprobar nos encontramos muy lejos de poder obtener un criterio uniforme y constante en nuestra doctrina y jurisprudencia sobre la diferenciación de ambas figuras, aunque el resultado interpretativo nos debería llevar en algunas ocasiones a la aplicación de un régimen jurídico diferenciado al problema que se trata de resolver en el caso específico presentado por la práctica.

En nuestra opinión, sí consideramos que puede admitirse que la comunidad y la sociedad son dos fenómenos en los que puede atisbarse una diferencia inicial, como es la naturaleza contractual de la sociedad frente a la situación jurídico-real propia de la comunidad de bienes. No obstante, dicha diferencia tampoco nos ayuda a esclarecer definitivamente ante cuál de las dos instituciones nos encontramos en el caso que nos ocupe, puesto que es cierto que en determinadas situaciones la comunidad de bienes también puede tener su regulación mediante un determinado contrato entre los comuneros, pactos entre los mismos que pueden ser de muy diversa índole, como por ejemplo, los relativos al uso sobre el objeto en condominio.

La personificación de la figura mediante el recurso a las categorías de sociedad interna o sociedad externa impide el reconocimiento de la naturaleza jurídica de la misma que debe ser realizado *a priori* y no como resultado de dicha personificación. Igualmente, consideramos que no puede predicarse una *vis atractiva* de carácter imperativo de la normativa mercantil societaria para aquellas comunidades que se encuentren en explotación de actividades comerciales, ya que no estamos contraponiendo la existencia de una sociedad civil frente a una

sociedad mercantil, donde sí tendría sentido dicha dicotomía de tipos sociales en función del objeto de las actividades a las que se dedica el ente social; admitiéndose en este hipotético caso que si dichas actividades tienen carácter mercantil estaríamos ante una sociedad mercantil (colectiva e irregular) (31).

Por tanto, la contraposición ha de efectuarse en sede de comunidad *versus* sociedad, por la relevancia que tuviera la aplicación prioritaria de la normativa societaria —en el supuesto que nos decantáramos ante la existencia de una sociedad— frente a la normativa de la comunidad de bienes, lo que en este caso resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 14 de octubre de 2011, tampoco supondría una relevancia auténtica por la consecuencia jurídica similar a la que se llegaría aplicando las normas de la comunidad de bienes (fragmentación de la deuda, *ex art.* 393 del CC) o las del contrato de sociedad civil (parciariedad de la deuda, *ex art.* 1698 del CC), si fuera tipificada la sociedad como civil y no mercantil, lo cual no podemos analizar ante la suficiencia de datos sobre las actividades sociales ejercitadas en concreto.

El error cometido en la sentencia analizada pasa inicialmente por observar como prescinde de la distinción inicial entre la comunidad de bienes y la sociedad, para afirmar directamente que en este caso nos encontramos ante una sociedad por tener ánimo de lucro, y que al ser una sociedad que desarrolla unas actividades mercantiles, ser considerada esta como mercantil con la consecuente aplicación del régimen de responsabilidad solidaria del artículo 127 del Código de Comercio (32).

(31) Sobre este tema y como también citábamos en su momento (vid. REDONDO TRIGO, «Transmisión de cuotas sociales en la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de diciembre de 2007», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 707, págs. 2201-2226), GIRÓN (vid., *op. cit.*, págs. 69 y 70) al analizar la mercantilidad por el objeto social, se pronunció al respecto diciendo lo siguiente: «La STS de 29-XI-1958 hizo notar la fluctuación de las sentencias entre el criterio de la mercantilidad por el objeto social y el de las formas de constitución (escritura e inscripción registral), pero afirmaba que el del objeto es el dominante en la jurisprudencia y doctrina. Pero las SSTs de 26-VI-1959 y, sobre todo de 26-I-1967, haciendo expresa formalmente la corriente jurisprudencial precedente, han vuelto al criterio de las formalidades de constitución, declarando que las Sociedades Mercantiles irregulares se convierten en civiles. Según antes se ha dicho, el criterio del objeto no juega satisfactoriamente porque resulta conceptualmente incompleto: falta determinar qué tipo societario de entre los mercantiles y ahí juega la función de Sociedad General de la Colectiva, sencillamente introduciendo en su concepto la mercantilidad de su objeto. El criterio de las formalidades atenta a la política jurídica doblemente: permite la actividad mercantil del tipo civil, eliminando el rigor mercantil, y deja a la voluntad de los intervinientes la mercantilidad y la calificación, ya que les basta con no inscribirse».

PAZ-ARES, en *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1993, pág. 1378, resume dicha doctrina al afirmar que: «...c) El criterio de la forma ha de completarse, por ello, con el criterio de la materia mercantil, que conduce a afirmar la mercantilidad de las sociedades que tengan por objeto una actividad comercial o industrial (cfr. GIRÓN, *Estudios*, pág. 96; CÁMARA, *Estudios*, I, pág. 233; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Atipicidad*, págs. 24 y 25, núm. 40; esta es, asimismo, la línea por la que, finalmente, ha encauzado la jurisprudencia, aunque, a decir verdad, la conclusión alcanzada no se obtiene tanto del sistema del Código de Comercio, que es el que ahora estamos considerando, cuanto del artículo 1670 del Código Civil; vid. STS de 23-III-54, 29-XI-58, 26-VII-59, 3-III-60, 22-III-62, 7-II-64, 21-VI-83, 1-X-86, 20-II-88, 26-II-90 y 6-X-90...».

(32) No obstante, como ya expusimos en su momento (vid. REDONDO TRIGO, «La personalidad jurídica de las sociedades irregulares. A propósito de la sentencia del Tri-

Volviendo a la distinción entre comunidad de bienes y sociedad —si bien, de la lectura de la sentencia no se extraen elementos suficientes de juicio para culminar la necesaria labor interpretativa— somos de la opinión que en realidad es la voluntad de las partes el primer criterio rector interpretativo al que hemos de acudir para diferenciar en qué caso nos encontramos, teniendo presente que si utilizamos un criterio de interpretación contractual, es porque precisamente somos de la opinión de que la mera existencia de contrato no ha de hacernos decantar por la existencia de una sociedad y no de una comunidad de bienes.

Con ánimo de realizar dicha misión interpretativa, el artículo 1281 del Código Civil prevé lo siguiente: «*Si los términos de un contrato son claros y no dejan dudas sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas*». Es pues, la búsqueda de la voluntad real de los contratantes la que subyace como primera misión del intérprete, sin que a ello obste el referido aforismo *in claris non fit interpretatio*, ya que este aforismo debe ser entendido en el sentido propuesto a continuación, porque afirmar la claridad de una cláusula negocial sin más, sin indagar la voluntad real de las partes, ya implica una primera labor interpretativa, tratándose de impedir únicamente que sea tergiversada una declaración de voluntad realmente clara (vid. art. 57 del CCo.). Como es conocido, el recurso al referido aforismo se ha venido realizando para evitar las denominadas «cavilaciones de los abogados» que impidan la tergiversación de un texto claro (33) (34).

bunal Supremo, de 19 de diciembre de 2006», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 700, págs. 853-873, especialmente significativas sobre este asunto nos parecen las afirmaciones de Aurelio MENÉNDEZ al exponer lo siguiente: «...*Por lo demás, ninguna duda parece ya posible en estos supuestos de "irregularidad" acerca de la vinculación y responsabilidad de la sociedad con los terceros por las obligaciones debidamente contraídas por sus gestores. Es más, la "irregularidad" de la sociedad generará también la responsabilidad directa, y al mismo nivel, de los gestores (art. 120 del CCo.). En cuanto a los socios, por razón de la misma aplicación del régimen de la sociedad colectiva, si bien responderán de forma personal, ilimitada y solidaria por las deudas sociales, se tratará de una responsabilidad de segundo grado; a nuestro juicio, no existen argumentos válidos para negar a los socios el beneficio de excusión que el artículo 237 concede a los socios colectivos*». MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *Sociedad Anónima e inscripción en el Registro Mercantil*. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 19 de octubre de 1989. Anales de la Academia Matritense y del Notariado, Tomo XXX (1991).

De acuerdo con lo anterior, existe el siguiente régimen de responsabilidad por las deudas sociales en una sociedad irregular: admitida la personalidad jurídica de la sociedad irregular, existe una responsabilidad solidaria del patrimonio social, de los administradores de la compañía y de los socios de la misma, si bien, en cuanto a estos últimos, cabe decir que su responsabilidad, pese a ser solidaria, no lo es de sociedad y de socios, sino solo entre los socios, debido a su carácter subsidiario.

(33) Vid. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Civitas, pág. 83.

(34) No obstante, la posición de la Jurisprudencia en este punto ha sido tradicionalmente vacilante (vid. DE CASTRO, *op. cit.*, págs. 84 y 85). Una línea afirmando como indiscutible la preferencia del sentido literal, siendo los términos claros, viene dada por las sentencias del Tribunal Supremo, de 19 de enero de 1925, 18 de abril de 1931, 30 de marzo de 1953, 8 de febrero de 1954, 30 de enero de 1957, 4 de diciembre de 1963, 8 de febrero de 1964, 30 de junio de 1965, 26 de marzo de 1974 y 1 de abril de 1976, entre otras. Una segunda línea, con mayor acierto, afirman que pese a todo ha de estarse a la conducta de las partes contratantes, como la sentencia de 20 de abril de 1931, 20 de abril de 1944, 28 de abril de 1964, 30 de abril de 1966 y 27 de octubre de 1966.

Por tanto, hemos de acudir, en primer lugar, al artículo 1281.2 del Código Civil para conocer primeramente su alcance cuando manifiesta: «...si las palabras parecieran abiertamente contrarias a la intención de los contratantes, se dará preferencia a esta sobre aquellas», regla interpretativa que según LÓPEZ Y LÓPEZ (35) debe entenderse del siguiente modo: «...establecer que las palabras son abiertamente contrarias a la intención de los contratantes es igual que determinar que contradicen su evidente intención. Y para hacerlo hay que conectar con puntos de referencia hermenéutico distintos a la literalidad de las cláusulas. La pequeña digresión viene a cuento para fijar que el adjetivo “evidente”, que emplea el párrafo 2.º del actual artículo 1281, no quiere decir otra cosa que “deducida racionalmente” de todos los elementos de juicio que tenga el intérprete, y principalmente de los actos de los contratantes, coetáneos y posteriores al contrato, que consten suficientemente probados, con respecto a los cuales y para desvelar su significado el protagonista de la tarea interpretativa, debe utilizar las reglas de interpretación que el propio Código suministra...».

Así pues, dicho artículo 1281.2 del Código Civil debe ser íntimamente conectado con lo dispuesto en el artículo 1282 del Código Civil, que prescribe lo siguiente: «Para juzgar la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de estos, coetáneos y posteriores al contrato». Respecto del cual, LÓPEZ Y LÓPEZ (36) afirma que: «...Posiblemente el Código piensa que lo más significativo son los actos de los contratantes coetáneos y posteriores, y a ellos subordinado, el tenor literal (casi el 100 por 100 de las veces, la escritura), pero no impide utilizar datos que ni sean actos, en su sentido más estricto (v.gr., un borrador no es un acto) ni que esos actos sean anteriores al contrato».

Es cierto, no obstante, que la propia voluntad y la conocida como *affectio societatis*, pueden no ser suficientes para colmar dicha tarea hermenéutica, por lo que como ha expuesto la particular doctrina (DÍEZ-PICAZO) que hemos señalado con anterioridad, será necesario ultimar la interpretación con los criterios de interpretación objetivos que nos ofrece el Código Civil y que pueden ser útiles al respecto, como son los previstos en los artículos 1286 y 1287 del Código Civil, con especial relevancia a este último, coincidiendo igualmente que probablemente esta labor interpretativa nos conduzca al contrato de sociedad cuando las partes estén llevando a cabo la explotación de actividades comerciales.

Igualmente, coincidimos (MARÍN LÁZARO) en observar que no obstante lo anterior en cuanto al respeto a la autonomía de la voluntad de las partes (art. 1255 del CC) y a los referidos modelos interpretativos utilizados, en función de la aplicación de los criterios establecidos por las otras doctrinas expuestas, podríamos llegar a deslindar el negocio en cuestión como un caso de comunidad de bienes o sociedad (así, v.gr., la ausencia de pacto, nos podría ofrecer la realidad de una comunidad de bienes y no una sociedad), aún siendo conscientes de la dificultad existente en la resolución del problema, pero en lo que no podemos estar de acuerdo es que sea el ánimo de lucro el criterio distintivo entre ambas instituciones, como de hecho expresa la meritada resolución judicial, máxime cuando incluso el ánimo de lucro como requisito del contrato de sociedad ha sido también revisado por nuestra doctrina (LOIS ESTÉVEZ) para exigir en su lugar el

(35) LÓPEZ Y LÓPEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVII, vol. 2.º, artículos 1281 a 1314 del Código Civil. Editorial Revista de Derecho Privado, 1981, pág. 30.

(36) Vid., *op. cit.*, pág. 32.

fin común o interés social que ha de presidir las actividades sociales, que es en realidad lo establecido en el artículo 1666 del Código Civil. El hecho de que una comunidad de bienes pueda tener ánimo de lucro no está prohibido por ninguna norma jurídica (vid. art. 392 del CC), ni es además un requisito consustancial al contrato de sociedad (*ex art. 1678 del CC*).

Más recientemente, haciéndose eco de la revisión del concepto del lucro en el contrato de sociedad, PAZ-ARES (37) sistematiza los argumentos doctrinales resultantes de la revisión de dicho concepto del ánimo de lucro, afirmando este autor que: «Los argumentos aducidos en defensa de este planteamiento son de muy variada índole, pero en última instancia se fundan en la “despolitización” del ánimo de lucro connatural al reconocimiento constitucional del derecho de asociación y en la inidoneidad de ese ánimo de lucro para seleccionar razonablemente la normativa aplicable a los fenómenos asociativos» (38).

(37) PAZ-ARES, *Curso de Derecho Mercantil...*, págs. 472-474.

(38) PAZ-ARES (*Curso...*, pág. 472-474), dice que: «De ahí el interés tradicional en trazar una frontera neta y clara entre el ámbito (políticamente peligroso) de las asociaciones y el ámbito (políticamente inocuo) de las sociedades a cuyo servicio ha trabajado el principio lucrativo (vid., por ejemplo, arts. 1, 2 y apartado II de la Exposición de Motivos LASoc., 2002). Es evidente, sin embargo, que una vez reconocida plenamente la libertad de asociación (art. 22 CE), desaparecen las razones materiales para delimitar el Derecho de Sociedades —el derecho de la libre asociación— en atención al ánimo de lucro. En otras palabras, la “despolitización” del fenómeno asociativo deja privado de función delimitadora al requisito del ánimo de lucro (...) Hay que tener en cuenta, además, que el requisito del ánimo de lucro carece de idoneidad o aptitud causal para seleccionar la disciplina aplicable a los fenómenos asociativos atípicos y que, por consiguiente, reviste muy escasa relevancia desde el punto de vista práctico. Hacemos esta observación porque, aun en el caso de que finalmente resolviera negarse naturaleza societaria a aquellas agrupaciones constituidas con fines lucrativos (piénsese, por ejemplo, en una sociedad civil o colectiva creada por cuatro geógrafos para hacer una expedición científica a la Antártida o en la agrupación de varios agricultores para construir un molino de uso común), siempre sería necesario aplicarles por analogía el Derecho de Sociedades (art. 4.1 CC), con lo que, a fin de cuentas, habría que reintroducir por la ventana lo que previamente se había expulsado por la puerta (...) (imaginemos que uno de los agricultores pide la división de la cosa común, ¿acaso habría de aplicarse el art. 400 CC? Imaginemos que la mayoría acuerda arrendar el molino a un tercero, ¿acaso se aplicaría el art. 398 CC?). La solución tradicional ignora un dato crucial, y es que esos agricultores se han vinculado para la consecución de un fin común de tipo consorcial, que es lo que desplaza las normas legales que regulan las relaciones obligatorias entre los comuneros. No es dudoso que en el plano de la titularidad, hay comunidad: el molino pertenece *pro indiviso* a los miembros del consorcio. Pero en el plano obligatorio, también es claro que no hay comunidad (una relación obligatoria legal), sino un contrato (y, por tanto, una relación obligatoria contractual), y ese contrato solamente puede ser el de sociedad (o —lo que es lo mismo— un contrato innominado análogo al de sociedad), cuyas normas habrán de observarse para impedir que la pretensión de un socio de dividir el molino o la decisión de la mayoría de los socios de arrendarlo a un tercero infrinja y destruya el fin común para el que se asociaron (...) El tenor literal de los artículos 1665 del Código Civil y 116 del Código de Comercio, que —como se ha recordado ya— hace descansar la especificidad del fenómeno societario en la realización de ganancias (lucro objetivo) y en el propósito de distribuirlas (lucro subjetivo), constituye un obstáculo más aparente que real. En efecto, nada impide estimar que el ánimo de lucro, a que se refieren dichos preceptos, es el fin usual y no el fin esencial de la sociedad. De hecho, el propio Código Civil reconoce carácter societario a las sociedades universales y a las sociedades de uso y disfrute que, a todas luces, carecen de *animus lucrandi* (la jurisprudencia lo admite a veces tímidamente: es notable al respecto la STS de 6 de octubre de 1994, que considera

Por otro lado, la realidad de nuestra práctica también ha dado lugar a la denominada «comunidad funcional» (39), de la cual se ha dicho que no existe un verdadero concepto de la misma, aunque esencialmente se trate de una comunidad de bienes que goza de características propias de una sociedad, generalmente por la estabilidad de la cotitularidad que conllevan. Fue la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 18 de mayo de 1983, la que ha introducido el concepto en nuestro sistema registral, en la que se analizó la comunidad sobre local comercial subterráneo destinado a garaje en el que se había configurado la exclusión de la acción de división de la cosa común y la de retracto de comuneros.

FERNÁNDEZ DEL POZO y ALARCÓN ELORRIETA (40), en un trabajo sobre la naturaleza jurídica de lo que denominan «fondos de gestión» (patrimonios de destino propios de las instituciones de inversión colectiva, fondos de pensiones y de capital-riesgo, etc.), afirman que debido a la insuficiencia clásica del concepto de comunidad para situaciones de cotitularidad estables como los clubes de inversión, las comunidades societarias, las comunidades *ad aedificandum* en la prehorizontalidad o incluso para los fondos de gestión, la importancia de la categoría de la comunidad funcional cobra especial relevancia.

El mérito de dicha Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1983 —según estos autores— ha sido «alumbrar una nueva forma de comunidad atípica que se explica precisamente por la ausencia, en situaciones de cotitularidad, de las notas que caracterizaban la comunidad romana, típicamente incidental», de ahí que el fondo de gestión no sea caracterizado por estos autores ni como comunidad ni como sociedad, sino como una comunidad que se crea societariamente (41).

esencial el ánimo de lucro para una sociedad regular, pero no para una sociedad irregular). Hemos de reconocer que esta es también la tendencia que se vislumbra en la legislación societaria de nuestro tiempo, que comienza a renunciar explícitamente al ánimo de lucro (parecen singularmente elocuentes, al respecto, los arts. 3 LAIE, 1 LGC y 9 y 10 LOSSP, que califican a las agrupaciones de interés económico, a las cooperativas y a las mutuas de seguros de sociedades al tiempo que les prohíben actuar con ánimo de lucro) o a privarlo de significado (es significativo que entre las causas de nulidad de las sociedades de capital no se haya previsto la elección de un fin no lucrativo: vid. art. 34 LSA).

(39) Con abundante bibliografía al respecto, vid. GODOY DOMÍNGUEZ, «La comunidad funcional», en *Anuario de Derecho Civil*, núm. LV-1, enero de 2002.

(40) FERNÁNDEZ DEL POZO-ALARCÓN DE ELORRIETA, «Aproximación al estudio de nuevas categorías de cotitularidad jurídica: Las “comunidades funcionales” y los “fondos de gestión”», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 592, mayo-junio de 1989.

(41) Por su parte, GODOY DOMÍNGUEZ (*op. cit.*, págs. 197 y 198) sobre el análisis de las diferentes teorías diferenciadoras entre la comunidad y la sociedad, encuentra elementos para distinguir la comunidad funcional de la sociedad, al opinar que: «...atendida la circunstancia de que en la primera [comunidad funcional] no concurre la voluntad de despegar una conducta dirigida a la obtención de un fin de lucro, tal como ha quedado expresado, es decir, la actividad desarrollada por los copropietarios se desenvuelve en función del aprovechamiento económico de la cosa.

Efectivamente, es una actividad provechosa, pero tal beneficio no nace de una distinción dinámica de búsqueda de un rendimiento, pecuniario o no, en el que los bienes aparezcan como medio para su consecución; sino que en puridad, aun admitiendo la existencia de rentabilidad económica (pues, en otro caso, difícilmente se concebiría el nacimiento y prolongación de la situación de comunidad) los bienes continúan siendo un fin en sí mismos. Mientras, en la sociedad, al tratarse de una forma de ejercicio colectivo de empresa, la actividad está en función de la producción y del cambio, indirectamente, en cuanto la

Es decir, en nuestra opinión, la propia práctica (en este caso, la registral) ha servido para alumbrar figuras como la comunidad incidental que podemos decir que suponen un paso más en la tradicional distinción entre sociedad y comunidad. La voluntad de las partes y la insuficiencia de dichos tipos clásicos para poder ofrecer un marco jurídico que se adecue a las particularidades de la actividad consensuada por las partes, han hecho que una especie de *tertium genus* como es la propia comunidad incidental, pase a ser objeto de recurso por las partes en la regulación de sus actividades.

Ello no quiere decir que situaciones como la analizada en esta sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid pasen a ser consideradas como comunidades funcionales —máxime cuando no tenemos elementos de juicio al respecto— sino que, como hemos tenido oportunidad de exponer, lo que sí coadyuva es a entender que el ánimo de lucro no puede ser el elemento distintivo entre la comunidad y sociedad, máxime cuando ni siquiera este ánimo de lucro es elemento consustancial al contrato de sociedad.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO: «La distinción entre comunidad y sociedad», en *Actualidad Civil*, núm. 33, 11-17 de septiembre de 1995.
- ARIAS RAMOS: «Los orígenes del contrato de sociedad. *Consortium y Societas*», en *Revista de Derecho Privado*, 1942.
- BAUDRY-LACANTANERIE y WAHL: *De la société, du Pret, du Dépot*, París, 1907.
- BONET: «Comunidad de bienes: su naturaleza jurídica. Relación entre la comunidad de bienes y el contrato de sociedad: sus diferencias. ¿Puede constituir comunidad la explotación de un café-bar?» (sentencia de 15 de octubre de 1940, núm. 13), en *Revista de Derecho Privado*, 1941.
- CAPILLA RONCERO: *Comentarios al Código Civil*, Tomo XXI, vol. 1.º: artículos 1665 a 1708 del Código Civil. Título VII. De la sociedad. Capítulo primero. Disposiciones generales. Edersa (1990).
- CARNELUTTI: «Personalità jurídica e autonomia patrimoniale nella società e nella comunione», en *Rivista del Diritto Commerciale*, vol. I, 1913.
- DE CASTRO Y BRAVO: *El Negocio Jurídico*, Civitas, 1983.
- DE LA CÁMARA: *Estudios de Derecho Mercantil*, I, 2.ª ed., 1977.
- DÍEZ-PICAZO: *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, Tecnos, 3.ª ed., vol. II, 1981.

cosa es elemento que sirve para desplegar dicha actividad. Por esta misma razón se interpreta, desde la perspectiva causal, que la relación entre el elemento objetivo (los bienes) y el subjetivo (la actividad), da prevalencia al primero en la comunidad, y al segundo en la sociedad; por ello se ha situado la causa en la comunidad en obtener ventajas de los bienes que se ponen en común, mediante el goce de sus utilidades, mientras que en la sociedad se localiza en el ejercicio en común de la actividad económica, lo que se realiza a través de un ente creado con este fin.

Pero además, bastaría comprobar en último término la difícil, si no imposible, acomodación de la forma societaria a la obtención de los fines perseguidos por una comunidad funcional. Entonces, de existir dudas irresolubles por cualesquiera de los medios aportados, la figura debe ser considerada una comunidad, pues no ha de perderse de vista que la comunidad es el género de la que se desgajan como especies la comunidad romana, o de otro tipo, y también la sociedad. La falta de una respuesta clara y terminante empujaría siempre a acudir al tronco común y estimar que existe comunidad».

- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, III. *Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La Posesión*. 5.^a ed., Editorial Thomson-Civitas, 2008.
- FERNÁNDEZ DEL POZO-ALARCÓN DE ELORRIETA: «Aproximación al estudio de nuevas categorías de cotitularidad jurídica: Las “comunidades funcionales” y los “fondos de gestión”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 592, mayo-junio de 1989.
- GIRÓN TENA: *Derecho de Sociedades*, Tomo I, 1976.
- GODOY DOMÍNGUEZ: «La comunidad funcional», en *Anuario de Derecho Civil*, núm. LV-1, enero de 2002.
- LAURENT: *Principes de Droit Civil*, tomo XXVI.
- LOIS ESTEVEZ: «La distinción de condominio y sociedad», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1947, núm. 181.
- LÓPEZ Y LÓPEZ: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XVII, vol. 2.º Artículos 1281 a 1314 del Código Civil. Editorial Revista de Derecho Privado, 1981.
- MANRESA: *Comentario al Código Civil español*, tomo III, 6.^a ed., Madrid, 1934.
- MARÍN LÁZARO: «Sociedad y Comunidad», en *Revista de Derecho Privado*, 1942.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ: *Sociedad Anónima e inscripción en el Registro Mercantil*. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 19 de octubre de 1989. Anales de la Academia Matritense y del Notariado, Tomo XXX (1991).
- MIQUEL GONZÁLEZ: *Comentarios al Código Civil*, Tomo V, vol. 2.º: artículos 392 a 429 del Código Civil y Ley sobre Propiedad Horizontal. Título III. De la comunidad de bienes (cont.). Edersa, 1985.
- MUCIUS SCAEVOLA: *Código Civil*, tomo XXV, Parte I.^a, Madrid, 1933.
- NYSSENS-CORBLAU: *Traité des Sociétés Commerciales*, T. I, núm. 199.
- PAZ-ARES: *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1993.
- PAZ-ARES, en URÍA-MENÉNDEZ: *Curso de Derecho Mercantil*, I, 2.^a ed., Thomson-Civitas, 2006.
- POTHIER: *Traité du contract de société*.
- REDONDO TRIGO: «La personalidad jurídica de las sociedades irregulares. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de diciembre de 2006», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 700.
- «Transmisión de cuotas sociales en la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de diciembre de 2007», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 707.
- ROTONDI: «Comunidad y sociedad, sociedad civil y sociedad mercantil», en *Revista de Derecho Privado*, 1958.
- THALLER: *Traité Elementaire de Droit Commercial*, 6.^a ed., revisada por PERCEROU, 1922.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de junio de 1906.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de febrero de 1930.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de julio de 1940.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de octubre de 1940.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de abril de 1942.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 1949.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de mayo de 1959.

Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de diciembre de 1962.
Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de diciembre de 1964.
Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de noviembre de 1969.
Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de diciembre de 1970.
Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de abril de 1973.
Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de septiembre de 1985.
Sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de noviembre de 1995.
Sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de noviembre de 2008.
Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de febrero de 2009.
Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 14 de octubre de 2011.
Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 18 de mayo de 1983.

RESUMEN

COMUNIDAD DE BIENES
Y SOCIEDAD
ÁNIMO DE LUCRO

El caso visto por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid trata sobre la clásica distinción entre la comunidad de bienes y la sociedad, haciendo especial hincapié en el ánimo de lucro como nota distintiva entre ambas figuras, lo cual no puede compartirse, ya que dicha caracterización supone una visión, no solo parcial de la tradicional problemática, sino contraria a las posibilidades que nuevas figuras vienen ofreciendo en el tráfico jurídico como es la comunidad incidental, así como a la superación del ánimo de lucro como nota consustancial del contrato de sociedad.

ABSTRACT

JOINT OWNERSHIP AND
PARTNERSHIP
FOR-PROFIT UNDERTAKING

The case at issue in the ruling by the Provincial Appellate Court of Madrid addresses the classic distinction between a joint ownership arrangement and a partnership arrangement. The ruling lays special stress on the «for-profit» feature as one that makes a difference between the two concepts. The authors cannot share this stance, because such a portrayal involves a view of the traditional problem that is not only blinkered, but actually contrary to the possibilities that new concepts such as communis incidens are opening up in transactions, plus the fact that for-profit motivation is becoming outdated as something consubstantial with partnership agreements.

3. URBANISMO

ELEMENTOS TEMPORALES E INTERTEMPORALES EN LA DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA

por

EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN
Abogado

RESOLUCIÓN de 17 de enero de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

SUMARIO: I. HECHOS.—II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.—III. COMENTARIOS: 1. PLANTEAMIENTO. 2. EL PROBLEMA DE DERECHO INTERTEMPORAL. 3. LA DECLARACIÓN DE OBRA ANTIGUA: EL MOMENTO EN QUE SE ENMARCA CADA UNO DE LOS REQUISITOS DEL ARTÍCULO 20.4 DEL TRLS: A) *La situación de fuera de ordenación*. B) *La intervención administrativa*. C) *La interpretación «auténtica» de la nueva norma*. D) *La literalidad de la norma y otros criterios hermenéuticos*.—IV. CONCLUSIONES.

I. HECHOS

1. Mediante escritura pública autorizada el día 19 de mayo de 2008, se declara una ampliación de obra nueva de edificación antigua sobre una finca y la constituye en régimen de propiedad horizontal. Dicha escritura fue rectificada mediante escritura de subsanación de 14 de abril de 2010.

2. Presentada copia autorizada de la escritura pública en el Registro de la Propiedad de Granada, número 3, junto con copia autorizada de la escritura pública de subsanación, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Hechos: a las diecisiete horas y doce minutos del pasado uno de septiembre, fue presentado el documento de referencia, que causó el asiento de presentación 1147 del Libro Diario de Operaciones 59 de este Registro de la Propiedad. Se acompaña al mismo copia autorizada de la escritura de subsanación otorgada el catorce de abril de dos mil diez (...). Se incorpora certificado, expedido el 19 de mayo de 2009 por ese mismo arquitecto técnico, constando su firma legitimada por el Notario autorizante, del que resulta identidad con la descripción dada en el título. Del mismo certificado resulta que la superficie de la parcela es de ciento treinta y nueve metros cuadrados y que “la antigüedad de la edificación es superior a nueve años” (...). Que el Registrador que suscribe, en base al principio de Calificación Registral que dimana del artículo 18 de la Ley Hipotecaria y en el ejercicio de las funciones que legalmente tiene conferidas en cuanto al control de la legalidad de los documentos que acceden al Registro de la Propiedad, emite con esta fecha calificación negativa, teniendo en cuenta las consideraciones jurídicas que resultan de los siguientes Fundamentos de Derecho: (...) 3.º Dispone el artículo 24.4 del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación admi-

nistrativa: “4. (...) El asiento de inscripción dejará constancia de la situación de fuera de ordenación en la que quede todo o parte de la construcción, edificación e instalación, de conformidad con el ordenamiento urbanístico aplicable. A tales efectos, será preciso aportar el acto administrativo mediante el cual se declare la situación de fuera de ordenación, con la delimitación de su contenido. Los Registradores de la Propiedad darán cuenta al ayuntamiento respectivo de las inscripciones realizadas en los supuestos comprendidos en los números anteriores, y harán constar en la inscripción y en la nota de despacho la práctica de dicha notificación”. Y en este sentido, aunque solo se aluda al acto administrativo de declaración de estar el edificio fuera de ordenación, puede ocurrir que este acto administrativo no exista o que el edificio cumpla los requisitos de la ordenación aunque no se hayan acreditado. Es necesario, por tanto, un certificado municipal acreditativo de estos extremos, que han de ser trasladados al asiento registral, para dar cumplimiento a la finalidad de la norma. Por ello, se adopta el siguiente acuerdo: Se suspende la inscripción solicitada, en razón de los Fundamentos de Derecho anteriormente expresados. En consecuencia, conforme al artículo 323 de la Ley Hipotecaria, queda prorrogada la vigencia del asiento de presentación por un plazo de sesenta días hábiles, a contar desde la última notificación. Contra el presente acuerdo (...)».

3. Contra la anterior nota de calificación, el Notario autorizante interpone recurso en virtud de escrito de fecha 25 de octubre de 2011, en base, en otros, a los siguientes argumentos: 1. La calificación suspende la inscripción de la declaración de obra contenida en el documento señalado en base a los fundamentos contenidos en la citada calificación y que se basaba en la consideración de que para inscribir la declaración de obra era necesario aportar «certificado municipal acreditativo... de estar el edificio fuera de ordenación o que el edificio cumpla los requisitos de la ordenación», en conformidad con el artículo 24.4.b) del Real Decreto-ley 8/2011. 2. Se recurre la citada calificación en base a los siguientes argumentos jurídicos: a) El artículo 24 del Real Decreto-ley 8/2011 da nueva redacción al artículo 20 de la Ley del Suelo, relativo a la regulación de la figura denominada «Declaración de obra nueva», y en el presente supuesto de hecho se regula la figura denominada «Declaración de obra antigua», es decir, el supuesto recogido en el primer párrafo del artículo 24.4 relativo a «construcciones, edificaciones e instalaciones respecto de las cuales ya no procede adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes». La calificación del registrador en el presente supuesto se basa en lo dispuesto en el apartado b) de este precepto, que dice «el asiento de presentación dejará constancia de la situación de fuera de ordenación en la que quede todo o parte de la construcción..., de conformidad con el ordenamiento urbanístico aplicable». A tales efectos, será preciso aportar el acto administrativo mediante el cual se declare la situación de fuera de ordenación, con la delimitación de su contenido. Sin embargo se recurre la presente calificación al no estarse de acuerdo con la interpretación de la norma que hace el registrador en base a los siguientes argumentos: 1. La interpretación sistemática de la norma, ya que la letra b) debe interpretarse junto con la letra a) del citado artículo. 2. La letra a) del citado precepto tiene una orden imperativa dirigida al registrador al empezar diciendo «se inscribirán». 3. La letra a) determina cuáles son los requisitos que deben contener las escrituras de declaración de obra antigua y exige únicamente tres requisitos: La antigüedad, circunstancia que podrá acreditarse mediante certificación del Ayuntamiento, bien mediante certificación de técnico competente, bien mediante acta notarial, bien median-

te certificación catastral. Son procedimientos alternativos y cualquiera de ellos es suficientemente bueno por sí para acreditar la antigüedad de la obra; la descripción de la finca, y la inexistencia de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística. Así, esta forma de protección de la legalidad urbanística implica que se requiere una actuación activa de la Administración Local, competente en materia de inspección urbanística, para que se proteja la legalidad, y que si la Administración no ejerce su labor de policía urbanística no puede implicar esto un perjuicio para el administrado que implique que se le impongan trabas administrativas para conseguir su objetivo de incorporar a su patrimonio los derechos que por Ley le corresponden (principio de accesión). No hay que olvidar que el título del Real Decreto-ley que da lugar a la redacción de la norma se denomina, entre otros, «de simplificación administrativa», y así la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 8/2011 dice literalmente: «Se permite igualmente el acceso al Registro de la Propiedad de los edificios fuera de ordenación, esto es, aquellos respecto de los cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes». 4. La letra *b*) del precepto no va dirigida en consecuencia al particular que formaliza su declaración de obra antigua, sino que es un derecho de la Administración Local, que cuando tenga noticia de la existencia de una situación de fuera de ordenación podrá solicitar que dicha declaración se haga constar en el Registro de la Propiedad. Es por ello que en base al artículo 24.4.c), una vez practicada la inscripción, el Registro remitirá al Ayuntamiento correspondiente notificación del asiento practicado para que el Ayuntamiento pueda ejercitar las acciones que le correspondan.

4. La registradora emitió informe el día 27 de octubre de 2011 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 9.3, 148.1.3.^a, 149.1.1.^a y 149.1.8.^a de la Constitución Española; 2.1, 2.2, 2.3 y 4.1 del Código Civil; 34, 208, 322 y 326 de la Ley Hipotecaria; 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; 107 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social; 308 del Reglamento Hipotecario; 105 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; 17.2, 20, 51 y Disposición Transitoria quinta del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo; 45, 46, 52, 53, 54, 73 y siguientes, y 78 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística; 24 y 25.2 del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa; 1, 2, 5, 7, 17, 18, 19, 20 y Disposición Adicional segunda y Disposición Final cuarta de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación; 66.2, 3 y 4, 68, 169, 176, 177, 181 a 185, 186 a 190 y Disposición Adicional primera

de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía; artículo único de la Ley 1/1997, de 18 de junio, por la que se adoptan con carácter urgente y transitorio disposiciones en materia de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de Andalucía; artículos 60 y 61 del Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana; 25, 26, 27, 29 y Disposición Adicional décima y Disposición Transitoria sexta de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo; 137, 242 a 256, 307 y Disposición Transitoria quinta del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana; artículo 22 y Disposiciones Transitorias segunda y tercera de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones; artículos 27, 28, 28.3, 39, 42 a 53 y 85 del Real Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía; sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo; sentencias del Tribunal Supremo —Sala de lo Civil— de 5 de marzo y 7 de septiembre de 2007 y 20 de septiembre de 2011; sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Sección 5.ª, de 4 de febrero de 2009; Resoluciones Circulares de 3 de diciembre de 2003 y 26 de julio de 2007; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 21 de octubre de 2000, 21 de marzo de 2003, 22 de abril de 2005, 19 de abril de 2006, 10, 12, 13, 15, 17, 19 y 22 de diciembre de 2008, 8, 9, 12 y 14 de enero, 25 de mayo y 10 de junio de 2009, 9 de enero de 2010 y 24 de marzo, 11, 12, 14 y 25 de abril, 4 de mayo, 7 y 14 de junio, 12 de septiembre y 12 y 14 de noviembre de 2011.

1. Se debate en este recurso —defecto tercero de la nota de calificación único objeto de recurso— la posibilidad de inscribir una ampliación de obra nueva correspondiente a edificación antigua y constitución en régimen de propiedad horizontal, en virtud de una escritura pública autorizada en fecha 19 de mayo de 2008, acompañada de una escritura pública de subsanación autorizada el 14 de abril de 2010, en el sentido de si es necesario para proceder a la inscripción de la obra nueva de edificación antigua la previa aportación del acto administrativo o certificado municipal en que se declare la situación de fuera de ordenación, la asimilación a tal situación de fuera de ordenación o la conformidad de la ampliación de obra con la ordenación urbanística y el planeamiento en vigor; o si por el contrario, como afirma el notario recurrente, basta con notificar a la Administración Local la inscripción de la declaración de obra nueva de edificación antigua, quien deberá declarar mediante acto administrativo la concreta situación urbanística en que se encuentra la edificación o construcción y hacerlo constar en el Registro de la Propiedad posteriormente a la inscripción ya practicada.

2. Ha de precisarse, en primer lugar, la competencia de las normas estatales en materia de los requisitos necesarios para la documentación pública e inscripción registral de las declaraciones de obras nuevas y de obras antiguas, sin perjuicio de la remisión a autorizaciones o licencias que establezca la normativa autonómica o a la prescripción, o no, de la infracción urbanística según la normativa autonómica, ya que, si bien, con carácter general, la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, anuló buena parte del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de 26 de junio de 1992, fundándose en que se habían invadido las competencias que, en materia de urbanismo, se hallan transferidas a las Comunidades Autónomas, esta misma sentencia dejaba a salvo aquellos preceptos que, por regular mate-

rias que son competencia exclusiva del Estado, eran perfectamente conformes con la Constitución Española. Así ocurrió con aquellas normas que se referían al Registro de la Propiedad (cfr. art. 149.1.8.^a de la Constitución Española), de lo que se sigue que corresponde a las Comunidades Autónomas (en este caso, a la de Andalucía) determinar qué clase de actos de naturaleza urbanística están sometidos al requisito de la obtención de la licencia previa, las limitaciones que estas pueden imponer y las sanciones administrativas que debe conllevar la realización de tales actos sin la oportuna licencia o sin respetar los límites por estas impuestos. Sin embargo, corresponde al Estado fijar en qué casos debe acreditarse el otorgamiento de la oportuna licencia (o los requisitos para poder acceder al Registro de la Propiedad las declaraciones de obras referentes a edificaciones consolidadas por su antigüedad), para que el acto en cuestión tenga acceso al Registro, siempre que la legislación autonómica aplicable exija la licencia para poder realizar legalmente el mismo, o la necesidad de determinación por parte de la legislación autonómica del plazo de prescripción de la posible infracción urbanística o, en su caso, su imprescriptibilidad (cfr. Resoluciones de 22 de abril de 2005 y 4 de mayo de 2011).

3. En segundo lugar ha de analizarse el alcance temporal de las normas aplicables para determinar el régimen aplicable a los requisitos para obtener la inscripción de las declaraciones de obras antiguas (o ampliaciones de obras antiguas), siendo las normas o disposiciones a aplicar, no las que regulan los controles administrativos sobre la forma en que se ha ejecutado la obra, sino las disposiciones que regulan los requisitos necesarios para su documentación pública e inscripción registral. Por lo tanto, como ya afirmó este Centro Directivo en sus Resoluciones de 9 de enero de 2010 y 24 de marzo de 2011, las sucesivas redacciones legales en la materia (Ley 8/1990, de 25 de julio, de Reforma del Régimen Urbanístico; Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio; Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones; Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo, y Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio), serán de aplicación a los documentos otorgados durante sus respectivos periodos de vigencia, aunque las correspondientes obras se hayan ejecutado en un momento anterior.

Ahora bien, tratándose de escrituras autorizadas con anterioridad a la entrada en vigor de una determinada norma de protección de legalidad urbanística, pero presentadas en el Registro de la Propiedad durante su vigencia, debe exigir el registrador su aplicación, pues el objeto de su calificación se extiende a los requisitos exigidos para la inscripción.

En consecuencia, en esto debe confirmarse la aplicación de la norma del artículo 20.4 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio (en su redacción dada por el art. 24 del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio), al presente supuesto de hecho, al estar presentada en el Registro con posterioridad a su inscripción, a pesar de que fuera autorizada en fecha en que no estaba vigente el actual apartado 4 del artículo 20 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo.

4. No obstante lo anterior, hay que decidir si el artículo 20.4 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, es imprescindible, en cuanto requisito *sine qua non* para poder practicar la inscripción de la declaración de obra nueva de edificación antigua, la previa manifestación formal realizada por el Ayuntamiento y relativa a que se declare la situación de fuera de ordenación, con la delimitación de su contenido —que prescribe la letra *b*) del apartado 4 del art. 20 del Texto

Refundido 2/2008, de 20 de junio—; o si, por el contrario, la inscripción de la obra antigua puede practicarse con la sola justificación de la prescripción de la acción que imposibilite su derribo y la no constancia en el Registro de expedientes de disciplina urbanística, notificando la inscripción realizada al Ayuntamiento para que este proceda a continuación y en su caso, a promover la constancia registral de la posible situación de fuera de ordenación y de su contenido.

La búsqueda del criterio a aplicar debe comenzar por el contenido de la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, en la parte referida a la materia de que se trata, donde se señala que «se permite el acceso al Registro de la Propiedad de los edificios fuera de ordenación, esto es, aquellos 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. De esta manera, se consigue la protección de sus propietarios, en muchos casos, terceros adquirentes de buena fe, sin que ello signifique desconocer su carácter de fuera de ordenación y las limitaciones que ello implica».

El artículo 20.4 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo, según redacción dada por el Real Decreto-ley 8/2011, admite, con norma de rango de ley y de ámbito estatal, la posibilidad de inscribir construcciones, edificaciones e instalaciones respecto de las cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que implique su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes, regulando para ello un procedimiento especial, siendo esta la finalidad de la norma a la que deberá atenderse en su interpretación. Ahora bien, la nueva regulación establecida no es muy distinta a la anterior, sino que reproduce de forma casi literal la práctica totalidad del contenido de los artículos 52 y 54 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, e introduce dentro del mismo un contenido nuevo, el previsto en la letra *b)* del artículo, cuyo encaje con la regulación preexistente es la que plantea el principal problema interpretativo. Así, la nueva redacción dada al artículo 20.4 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo por el artículo 24 del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, establece en sus apartados *a)*, *b)* y *c)* los trámites que han de cumplirse en la inscripción de estas obras nuevas. En su apartado *a)* se establecen los requisitos previos a la inscripción, señalándose que en las escrituras de declaración de obra nueva se acompañará certificación expedida por el Ayuntamiento o por técnico competente, acta notarial descriptiva de la finca o certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en las que conste la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título; y, a tales efectos, el registrador comprobará la inexistencia de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca objeto de la construcción, edificación e instalación de que se trate y que el suelo no tiene carácter demanial o está afectado por servidumbres de uso público general. Al admitirse que pueda tomarse como referencia la certificación expedida por técnico competente, acta notarial o certificación catastral, se mantiene el procedimiento de acceso al Registro de la Propiedad de esta categoría de escrituras de obra nueva, sin necesidad de un previo acto fiscalizador realizado por el Ayuntamiento, el cual tendrá conocimiento de la inscripción una vez realizada para, con ello, poder adoptar las medidas de restablecimiento de la legalidad y publicidad de las mismas que considere oportuno. Introduce, no obstante la exigencia impuesta al registrador de comprobar que la edificación no se halla situada sobre suelo demanial o afectado

por servidumbres de uso público o general. El apartado *c)* establece un requisito posterior a la inscripción al decir que los registradores de la propiedad darán cuenta al Ayuntamiento respectivo de las inscripciones realizadas en los supuestos comprendidos en los números anteriores, y harán constar en la inscripción y en la nota de despacho la práctica de dicha notificación; y el apartado *b)* exige un requisito que exige determinar si es previo a la inscripción, o si, por el contrario puede ser cumplido con posterioridad a la práctica de la inscripción, al decir que el asiento de inscripción dejará constancia de la situación de fuera de ordenación en la que queda todo o parte de la construcción, edificación e instalación, de conformidad con el ordenamiento urbanístico aplicable. A tales efectos, será preciso aportar el acto administrativo mediante el cual se declare la situación de fuera de ordenación, con la delimitación de su contenido.

Como se ha expresado el apartado *b)* del artículo 20.4 añade un nuevo requisito que es la «constancia de la situación de fuera de ordenación» en la que queda todo o parte de la construcción, edificación e instalación. Parece con ello el legislador partir de la consideración de que la totalidad de las edificaciones, cuya obra se declara sobre la base de su antigüedad, se hallan total o parcialmente fuera de ordenación. Pero lo cierto es que no todas las declaraciones de obras antiguas se corresponden con edificaciones en situación de fuera de ordenación, pues no cabe duda, y de hecho ocurre con frecuencia, que sobre la base de su consolidación por antigüedad se declaran obras de edificaciones que están dentro de ordenación y en cuya inscripción, por tanto, no puede hacerse constar, no obstante el mandato legal, situación alguna de fuera de ordenación.

5. Debe tenerse en cuenta que la norma contenida en el artículo 137 del Texto Refundido de 1992, relativa a las construcciones fuera de ordenación, fue declarada nula por la sentencia del Tribunal Constitucional, de 20 de marzo de 1997, por lo que la regulación de las edificaciones fuera de ordenación ha quedado reservada al ámbito competencial autonómico, siendo diversa la regulación autonómica sobre esta cuestión. El nuevo artículo 20.4 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, admite ya de manera expresa —y resuelve de esta manera las dudas que con anterioridad podían haberse suscitado—, la inscripción en el Registro de aquellas escrituras de obra nueva respecto de las cuales ya no procede adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción, en las que se manifestara, en la correspondiente certificación del Ayuntamiento, que se encontraban fuera de ordenación. Y contiene una norma imperativa en el sentido de que esta constancia registral de la situación de fuera de ordenación, debe realizarse en virtud del acto administrativo mediante el cual se declare la situación de fuera de ordenación, con la delimitación de su contenido.

6. Las obras sin licencia que, por transcurso del plazo de prescripción, no puedan ser objeto de demolición, pueden encontrarse en tres diferentes situaciones: *a)* aquellas que siendo lícitas, por no contravenir inicial ni posteriormente la ordenación urbanística, no están fuera de ordenación, pueden acceder al Registro de esta forma indirecta, sin que se exprese que están fuera de ordenación; *b)* otras, que siendo inicialmente ilícitas no son demolidas, una vez transcurrido el plazo de ejercicio de la acción de disciplina, sin quedar incluidas de manera expresa en la categoría de obras fuera de ordenación (porque la Ley autonómica no las declara en tal estado), quedando genéricamente sujetas, según la Jurisprudencia existente, a un régimen análogo al de fuera de ordenación; y *c)* las que siendo igualmente ilícitas, la ley las incluye en alguna categoría expresa de «fuera de ordenación».

7. De las dos posibles interpretaciones de este apartado *b)* del número 4 del artículo 20 de la Ley del Suelo, parece más acertado entender que la aportación del acto administrativo mediante el cual se declare la situación de fuera de ordenación, con la delimitación de su contenido, no es un requisito previo a la inscripción, sino que puede ser cumplido, en su caso, con posterioridad. Como ha quedado expresado anteriormente, no todos los requisitos establecidos en los apartados *a)*, *b)* y *c)* del número 4 del artículo 20 de la Ley del Suelo son previos a la inscripción. Sí lo es el expresado en el apartado *a)*; y posterior a la inscripción es el expresado en el apartado *c)*. El apartado *b)* puede ser cumplido con carácter previo, si por ejemplo, se aporta junto con la certificación del Ayuntamiento en la que conste la terminación de la obra en fecha determinada, el acto administrativo en el que se declare la situación de fuera de ordenación, con la delimitación de su contenido; y posterior puede ser en el caso de que la terminación de la obra en fecha determinada se justifique por acta notarial, certificado de técnico competente o certificación catastral. Y, por el contrario, no procederá hacer constar la situación de fuera de ordenación, si la construcción, como se ha expresado no se encuentra fuera de ella, por ser conforme con el planeamiento.

A esta conclusión se llega de las siguientes consideraciones: 1) Porque puede ocurrir que la construcción no se encuentre fuera de ordenación. 2) Porque resulta contradictorio admitir que la fecha de terminación de la construcción pueda acreditarse no solo por certificación del Ayuntamiento, sino también por certificación de técnico competente, acta notarial descriptiva de la finca o certificación catastral, e inmediatamente después exigir que se aporte con carácter previo el acto administrativo mediante el cual se declare la situación de fuera de ordenación. 3) Que la publicidad registral, en garantía de los terceros, es suficiente con la expresión, en el cuerpo de la inscripción y en la nota de despacho [cfr. art. 20.4.c) del Texto Refundido de la Ley del Suelo], de la forma en que se ha practicado la inscripción y de la notificación al Ayuntamiento. 4) Existiendo una manifestación formal del Ayuntamiento, en relación con la adecuación o no de la obra al planeamiento urbanístico, resultaría superfluo imponer al registrador que exija justificación de su antigüedad y que compruebe que el suelo no es demanial ni afectado por servidumbres de uso público. 5) Existiendo una manifestación formal previa del Ayuntamiento en relación con la adecuación o no de la obra al planeamiento urbanístico resultaría igualmente superflua e inútil la notificación de la inscripción realizada al Ayuntamiento, pues este no solo tiene ya conocimiento de la obra declarada, sino que ha dictado un acto administrativo expreso cuyo contenido se ha hecho constar en el Registro; y 6) Que con ello se posibilita la manifestación contenida en la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, de permitir el acceso al Registro de la Propiedad de los edificios fuera de ordenación, esto es, aquellos respecto de los cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes, logrando la protección de sus propietarios, en muchos casos, terceros adquirentes de buena fe, sin que ello signifique desconocer su carácter de fuera de ordenación y las limitaciones que ello implica, para lo cual será preciso que se aporte el correspondiente acto administrativo en el que se delimite su contenido.

8. Por otra parte si la Ley hubiera querido sujetar a previa fiscalización municipal la inscripción de obras nuevas cuya consolidación por antigüedad sea alegada, lo razonable es que hubiera previsto la posibilidad de la inscripción sobre la base de la presentación de la escritura de declaración de obra nueva,

de la justificación de su descripción adecuada a la realidad, y únicamente de la aportación de certificación municipal de la que resultara su situación adecuada al planeamiento o de fuera de ordenación, con expresión en este último caso de las limitaciones por razón de tal situación aplicables. Por el contrario, el legislador, como de forma reiterada se ha dicho, sigue exigiendo al registrador no solo que califique la antigüedad suficiente para considerar posible la prescripción de las acciones que pudieran provocar la demolición, sino, además, que compruebe que la edificación no se encuentra sobre suelo demanial o afectado por servidumbres de uso público, exigencias que solo tienen sentido si se pretende mantener el sistema que posibilita la inscripción sin necesidad de previa intervención municipal.

9. Lo expuesto lleva a este Centro Directivo a considerar más ajustada a la letra y contenido del artículo 20.4 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo, la interpretación apuntada, en la que se considera que el legislador ha querido, por un lado, mantener la posibilidad de resolver la discordancia entre la realidad física extrarregistral y el contenido del Registro sobre la base de la justificación ante el registrador de circunstancias de hecho (descripción y antigüedad de la obra e inexistencia de rastro registral de expedientes de disciplina urbanística) y sin necesidad de previa manifestación formal al Ayuntamiento y, por otro, reforzar la constancia y publicidad registral en la inscripción de obra nueva, tanto del hecho de que el Ayuntamiento ha sido notificado de la existencia de la obra a los efectos que procedan, como de la posible situación de fuera de ordenación en caso de que sea declarada, permitiendo el acceso al Registro de la Propiedad de este tipo de construcciones, logrando la protección de sus propietarios, en muchos casos, terceros adquirentes de buena fe, sin que ello signifique desconocer su carácter de fuera de ordenación y las limitaciones que ello implica, como se manifiesta en la Exposición de Motivos anteriormente citada.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación en los términos resultantes de los anteriores Fundamentos de Derecho.

Contra esta Resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 17 de enero de 2012.—El Director General de los Registros y del Notariado.

III. COMENTARIOS

1. PLANTEAMIENTO

La presente Resolución se enfrenta con determinación a un grave problema interpretativo que plantea el artículo 20 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo, en su redacción dada por el artículo 24 del Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa. Para decidir si la nueva norma es aplicable o no

al caso concreto, analiza previamente con detenimiento los problemas de derecho intertemporal o transitorio que se suscitan desde el momento en que se produce un cambio legislativo en el que se introducen nuevos requisitos para la realización de un acto jurídico; en este caso, la declaración de obra nueva. Una vez apreciada la necesidad de aplicación del nuevo contenido legal, el Centro Directivo distingue varios tiempos o momentos a los que ha de atenderse para solucionar la cuestión de fondo debatida en el recurso, que se centra en el apartado 4 del citado artículo 20 del Texto Refundido, y más concretamente en su letra *b*).

En los presentes comentarios vamos a exponer inicialmente los distintos aspectos temporales que inciden sobre la decisión adoptada por la Dirección General para después centrarnos en el análisis de la interpretación de la norma citada.

2. EL PROBLEMA DE DERECHO INTERTEMPORAL

La regulación de la inscripción de las declaraciones de obra nueva ha sufrido varios cambios importantes en nuestro ordenamiento jurídico a partir de la norma de limitado alcance que contenían tradicionalmente los artículos 208 de la Ley Hipotecaria y el 308 de su Reglamento. El primero de estos cambios se produjo con la promulgación de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo y el subsiguiente Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992. La nueva orientación normativa erigió a notarios y registradores en agentes del control de la legalidad urbanística en la realización de esta clase de negocios jurídicos: unos y otros debían exigir la acreditación de haberse obtenido la correspondiente licencia de obras y de la expedición por técnico competente de una certificación expresiva del ajuste de la edificación al proyecto (y, en su caso, de la terminación de la obra). El desarrollo reglamentario de esta norma se encomendó al Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las Normas Complementarias al Reglamento para la Ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística. Más tarde, el artículo 22 de la Ley del Suelo y Valoraciones de 1998 recogió la misma norma con algunas matizaciones menores (1), en tanto que las variaciones que introdujeron el artículo 20 del vigente Texto Refundido de la Ley del Suelo (conforme a la Ley del Suelo de 2007) y su posterior modificación por el Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, presentan mayor entidad (2).

Estas sucesivas modificaciones legales con introducción de nuevos requisitos ha suscitado dudas razonables sobre el régimen transitorio aplicable en el momento de producirse cada uno de estos cambios legislativos. En algunas ocasiones, como veremos, se establece por la nueva norma un régimen intertemporal específico, pero en el resto de los casos es necesario acudir a un criterio general acorde con el principio de irretroactividad de las normas consagrado en los artículos 9.3 de la Constitución y 2.3 del Código Civil. El criterio general ofrecido por la Dirección General en la Resolución que comentamos, con cita de otras, atiende al momento

(1) Seguida por la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, a la que se remite expresamente el artículo 20 del Texto Refundido vigente y cuyo contenido excede del objeto de estos comentarios.

(2) La redacción actual del precepto legal afecta sustancialmente al régimen contenido en los artículos 45 a 53 del Real Decreto 1093/1997, circunstancia que impone una aplicación cautelosa de los mismos hasta que sea formalmente modificado para su adaptación a la Ley.

de terminación de la obra y al de la intervención del funcionario correspondiente para la determinación de la normativa aplicable:

- a) Si la obra finaliza tras la entrada en vigor de la nueva ley, lógicamente, esta será la aplicable por el notario y el registrador.
- b) Lo mismo se entiende si la obra finalizó bajo el influjo de la ley anterior pero se pretende otorgar la escritura pública una vez entrada en vigor la nueva: el notario deberá exigir el cumplimiento de esta última.
- c) Por último, en el momento de la inscripción el registrador aplicará igualmente los requisitos introducidos por la nueva norma aunque la escritura de declaración de la obra se hubiera otorgado con anterioridad a la entrada en vigor de aquella y, por lo tanto, el notario no hubiera exigido el cumplimiento de aquellos requisitos.

Frente al expuesto régimen transitorio general, es posible que la nueva norma contemple un régimen especial que, lógicamente, prevalecerá sobre aquel. Es la previsión que hizo la Ley de Reforma de 1990, que fue la primera en superponer la normativa urbanística sobre la notarial e hipotecaria en materia de obra nueva exigiendo, como vimos, el otorgamiento de la licencia y la expedición de la certificación técnica. Esta profunda innovación frente a la normativa previamente aplicable, que era ajena al control de la legalidad urbanística, obligó al legislador a matizar el expresado régimen transitorio, en el sentido de exonerar de la aplicación de la citada Ley a las obras que hubieran finalizado al menos cuatro años antes de su entrada en vigor, según la interpretación que de su Disposición Transitoria 6.^a hizo la Dirección General en varias ocasiones (3).

Las novedades de esta norma transitoria de la Ley de 1990 y del Texto Refundido de 1992, apartándose del régimen general expuesto, afectaban exclusivamente a las obras terminadas antes de su entrada en vigor y eran las siguientes:

- a) Si la declaración se formalizaba estando ya en vigor la Ley de 1990 pero se refería a una obra terminada antes y se acreditaba fehacientemente que habían pasado más de cuatro años desde su finalización, el notario no podía exigir el cumplimiento de los nuevos requisitos introducidos por dicha Ley, pero faltando alguno de estos presupuestos, se imponía la íntegra aplicación de esta.
- b) En cuanto al momento de la presentación de la escritura en el Registro en los casos en que la obra tuviese aquella antigüedad, tampoco eran exigibles los nuevos requisitos, siempre y cuando concurriera otro presupuesto: que no constara anotación preventiva de haberse iniciado el correspondiente expediente de disciplina urbanística.

(3) Realmente esta norma se encontraba contenida en la Disposición Transitoria 8.^a de la citada Ley de Reforma de 1990. No obstante, fue suprimida por la discutible vía de la corrección de errores que no afectó sin embargo a la Disposición Transitoria 6.^a, que después se recogería en la Disposición Transitoria 5.^a del TRLS 92, según la cual: «Las edificaciones existentes a la entrada en vigor de la Ley 8/990, de 25 de julio, situadas en suelos urbanos o urbanizables, realizadas de conformidad con la ordenación urbanística aplicable o respecto de las que ya no proceda dictar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, se entenderán incorporadas al patrimonio de su titular». A pesar de la supresión de la primera, la Dirección General atribuyó a la segunda el mismo contenido, entre otras, en sus Resoluciones de 4 de febrero de 1992, 17 de junio de 1993, 4 de marzo de 1996, 1 de diciembre de 1998 y 3 de octubre de 2002.

El Real Decreto 1093/1997, frecuentemente denominado Reglamento Hipotecario Urbanístico, dio un valiente pero controvertido paso adelante al extraer estos criterios de sus iniciales límites de Derecho Transitorio, que estaban dirigidos exclusivamente a las obras terminadas antes de la Ley de 1990, para permitir por esta vía la inscripción de las obras que se fueran construyendo después, sin necesidad de licencia pero acreditando fehacientemente su terminación en fecha determinada y el transcurso del plazo necesario para la iniciación del correspondiente expediente de disciplina urbanística sin que la misma constara mediante anotación preventiva (4).

3. LA DECLARACIÓN DE OBRA ANTIGUA: EL MOMENTO EN QUE SE ENMARCA CADA UNO DE LOS REQUISITOS DEL ARTÍCULO 20.4 DEL TRLS

La Resolución que comentamos parte del criterio transitorio general para considerar aplicable el artículo 20.4 del Texto Refundido de la Ley del Suelo en su redacción dada por el artículo 24 del Real Decreto-Ley 8/2011 al supuesto de hecho por ella contemplado, en el que una escritura de declaración de obra nueva autorizada, antes de la entrada en vigor del segundo, se presentaba en el Registro con posterioridad a la misma.

Partiendo de ese presupuesto, la misma Resolución aborda, a la luz del nuevo precepto, la cuestión central que se suscita en el recurso, que versa sobre la interpretación del citado artículo 20.4 del Texto Refundido, en especial su letra *b*).

La problemática que se plantea se refiere a los requisitos de la inscripción, sin que sea necesario el concurso de la licencia de obras ni de los demás requisitos generales, a las que empiezan a conocerse como declaraciones de obra antigua, es decir, las relativas a las «construcciones, edificaciones e instalaciones respecto de las cuales ya no procede adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes». A los requisitos tradicionalmente exigidos por la Dirección General primero y por el Real Decreto de 1997 después, la letra *b*) del citado artículo 20.4 añade uno nuevo en lo que aquí interesa, del siguiente tenor: «El asiento de inscripción dejará constancia de la situación de fuera de ordenación en la que queda todo o parte de la construcción, edificación e instalación, de conformidad con el ordenamiento urbanístico aplicable. A tales efectos, será preciso aportar el acto administrativo mediante el cual se declare la situación de fuera de ordenación, con la delimitación de su contenido» (5). El registrador suspende la inscripción, entre otros defectos, por no haberse aportado dicho acto administrativo. De lo que se trata, por tanto, es de determinar si este requisito debe concurrir en el momento de la presentación del título en el Registro o si, por el contrario, puede cumplirse *a posteriori* como afirma el notario recurrente,

(4) Se llegó a hablar de extralimitación de la norma reglamentaria por no contar con la necesaria cobertura legal sobre este extremo. En este sentido se manifiestan CORVINOS BASECA, P., «La declaración de obra nueva, el derecho a la edificación y la disciplina urbanística», en *RDU*, núm. 265, pág. 1263; LÓPEZ FERNÁNDEZ, «Apuntes de “Jurisprudencia registral”», en *RDU*, núm. 189, pág. 1254, y GARCÍA MÁS, F. J., «Urbanismo: comentarios al Real Decreto 1093/1997 (...)», en *RCDI* núm. 645, pág. 336. Sin embargo, la Dirección General apoyó la extensión de esta norma realizada por el Real Decreto de 1997, entre otras, en su Resolución de 25 de agosto de 2008.

(5) Además de esta novedad, la letra *a*) exige al Registrador comprobar que el suelo no tiene carácter demanial ni está afectado por servidumbres de uso público general.

para quien basta con que el hecho de haberse practicado la inscripción de la declaración de obra nueva de edificación antigua sea notificado por el registrador a la Administración local para que esta pueda declarar mediante acto administrativo la concreta situación urbanística en que se encuentra la edificación o construcción y encargarse de hacerlo constar así en el Registro de la Propiedad.

La Resolución distingue, a estos efectos, dos momentos:

- 1.º) El momento anterior a la inscripción, en el que deben concurrir los requisitos de la letra *a*) del artículo 20.4, es decir, que se acredite fehacientemente (certificación expedida por el Ayuntamiento o por técnico competente, acta notarial descriptiva de la finca o certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca) la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título, y que el registrador compruebe la inexistencia de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística y que el suelo no tiene carácter demanial o está afectado por servidumbres de uso público general.
- 2.º) El momento posterior a la inscripción, en que el registrador dará cuenta al Ayuntamiento respectivo de haberse practicado, dejando constancia de esta notificación en la propia inscripción y en la nota de despacho, conforme a la letra *c*).

Queda, pues, por dilucidar si el requisito de la letra *b*) se enmarca en una fase o en otra, es decir, si debe ser previo a la inscripción o si por el contrario puede cumplirse en un momento posterior. Enfrentada a esta cuestión, la Resolución de 17 de enero de 2012 realiza un loable esfuerzo interpretativo para examinar el problema de manera exhaustiva acumulando múltiples argumentos para decantarse por la segunda opción. Nos parecen muy acertados algunos de los argumentos empleados, si bien no compartimos la decisión final adoptada.

A) *La situación de fuera de ordenación*

En los apartados 4, último párrafo, 5 y 6 se reflexiona sobre la situación de fuera de ordenación y al tratamiento que se le da en la Ley estatal al considerar, como veremos, que dificulta o impide en muchos casos el acceso al Registro de las edificaciones por esta vía (6).

En efecto, el Real Decreto-ley 8/2011 juega peligrosamente con sus propios límites competenciales al tratar de fijar un concepto global de las situaciones de fuera de ordenación. Así lo hace cuando equipara este concepto al de las denominadas edificaciones antiguas: la propia Exposición de Motivos de la norma declara expresamente que «se permite el acceso al Registro de la Propiedad de los edificios fuera de ordenación, esto es, aquellos respecto de los cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes» (7).

(6) Ya que será imposible que se deje constancia de la situación de fuera de ordenación del edificio cuando el edificio respete la ordenación pese a haberse construido sin licencia.

(7) Igualmente se evidencia esta pretendida equiparación en la propia letra *b*) del nuevo artículo 20.4 del Texto Refundido de la Ley del Suelo (introducido por el citado Real Decreto-ley y objeto de este comentario), al imponer la constancia registral de aquella situación en relación con la inscripción de las obras antiguas.

Pues bien, esta equiparación no es apropiada por varias razones. En primer lugar, no corresponde al Estado la delimitación conceptual de la situación de fuera de ordenación, sino que, como reconoce la Resolución que comentamos, es una materia reservada a la legislación autonómica. En segundo término, también acierta la Resolución en cuanto al fondo al expresar lo siguiente: «Parece con ello el legislador partir de la consideración de que la totalidad de las edificaciones cuya obra se declara sobre la base de su antigüedad se hallan total o parcialmente fuera de ordenación. Pero lo cierto es que no todas las declaraciones de obras antiguas se corresponden con edificaciones en situación de fuera de ordenación, pues no cabe duda, y de hecho ocurre con frecuencia, que sobre la base de su consolidación por antigüedad se declaran obras de edificaciones que están dentro de ordenación y en cuya inscripción, por tanto, no puede hacerse constar, no obstante el mandato legal, situación alguna de fuera de ordenación».

El concepto de fuera de ordenación de los edificios no es unívoco en el ordenamiento urbanístico español, sino que varía de unas comunidades autónomas a otras. Algunas utilizan una acepción amplia, al considerar que esta situación se produce en cualquier caso en que la edificación se haya verificado sin licencia (se ajuste o no lo construido al planeamiento), en tanto que en otras se emplea una fórmula más limitada, al exigir expresamente que se trate de edificaciones disconformes con el planeamiento. Por lo tanto, no puede el legislador estatal ignorar la competencia autonómica en esta materia y establecer un concepto general de esta situación. Si la obra que se intenta inscribir por esta vía, a pesar de tratarse de una edificación antigua en el sentido apuntado, no se encuentra dentro del concepto de fuera de ordenación, como sucederá en muchos casos, resulta inaplicable la exigencia de acreditar y constatar registralmente que lo está.

En definitiva, nos parece un error por parte del legislador la pretensión de partir de un concepto «universal» de la situación de fuera de ordenación en un intento de abarcar todos los supuestos de edificaciones antiguas, que acaso no se aviene con la legislación autonómica aplicable, lo que haría inoperante la aplicación de la nueva norma. La pretensión de superponer ese concepto impuesto al de edificación realizada sin licencia cuando ha prescrito (o caducado, según algunos) la potestad administrativa de reacción es inadecuada tanto por exceso como defecto, ya que la verdadera finalidad de las normas sobre inscripción de edificaciones antiguas surgió con total independencia del concepto de fuera de ordenación, a través de una fórmula que permitía inscribir un edificio construido sin la preceptiva licencia con abstracción de la legalidad o ilegalidad de la construcción y de su adecuación o no al planeamiento, pudiendo la Administración adoptar las medidas que fueran en cada caso procedentes, para lo que se estableció el deber del registrador de notificarle la inscripción practicada. La introducción en este planteamiento del concepto de fuera de ordenación es de difícil encaje, ya que un edificio puede hallarse en esta situación tanto si se construyó con licencia como sin ella, y tanto si ha transcurrido aquel plazo de restauración de la legalidad urbanística como si no. Paralelamente, un edificio puede inscribirse por la vía del artículo 20.4 con independencia de si se ajusta actualmente al planeamiento o no en el momento de la presentación. Si el edificio fue construido previa obtención de licencia, puede quedar fuera de ordenación merced a un cambio del planeamiento en vigor, de igual modo que el construido sin ella puede resultar conforme con la ordenación urbanística aplicable.

B) *La intervención administrativa*

La Resolución comentada se refiere a las distintas manifestaciones de la intervención administrativa en este proceso en los argumentos contenidos en el último párrafo del Fundamento de Derecho 7, subapartados 2), 4) y 5).

En primer lugar, no creemos que haya contradicción alguna en el hecho de que, por un lado, se admita que la fecha de terminación de la construcción pueda acreditarse no solo por certificación municipal, sino también por otros medios al margen de toda intervención del Ayuntamiento (certificación de técnico competente, acta notarial descriptiva de la finca o certificación catastral), al tiempo que, por otro, se exija que se aporte el acto administrativo mediante el cual se declare la situación de fuera de ordenación, toda vez que este acto administrativo es independiente de la determinación de la fecha de finalización de la obra, información esta a la que acaso no pueda acceder la Corporación. Por lo tanto, son perfectamente compatibles entre sí el documento en que conste el acto declarativo y el acreditativo de la fecha en la que se terminó de construir. Por eso, a nuestro juicio, la aportación del acto de declaración de la situación de fuera de ordenación no excluye que deba acreditarse la antigüedad de la obra, de igual modo que tampoco impide que el registrador, en su función calificadora y fiscalizadora, deba comprobar que el suelo no es demanial ni se encuentra afectado por servidumbres de uso público con los medios que le ofrece la legislación hipotecaria.

En segundo término, pese a lo que se afirma en la Resolución, no nos parece infundado que aun en el caso de considerarse exigible la presentación previa del documento administrativo declarativo de la irregular situación del edificio subsista la obligación del registrador de notificar al Ayuntamiento el hecho de haberse extendido la inscripción, porque aquella declaración es independiente de si se pretende o no inscribir la obra. Puede ocurrir que medie un amplio lapso de tiempo entre la declaración de fuera de ordenación y el momento de la inscripción, o que hayan cambiado radicalmente las previsiones del planeamiento que redunden en una nueva situación urbanística de la obra, o incluso que la finca en la que se construye no estuviera inmatriculada en el momento de iniciarse el expediente disciplinario o que por otro motivo no se hubiera hecho constar su iniciación mediante la correspondiente anotación preventiva (recordemos que esta anotación no era preceptiva con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 8/2011 y apenas se utilizaba).

C) *La interpretación «auténtica» de la nueva norma*

La Resolución que analizamos justifica también sus conclusiones en la interpretación que del nuevo artículo 20.4.b) del Texto Refundido de la Ley del Suelo nos ofrece, a su juicio, el propio legislador en su Exposición de Motivos. De ella parece deducir que solo si se considera que la aportación del acto declarativo de hallarse el edificio fuera de ordenación no es un requisito previo imprescindible para que pueda practicarse la inscripción «se posibilita la manifestación contenida en la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, de permitir el acceso al Registro de la Propiedad de los edificios fuera de ordenación, esto es, aquellos 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, logrando la protección

de sus propietarios, en muchos casos, terceros adquirentes de buena fe, sin que ello signifique desconocer su carácter de fuera de ordenación y las limitaciones que ello implica, para lo cual será preciso que se aporte el correspondiente acto administrativo en el que se delimite su contenido». Repárese en que este inciso final no figura en la Exposición de Motivos. En todo caso, no nos parece consistente este argumento ya que el mismo efecto protector se produce igualmente en el caso de aportación inicial del acto declarativo haciéndose constar su contenido en el cuerpo de la propia inscripción.

En consecuencia, a nuestro juicio la única conclusión que cabe extraer de la Exposición de Motivos es el error en que incurre el legislador estatal al tratar de identificar el supuesto de hecho tradicional de la norma (las edificaciones respecto de las cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición) con la situación de fuera de ordenación, tal y como ya hemos tenido ocasión de exponer, pero de ella no cabe extraer justificación alguna para atribuir a la norma un sentido diferente del que parece ofrecer.

D) *La literalidad de la norma y otros criterios hermenéuticos*

Transcribimos, a continuación, la redacción actual del controvertido artículo 20.4 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, con el fin de facilitar su análisis e interpretación:

«No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, 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, la constancia registral de la terminación de la obra se registrará por el siguiente procedimiento:

- a) Se inscribirán en el Registro de la Propiedad las escrituras de declaración de obra nueva que se acompañen de certificación expedida por el Ayuntamiento o por técnico competente, acta notarial descriptiva de la finca o certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en las que conste la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título. A tales efectos, el Registrador comprobará la inexistencia de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca objeto de la construcción, edificación e instalación de que se trate y que el suelo no tiene carácter demanial o está afectado por servidumbres de uso público general.
- b) El asiento de inscripción dejará constancia de la situación de fuera de ordenación en la que queda todo o parte de la construcción, edificación e instalación, de conformidad con el ordenamiento urbanístico aplicable. A tales efectos, será preciso aportar el acto administrativo mediante el cual se declare la situación de fuera de ordenación, con la delimitación de su contenido.
- c) Los Registradores de la Propiedad darán cuenta al Ayuntamiento respectivo de las inscripciones realizadas en los supuestos comprendidos en los números anteriores, y harán constar en la inscripción y en la nota de despacho la práctica de dicha notificación».

Dado que la letra *b*) extiende a cualquier supuesto la constancia del carácter de fuera de ordenación (porque no dice que se hará constar «en su caso»), en principio no sería de aplicación a los frecuentes casos en los que la obra antigua no se encuentre en esa situación. Con el fin de salvar la aplicabilidad de la norma, la Dirección General viene a decir que si el interesado aporta el acto administrativo del que resulte que el edificio está en esa situación de fuera de ordenación, se hará constar en la inscripción, pero que si no se aporta no hay inconveniente en que la obra se inscriba a pesar de no concurrir ese requisito: «El apartado *b*) puede ser cumplido con carácter previo, si por ejemplo, se aporta junto con la certificación del Ayuntamiento en la que conste la terminación de la obra en fecha determinada, el acto administrativo en el que se declare la situación de fuera de ordenación, con la delimitación de su contenido; y posterior puede ser en el caso de que la terminación de la obra en fecha determinada se justifique por acta notarial, certificado de técnico competente o certificación catastral». Se dice que «basta con notificar a la Administración Local la inscripción de la declaración de obra nueva de edificación antigua, quien deberá declarar, mediante acto administrativo, la concreta situación urbanística en que se encuentra la edificación o construcción y hacerlo constar en el Registro de la Propiedad posteriormente a la inscripción ya practicada».

No compartimos este criterio, que presupone entender que la norma tiene carácter dispositivo para el interesado, quien sería libre de presentar o no el citado acto administrativo. A nuestro juicio, la declaración administrativa sobre la situación urbanística del edificio (o al menos la justificación de haberlo solicitado, según veremos) debe aportarse en todo caso porque se trata de una norma imperativa; además, dicha aportación debe realizarse por el interesado como requisito necesario para que pueda practicarse la inscripción, reflejándose además en esta misma inscripción y no en otro asiento posterior extendido a solicitud del Ayuntamiento. Así se deduce, entre otros extremos, del encabezamiento de la letra *b*) del artículo transcrito: tras referirse la letra *a*) a un asiento concreto, que es el de «inscripción» de la «escritura de declaración de obra nueva», añade la letra *b*) que «el asiento de inscripción dejará constancia de la situación de fuera de ordenación (...)». Por lo tanto, no contempla «un» asiento cualquiera, sino «el» mismo asiento al que antes se acaba de referir, que es el de inscripción de la declaración de obra. Y si exige que sea en «ese» mismo asiento en el que se ha de reflejar la peculiar situación del edificio fuera de ordenación, es evidente que para que aquel pueda practicarse es necesario presentar, además de los documentos tradicionalmente requeridos, el acto del que tal situación resulte.

Se trata además, como decimos, de una norma imperativa («dejará constancia»; «será preciso aportar...»), por lo que queda fuera del poder de disposición del propietario de la finca decidir si obtiene o no el acto administrativo o si, teniéndolo en su poder, lo aporta o no. En consecuencia, no creemos que se trate de una regla dirigida al Ayuntamiento para el caso de que el propietario, haciendo uso de una potestad que supuestamente tiene atribuida, decida no acompañar el documento administrativo en cuestión.

Lo mismo resulta si aplicamos otros criterios hermenéuticos, como el sistemático, de donde resulta que la letra *b*) debe interpretarse conjuntamente con las restantes. Apartándonos del razonamiento que utiliza la Resolución que comentamos, creemos que no cabe distinguir entre un momento anterior y otro posterior a la inscripción para encasillar cada una de las letras a las que se refiere el precepto, sino que todas ellas son coetáneas a la inscripción. Así, la letra *a*) se refiere al momento de la inscripción, en el que el registrador, previa calificación favorable

de los documentos presentados y comprobación de los extremos precedentes, accede a la práctica del asiento solicitado. Ya hemos visto que la letra *b*) va referida al mismo momento, pues el registrador hará constar en esa inscripción, y no en cualquier otra, la situación urbanística del edificio. La letra *c*) tampoco se refiere en puridad a un momento posterior a la inscripción, pues es en este mismo asiento en el que debe hacerse constar la circunstancia de haberse practicado la notificación al Ayuntamiento (junto con la nota de despacho); en todo caso se trataría del momento inmediatamente posterior, que quedaría englobado en el conjunto de actos que conforman el concepto amplio de inscripción.

En cuanto al elemento finalista o teleológico, ya hemos dicho que no compartimos la tesis de la Dirección General en cuanto a que la Exposición de Motivos expresa la finalidad de la norma en el sentido pretendido por la Resolución. Esta finalidad no hay que buscarla allí (que entendemos incurre en un evidente error), sino sencillamente en el primer párrafo del propio artículo 20.4 del Texto Refundido: al expresar la norma que «la constancia registral de la terminación de la obra se regirá por el siguiente procedimiento (...)», está enmarcando su propia finalidad, que no es otra que establecer el procedimiento a seguir para la inscripción en la que conste la obra, sin referencia a ningún asiento posterior en que pudiera reflejarse la situación de fuera de ordenación.

Por último, el elemento lógico también se resiente si de él pretendemos extraer la solución adoptada por la Resolución, porque cae en la paradoja de que la aplicación de esa tesis, que trata, como vimos, de preservar la aplicabilidad de la norma (8), precisamente supone ignorar el contenido de esta, si es que se permite, como se pretende, que el registrador inscriba la declaración de obra tanto si se aporta el acto administrativo como si no. Esto equivaldría a entender no ya que el precepto fuera de difícil aplicación (o imposible en algunos casos), sino que es superfluo y debe tenerse por no existente, porque la solución que preconiza la Resolución era exactamente la misma que se aplicaba bajo el texto anterior a la reforma, en el que no se hacía referencia alguna a la situación urbanística del edificio ni se exigía, por tanto, declaración administrativa alguna en ese sentido como requisito previo para la inscripción.

V. CONCLUSIONES

De lo expuesto hasta aquí podemos extraer las siguientes conclusiones:

- 1.^a) La Exposición de Motivos incurre en un evidente error al tratar de establecer una equivalencia entre la situación de fuera de ordenación y la de los edificios construidos sin licencia pero respecto de los que no cabe acción administrativa restauradora por el transcurso del plazo legal para su ejercicio. Esto excluye, naturalmente, los supuestos en que la infracción sea de tal gravedad que no pueda sanarse por el transcurso del tiempo, como sucedería, por ejemplo, si la edificación se ha erigido sobre una zona verde.
- 2.^a) Pese a ello, lo cierto es que el artículo 20.4.b) recoge una norma de carácter imperativo, al exigir la presentación del acto administrativo relativo a la situación urbanística del edificio como requisito para que pueda accederse a la inscripción.

(8) Porque, como vimos, puede ocurrir que el edificio no esté fuera de ordenación.

- 3.^a) A nuestro juicio, la modificación operada por el Real Decreto-Ley de 2011, no es tan superflua como parece insinuar la interpretación realizada por la Resolución, la cual aplica un régimen idéntico al existente antes de la reforma al interpretar que cabe la inscripción de la obra antigua aun sin aportar documento administrativo alguno y sin entrar a juzgar si en el caso concreto se encuentra fuera de ordenación o amparada por esta.
- 4.^a) Es evidente que la exigencia de constancia registral de «la situación de fuera de ordenación en la que queda todo o parte de la construcción, edificación e instalación» solo tiene sentido en los casos en que, concurriendo efectivamente esta situación, se obtenga la correspondiente declaración administrativa de la que así resulte. Pero, ¿qué sucede en otro caso?

Para salvaguardar la aplicación de la nueva norma habría que conciliarla con la normativa urbanística autonómica que resulte de aplicación, en particular con la regulación del procedimiento de legalización de las obras realizadas sin licencia o apartándose de la concedida. En el supuesto que nos ocupa, es decir, si desde la finalización de las obras ha transcurrido el plazo para el ejercicio de la potestad disciplinaria de la Administración, cuando esta tenga noticia de la construcción ya no podrá exigir al interesado que solicite la legalización de la obra o que la ajuste a la licencia. Pero nada impide que, transcurrido aquel plazo, pueda el titular solicitar a la Administración que declare que la obra se acomoda al planeamiento en vigor o que, en su defecto, se encuentra fuera de ordenación. Hecha la anterior solicitud, cabe distinguir las siguientes hipótesis:

- a) Si la Administración declara que el edificio se encuentra fuera de ordenación, el interesado deberá aportar dicha declaración para que pueda practicarse la inscripción, cumpliéndose así la previsión del artículo 20.4.b).
- b) Si la Administración declara que la obra es conforme con la ordenación, sería inscribible con mayor razón, porque esta declaración administrativa sería equivalente a los actos de conformidad, aprobación o autorización administrativa que exige como regla general el apartado 1 del artículo 20 del Texto Refundido.
- c) Si se declara que la infracción no puede subsanarse por el transcurso del tiempo, por ejemplo, por afectar a bienes de dominio público, la Administración debería además iniciar inmediatamente el correspondiente expediente de disciplina urbanística y hacerlo constar mediante anotación preventiva, hoy preceptiva, lo que imposibilitaría la ulterior inscripción.
- d) Por último, si la Administración no se pronuncia expresamente sobre lo solicitado dentro del plazo a tal efecto establecido en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ni inicia expediente disciplinario alguno, creemos que ello no debería ser obstáculo para la inscripción. El interesado podría interponer el recurso procedente, cuya resolución daría lugar a una de las situaciones previstas en los tres apartados anteriores. Pero a nuestro juicio no debería ser necesario recurrir a ese extremo porque el dueño cumpliría con la diligencia que le era exigible mediante la comunicación a la Administración de la existencia de la obra y la solicitud de declaración sobre su situación urbanística (si bien, en este caso, quizá lo más prudente sería exigirle que lo acreditara acompañando el escrito en que constara esa solicitud con el sello de entrada correspondiente). Pero no debería

ser obstáculo para la inscripción la grave negligencia en que incurriría la Administración si no se hubiera pronunciado sobre la solicitud ni hubiera iniciado y anotado el oportuno expediente disciplinario. No puede perderse de vista que, para minimizar cualquier riesgo, la norma impone al registrador, por un lado, el deber de comprobar previamente que no existe aquella anotación preventiva y que el suelo no tiene carácter demanial ni está afectado por servidumbres de uso público general, y, por otro, el de notificar al Ayuntamiento la práctica de la inscripción, por lo que siempre quedará a salvo la posibilidad de reacción administrativa ulterior en los casos en que, pese a todas las cautelas previstas, resultara procedente.

RESUMEN

*OBRA NUEVA
DERECHO TRANSITORIO
CALIFICACIÓN REGISTRAL*

Se analizan dos manifestaciones del factor tiempo en relación con la declaración de obra nueva: la aplicación de las normas de Derecho Transitorio y el momento al que ha de atenderse en la calificación registral del título presentado.

ABSTRACT

*NEW CONSTRUCTION
TRANSITIONAL RIGHT
SCRUTINY FOR REGISTRATION*

Two embodiments of the time factor are analyzed in connection with declarations of new construction: the application of the rules of transitional law and the time that must be flagged in the registrar's scrutiny of the submitted title.

ACTUALIDAD JURÍDICA

I. Información legislativa

NORMAS ESTATALES

CORTES GENERALES

— Resolución de 25-1-2012. Modifica el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Defensor del Pueblo.

— Resolución de 8-3-2012. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 4/2012, de 24-2-2012, por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales.

— Resolución de 8-3-2012. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 3/2012, de 10-2-2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

— Resolución de 29-3-2012. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 5/2012, de 5-3-2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

— Resolución de 29-3-2012. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 6/2012, de 9-3-2012, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.

— Resolución de 29-3-2012. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 7/2012, de 9-3-2012, por el que se crea el fondo para la financiación de los pagos a proveedores.

— Resolución de 29-3-2012. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 8/2012, de 16-3-2012, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio.

— Resolución de 29-3-2012. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 9/2012, de 16-3-2012, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital.

— Resolución de 12-4-2012. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 10/2012, de 23-3-2012, por el que se modifican determinadas normas financieras en relación con las facultades de las Autoridades Europeas de Supervisión.

— Resolución de 12-4-2012. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 12/2012, de 30-3-2012, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público.

— Resolución de 25-4-2012. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista.

JEFATURA DEL ESTADO

— Ley Orgánica 1/2012. 3-4-2012. Excluye del ámbito de aplicación de la Disposición Adicional de la Ley Orgánica 3/2006, de 26 de mayo, de reforma de la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, a determinados mecanismos de financiación.

— Ley Orgánica 2/2012. 27-4-2012. Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

— Real Decreto-ley 5/2012. 5-3-2012. Mediación en asuntos civiles y mercantiles.

— Real Decreto-ley 6/2012. 9-3-2012. Medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.

— Real Decreto-ley 7/2012. 9-3-2012. Crea el Fondo para la financiación de los pagos a proveedores.

— Real Decreto-ley 8/2012. 16-3-2012. Contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio.

— Real Decreto-ley 9/2012. 16-3-2012. Simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital.

— Real Decreto-ley 10/2012. 23-3-2012. Modifica determinadas normas financieras en relación con las facultades de las autoridades europeas de supervisión.

— Corrección de errores. Real Decreto-ley 10/2012. 23-3-2012. Modifica determinadas normas financieras en relación con las facultades de las autoridades europeas de supervisión.

— Real Decreto-ley 12/2012. 30-3-2012. Introduce diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público.

— Real Decreto-ley 13/2012. 30-3-2012. Transpone directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista.

— Real Decreto-ley 14/2012. 20-4-2012. Medidas urgentes de racionalización del gasto público en el ámbito educativo.

— Real Decreto-ley 15/2012. 20-4-2012. Modifica el régimen de administración de la Corporación RTVE, previsto en la Ley 17/2006, de 5 de junio.

— Real Decreto-ley 16/2012. 20-4-2012. Medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

PRESIDENCIA DEL GOBIERNO

— Real Decreto 447/2012. 1-3-2012. Modifica el Real Decreto 1823/2011, de 21-12-2011, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales.

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

— Real Decreto 451/2012. 5-3-2012. Regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades.

— Real Decreto 526/2012. 16-3-2012. Regula el régimen del Comisionado del Gobierno para la Reconstrucción y Reactivación Económica de la Zona de Lorca.

— Orden 467/2012. 9-3-2012. Publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2-3-2012, por el que se establecen obligaciones de servicio público al prestador del servicio postal universal en las elecciones al Parlamento de Andalucía y a la Junta General del Principado de Asturias.

— Orden 773/2012. 16-4-2012. Publica el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de 1 de marzo de 2012, para la puesta en marcha del mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las Entidades Locales.

— Orden 774/2012. 16-4-2012. Publica el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de 22 de marzo de 2012, para la puesta en marcha del mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las Comunidades Autónomas.

— Resolución de 9-4-2012. Publica la Resolución de 23 de febrero de 2012, de la Presidencia del Instituto Nacional de Estadística y de la Dirección General de Coordinación de Competencias con las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, sobre instrucciones técnicas a los Ayuntamientos sobre gestión y revisión del padrón municipal.

— Corrección de errores. Real Decreto 1498/2011. 21-10-2011. En ejecución de sentencia, se integran en la Administración del Estado los medios personales y materiales traspasados a la Comunidad Autónoma de Andalucía por el Real Decreto 1666/2008, de 17-10-2008.

MINISTERIO DE JUSTICIA

— Resolución de 29-2-2012. Modifica el Anexo III de la Orden JUS 1698/2011, de 13-6-2011, por la que se aprueba el modelo para la presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales consolidadas.

— Resolución de 29-2-2012. Modifica el Anexo III de la Orden JUS 206/2009, de 28-1-2009, por la que se aprueban nuevos modelos para la presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales de los sujetos obligados a su publicación.

— Resolución de 1-3-2012. Aprueba las modificaciones introducidas en el modelo de contrato de financiación a comprador de bienes muebles, letras «F-BFS», utilizado por la entidad «Banco Finantia Sofinloc, S. A.».

— Resolución de 1-3-2012. Convoca Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, vacantes, para su provisión en concurso ordinario número 284.

— Resolución de 2-3-2012. Convoca concurso de determinados RRPP.

— Resolución de 2-3-2012. Aprueba las modificaciones introducidas en el modelo de contrato de financiación a comprador de bienes muebles, letras «F-SOF», utilizado por la entidad «Sofinloc Instituição Financiera de Crédito, S. A.», Sucursal en España.

— Resolución de 15-3-2012. Aprueba las listas provisionales de admitidos y excluidos para tomar parte en la oposición libre para obtener el título de Notario, convocada por Resolución de 23-11-2011.

— Resolución de 23-3-2012. Amplía el plazo de presentación de solicitudes para participar en el concurso de traslados número 284 entre Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD

— Real Decreto 456/2012. 5-3-2012. Aprueba el Programa anual 2012 del Plan Estadístico Nacional 2009-2012.

MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

— Real Decreto 452/2012. 5-3-2012. Desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Fomento y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30-12-2011, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

— Corrección de errores. Real Decreto 452/2012. 5-3-2012. Desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Fomento y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30-12-2011, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

— Real Decreto 453/2012. 5-3-2012. Desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30-12-2011, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

— Orden 400/2012. 27-2-2012. Fijan umbrales relativos a las estadísticas de intercambios de bienes entre Estados miembros de la UE para el año 2012.

— Orden 537/2012. 9-3-2012. Aprueban el modelo de certificado individual, el modelo para su solicitud y el modelo de plan de ajuste, previstos en el Real Decreto-ley 4/2012, de 24-2-2012, por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales.

— Orden 583/2012. 20-3-2012. Publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16-3-2012, por el que se aprueba el plan de reestructuración y racionalización del sector público empresarial y fundacional estatal.

— Orden 637/2012. 20-3-2012. Reduce para 2011 y 2012 los módulos aplicables en el método de estimación objetiva del IRPF y en el régimen especial simplificado del IVA como consecuencia de los movimientos sísmicos acaecidos el 11-5-2011 en Lorca (Murcia).

— Orden 638/2012. 26-3-2012. Aprueban los modelos de declaración del IRPF y del IP, ejercicio 2011, se determinan el lugar, forma y plazos de presentación de los mismos, se establecen los procedimientos de obtención o puesta a disposición, modificación y confirmación o suscripción del borrador de declaración del IRPF, y se determinan las condiciones generales y el procedimiento para la presentación de ambos por medios telemáticos o telefónicos.

— Resolución de 24-2-2012. Publica la revocación de los NIF que figuran en el anexo.

— Resolución de 24-2-2012. Aprueba las directrices generales del Plan Anual de Control Tributario y Aduanero de 2012.

COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES

— Resolución de 28-2-2012. Modifica el Anexo I de la Resolución de 16-11-2011, por la que se crea y regula el Registro Electrónico de la CNMV.

BANCO DE ESPAÑA

— Circular 1/2012. 29-2-2012. A los proveedores de servicios de pago, sobre normas para la comunicación de las transacciones económicas con el exterior.

— Circular 2/2012. 29-2-2012. Modificación de la Circular 4/2004, de 22-12-2004, a entidades de crédito sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros.

— Corrección de errores. Circular 2/2012. 29-2-2012. Modificación de la Circular 4/2004, de 22-12-2004, a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros.

— Resolución de 1-3-2012. Hace públicos determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución de 20-3-2012. Hacen públicos determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Corrección de errores. Resolución de 26-1-2012. Publica la relación de entidades participantes (asociadas y representadas) a 23-1-2012 en el Sistema Nacional de Compensación Electrónica.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

— Orden 487/2012. 8-3-2012. Vigencia transitoria de determinados artículos del Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, aprobado por Real Decreto 801/2011, de 10-6-2011.

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN

— Declaración de Aceptación por España de la adhesión de la República Gabonesa al Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25-10-1980.

— Enmiendas al Estatuto de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, hecho en La Haya el 31-10-1951, adoptadas por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en su vigésima reunión celebrada en La Haya el 30-6-2005 y Texto consolidado de dicho Estatuto.

MINISTERIO DE FOMENTO

— Resolución de 15-2-2012. Comisión Nacional del Sector Postal, por la que se crea la sede electrónica del organismo.

— Resolución de 5-3-2012. SEPES, Entidad Pública Empresarial de Suelo, por la que se publica la creación y regulación de la sede electrónica y el registro electrónico.

— Corrección de errores. Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5-9-2011. Aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

— Corrección de errores. Real Decreto 1492/2011. 24-10-2011. Aprueba el Reglamento de valoraciones de la Ley del Suelo.

MINISTERIO DE INDUSTRIA, ENERGÍA Y TURISMO

— Orden 557/2012. 14-3-2012. Actualizan los Anexos del Real Decreto 957/2002, de 13-9-2012, por el que se regulan las inspecciones técnicas en carretera de los vehículos industriales que circulan en territorio español.

— Resolución de 30-3-2012. Fija las cantidades de carbón, el volumen máximo de producción y los precios de retribución de la energía para el segundo trimestre del año 2012 a aplicar en el proceso de resolución de restricciones por garantía de suministro.

MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD

— Orden 499/2012. 24-2-2012. Resuelve el procedimiento para la concesión del distintivo «Igualdad en la empresa» correspondiente al año 2011.

MINISTERIO DE DEFENSA

— Real Decreto 600/2012. 30-3-2012. Declara zona de interés para la Defensa Nacional el Campo Nacional de Maniobras y Tiro de Pájara (Fuerteventura).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

— Sentencia 15/2012. 13-2-2012. Recurso de amparo 3313-2007. Promovido por doña E. G. D. y otras personas en relación con el Auto de un Juzgado de lo Mercantil de Palma, que dejaba sin efecto su intervención como parte en la sección de calificación de un concurso de acreedores. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso a la justicia): resolución judicial que, soslayando las previsiones legales, deniega la personación en la pieza de calificación a quienes, por ser trabajadores de la empresa concursada, ostentan un interés legítimo.

— Sentencia 19/2012. 15-2-2012. Recurso de inconstitucionalidad 1046-1999. Interpuesto por 89 Diputados del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados en relación con diversos preceptos de la Ley 40/1998, de 9-12-1998, del IRPF y otras normas tributarias. Principios de interdicción de la arbitrariedad y seguridad jurídica, igualdad, progresividad y capacidad económica en materia tributaria, supletoriedad del Derecho estatal: inconstitucionalidad del requisito de la convivencia en la reducción por el mínimo familiar por descendientes.

— Sentencia 20/2012. 16-2-2012. Cuestión de inconstitucionalidad 647-2004. Planteada por el Juzgado de Primera Instancia, número 8 de A Coruña, en relación con el apartado segundo del artículo 35.Siete de la Ley 53/2002, de 30-12-2002, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Derecho a la tutela judicial sin indefensión: constitucionalidad del precepto legal que supedita la tramitación de las demandas presentadas por personas jurídicas con ánimo de lucro sujetas al impuesto sobre sociedades y que superen una determinada facturación anual al abono de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el orden civil.

— Sentencia 25/2012. 27-2-2012. Recurso de amparo 298-2011. Promovido por D. J. R. R. frente a la SAP de Málaga que declaró prescrita la acción de responsabilidad extracontractual ejercitada contra una junta de compensación urbanística. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (incongruencia): Sentencia que deja sin respuesta una alegación sustancial relativa a la concreción del momento inicial del plazo de prescripción.

— Cuestión de inconstitucionalidad 127-2012. En relación con los apartados 2 y 3 del artículo 132 de la Ley 30/1992, de 26-11-1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común por posible vulneración de los artículos 9 y 103 de la CE.

— Recurso de inconstitucionalidad 1383-2004. Contra el apartado 4 del artículo 38 y artículo 189.2, párrafo primero, del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción dada por el artículo 1.2 y artículo 19.3, respectivamente, de la Ley 52/2003, de 10-12-2003, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social.

TRIBUNAL SUPREMO

— Sentencia de 7-12-2011. Fija la siguiente doctrina legal: «La utilización por la Administración Tributaria del medio de comprobación de valores previsto en el apartado g) del artículo 57.1 de la Ley 58/2003, de 17-12-2011, General Tributaria («Valor asignado para la tasación de las fincas hipotecadas en cumplimiento de lo previsto en la legislación hipotecaria»), en la redacción dada por la Ley 36/2006, de 29-11-2006, no requiere ninguna carga adicional para aquella respecto a los demás medios de comprobación de valores, por lo que no viene obligada a justificar previamente que el valor asignado para la tasación de las fincas hipotecadas coincide con el valor ajustado a la base imponible del impuesto, ni la existencia de algún elemento de defraudación que deba corregirse».

— Sentencia de 7-2-2012. Declara inaplicables el artículo 2, apartado 5, y la Disposición Transitoria 2.^a, último párrafo, del Real Decreto-ley 6/2009, de 30-4-2009, así como las Disposiciones Adicionales segunda y tercera de la Orden ITC 1723/2009.

JUNTA ELECTORAL CENTRAL

— Instrucción 1/2012, de 15-3-2012. Modificación de la Instrucción 12/2007, de 25-10-2007, de la Junta Electoral Central, sobre interpretación del apartado 2 del artículo 96 de la Ley Orgánica 2/2011, de 29-1-2011, del Régimen Electoral General, relativo a las alteraciones en las papeletas de votación invalidantes del voto emitido por el elector.

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ANDALUCÍA

— Decreto 54/2012. 6-3-2012. Aprueba el Reglamento Orgánico de las Residencias Escolares de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

— Decreto 59/2012. 13-3-2012. Regula la organización y funcionamiento del Registro de Voluntades Vitales Anticipadas de Andalucía.

— Decreto 66/2012. 13-3-2012. Crea y regula el Censo de Asociaciones en Salud de Andalucía.

— Decreto 69/2012. 20-3-2012. Aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de los Institutos de Medicina Legal de la Comunidad Autónoma de Andalucía, del Consejo Andaluz de Medicina Legal y Forense y de la Comisión de Coordinación de los Institutos de Medicina Legal.

— Decreto 70/2012. 20-3-2012. Regula el Censo de Dehesas de Andalucía.

— Orden 16-3-2012. Regula las declaraciones informativas de los Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles en relación con los tributos cedidos a la Comunidad Autónoma de Andalucía.

— Corrección de errores. Ley 2/2012. 30-1-2012. Modificación de la Ley 7/2002, de 17-12-2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía.

ARAGÓN

— Ley 2/2012. 23-2-2012. Modificación de la Ley 5/2011, de 10-3-2011, del Patrimonio de Aragón.

— Ley 3/2012. 8-3-2012. Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón.

— Decreto 44/2012. 21-2-2012. Modifica el Decreto 320/2011, de 27-9-2011, del Gobierno de Aragón, por el que se establece la estructura orgánica del Departamento de Hacienda y Administración Pública.

— Decreto 57/2012. 7-3-2012. Regula el Registro General de Convenios de la Comunidad Autónoma de Aragón.

— Corrección de errores. Ley 1/2012. 20-2-2012. Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2012.

ASTURIAS

— Acuerdo de 23-2-2012. Nombra Notarios.

CANARIAS

— Resolución de 22-2-2012. Establece la fecha de entrada en funcionamiento de la aplicación del procedimiento de presentación en entidades colaboradoras previsto en la Orden 27-5-2010 a los modelos 043, 044, 045 y 046 de

autoliquidación de la tasa fiscal sobre el juego, a los modelos 610, 615 y 630 de autoliquidación del ITP y AJD y del modelo 755 de liquidación derivada de acta de inspección.

CASTILLA-LA MANCHA

— Ley 12/2011. 3-11-2011. Supresión del Defensor del Pueblo de Castilla-La Mancha.

— Ley 13/2011. 3-11-2011. Supresión del Consejo Económico y Social de Castilla-La Mancha.

— Ley 14/2011. 1-12-2011. Concede suplementos de crédito por importe de 1.533.959.490,82 €, para atender obligaciones de diversas Consejerías de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

— Orden 12-3-2012. Complementa las tablas de precios medios de venta de vehículos, aprobadas por el Ministerio de Economía y Hacienda, para su utilización en los actos de aplicación de los tributos en el IS y D y en el ITP y AJD.

CASTILLA Y LEÓN

— Orden 1670/2011. 29-12-2011. Modifica el Anexo de la Orden PAT 136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 1671/2011. 29-12-2011. Modifica el Anexo de la Orden PAT 136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 112/2012. 7-3-2012. Aprueba el Modelo de Autoliquidación y las Normas de Gestión del Impuesto sobre la Afección Medioambiental causada por Determinados Aprovechamientos del Agua Embalsada por los Parques Eólicos y por las Instalaciones de Transporte de Energía Eléctrica de Alta Tensión.

— Corrección de errores. Ley 1/2012. 28-2-2012. Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

CATALUÑA

— Ley 4/2012. 5-3-2012. Recurso de casación en materia de Derecho Civil de Cataluña.

— Ley 5/2012. 20-3-2012. Medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos.

— Ley 10/2011. 29-12-2011. Simplificación y mejoramiento de la regulación normativa.

— Corrección de erratas. Ley 1/2012. 22-2-2012. Presupuestos de la Generalidad de Cataluña para 2012.

— Corrección de erratas. Ley 2/2012. 22-2-2012. Modificación de varias leyes en materia audiovisual.

— Corrección de erratas. Ley 3/2012. 22-2-2012. Modificación del Texto Refundido de la Ley de Urbanismo, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2010, de 3-8-2010.

— Corrección de erratas. Decreto 414/2011. 13-12-2011. Aprueba el Reglamento del IS y D.

GALICIA

— Ley 1/2012. 29-2-2012. Medidas temporales en determinadas materias del empleo público de la Comunidad Autónoma de Galicia.

— Decreto 82/2012. 23-2-2012. Modifica el Decreto 325/2009, de 18-6-2009, de estructura orgánica de los órganos superiores dependientes de la Presidencia de la Xunta de Galicia.

MURCIA

— Resolución de 20-2-2012. Ordena la publicación del acuerdo del Consejo de Gobierno sobre nombramiento de Registradores, de fecha 17-2-2012.

NAVARRA

— Ley Foral 3/2012. 14-3-2012. Prolonga la vigencia y se modifica la Ley Foral 16/2008, de 24-10-2008, del Plan de Inversiones Locales para el periodo 2009-2012.

— Decreto Foral 11/2012. 29-2-2012. Modifica la plantilla orgánica de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos autónomos.

— Decreto Foral 16/2012. 14-3-2012. Deroga el artículo 59 del Decreto Foral 4/2006, de 9-1-2006, por el que se regulan las actuaciones protegibles en materia de vivienda y el fomento de la edificación residencial.

PAÍS VASCO

— Ley 4/2012. 23-2-2012. Lan Harremanen Kontseilua/Consejo de Relaciones Laborales.

— Ley 5/2012. 23-2-2012. Entidades de Previsión Social Voluntaria.

— Ley 6/2012. 1-3-2012. Modifica el Texto Refundido de la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco, la Ley de Control Económico y Contabilidad de la Comunidad Autónoma de Euskadi y la Ley del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas, para la regulación de las entidades participadas o financiadas mayoritariamente por el sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

— Decreto 5/2012. 24-2-2012. Tercera modificación del Decreto de creación, supresión y modificación de los Departamentos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco y de determinación de funciones y áreas de actuación de los mismos.

— Decreto 21/2012. 21-2-2012. Administración Electrónica.

— Resolución de 21-3-2012. Dispone la publicación del Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración del Estado-Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco en relación con el Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit.

— Corrección de errores. Ley 1/2012. 2-2-2012. Autoridad Vasca de la Competencia.

II. Información de actividades

ARAGÓN

Los días 15, 16 y 17 de marzo tuvo lugar el SEMINARIO: *LA LEGISLACIÓN SOBRE INSOLVENCIAS EN LA ACTUAL CRISIS FINANCIERA*, organizado por la Unión Internacional de Abogados.

* * *

El día 20 de marzo, dentro de la inauguración del 30.º Curso sobre la Unión Europea que organiza la Cátedra Alonso V de Aragón (perteneciente a

la Institución Fernando el Católico), doña Isabel TOCINO, exministra de Medio Ambiente del Gobierno de España y miembro del Comité de Honor del Real Instituto de Estudios Europeos, impartió la CONFERENCIA: *ESPAÑA HOY, PILAR DE LA NUEVA EUROPA*.

* * *

Los días 12 y 13 de abril, en el centro de la UNED en Calatayud, tuvo lugar la XIX CONFERENCIA DE DECANOS DE LAS FACULTADES DE DERECHO DE ESPAÑA.

En el acto de apertura los asistentes fueron recibidos por la Presidenta de la Conferencia, doña Ana Rosa MARTÍN, el Alcalde de Calatayud, don José Manuel ARANDA, y el Director de la UNED, don Julio FUENTES.

Las sesiones de trabajo se centraron en la nueva legislación que regula el acceso a las profesiones de abogado y procurador de los Tribunales. A las Jornadas asistieron personalidades del mundo del Derecho, como el Presidente del CGAE, don Carlos CARNICER; el Presidente del Consejo General de Procuradores de España, don Juan Carlos ESTÉVEZ, así como representantes de los Ministerios de Justicia y de Educación. La conferencia fue clausurada con la asistencia del Rector de la UNED, don Juan GIMENO, del Justicia de Aragón; don Fernando GARCÍA VICENTE y el Presidente de la Diputación Provincial de Zaragoza, don Luis María BEAMONTE.

* * *

El día 25 de abril, organizada por el Grupo de Investigación SimAceSu (Ministerio de Economía y Competitividad) y el Colegio Notarial, tuvo lugar la JORNADA SOBRE *EL DOCUMENTO PÚBLICO, EFICACIA PROBATORIA Y EJECUTIVA*, con arreglo al siguiente programa:

Presentación:

Don Eloy JIMÉNEZ PÉREZ, Decano del Colegio Notarial de Aragón, y el Doctor don Ángel BONET NAVARRO, Catedrático de Derecho Procesal.

Mesa Redonda: *La eficacia probatoria del documento público*:

- «La identidad del documento público como medio de prueba en el proceso», por la doctora doña Regina GARCIMARTÍN MONTERO, Profesora Titular de Derecho Procesal, Universidad de Zaragoza.
- «El documento público electrónico. Utilización como medio de prueba», por don Adolfo CALATAYUD SIERRA, Notario de Zaragoza.

- «Tecnologías de información y comunicación: Nuevas fuentes de prueba y su valoración», por el doctor don Joan PICÓ I JUNO, Catedrático de Derecho Procesal. Universidad Rovira i Virgili.

Mesa Redonda: *La eficacia ejecutiva de la escritura pública:*

- «Escritura pública y póliza intervenida como títulos ejecutivos», por el doctor don Juan Francisco HERRERO PEREZAGUA.
- «¿Nuevos contenidos en la escritura pública como título ejecutivo?», por don Enric BRANCÓS NÚÑEZ, Notario de Gerona.
- «La ejecutoriedad internacional de la escritura pública en el ámbito de la Unión Europea», por la doctora doña Ana FERNÁNDEZ TRESGUERRES GARCÍA, Notaria adscrita a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

MADRID

El día 26 de abril de 2012, en la sede de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, patrocinada por el Colegio de Registradores, tuvo lugar un nuevo SEMINARIO: *LA DIVISIÓN DE PODERES ENTRE LA CIENCIA Y EL DERECHO (EN LA SOCIEDAD) DE LA INCERTIDUMBRE Y LA COMPLEJIDAD.*

Ponente: José ESTEVE PARDO, Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Barcelona.

Contraponente: Javier TEJADA PALACIOS, Catedrático de Física Fundamental en la Universidad de Barcelona.

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

ZUMAQUERO GIL, Laura, *El derecho de acrecer entre coherederos*, Dykinson, Madrid, 2011, 321 págs.

por

BEGOÑA GONZÁLEZ ACEBES

Facultad de Derecho
Universidad de Valladolid

La doctora ZUMAQUERO nos presenta un magnífico estudio sobre el derecho de acrecer en nuestro sistema sucesorio español —aunque centrado en el sistema de Derecho Común, no faltan las oportunas referencias a las especialidades forales cuando vienen al caso y son explicativas de algunos puntos dudosos u oscuros— que sin duda se ha convertido en una obra de obligada consulta para todos aquellos que deseen conocer a fondo tanto sus raíces históricas, como su operatividad en el actual sistema e incluso en un posible futuro panorama sucesorio en el que se refuerce la libertad de testar.

El estudio comienza con un abundante estudio histórico de la figura que, si en toda obra monográfica resulta fundamental, en este caso se presenta imprescindible, pues es desde la averiguación del que fue su fundamento en el Derecho romano, cómo podemos realmente llegar a desentrañar cuál es su sentido actual. Ya desde el primer momento se presenta una idea que ha de resultar fundamental en el posterior desarrollo de la obra: el derecho de acrecer tiene su origen en el Derecho romano, donde su fundamento se explica por dos trascendentales principios que rigen ese sistema sucesorio, cuales son el principio *nemo pro parte testatus por parte intestatus decedere potest* y la necesidad de la institución de heredero para la completa eficacia de la sucesión testamentaria. El sistema sucesorio español recibió el Derecho romano, pero tras el Ordenamiento de Alcalá y la consiguiente derogación de estos principios, es necesario buscar un nuevo fundamento al derecho de acrecer, que no puede ser otro, como acertadamente señala la autora, que la voluntad del testador, ley de la sucesión.

El segundo capítulo de la obra se encarga de la construcción dogmática del derecho de acrecer, de la investigación sobre su auténtica naturaleza jurídica, para lo cual se acude —ante el silencio del Código, que se encarga simplemente de fijar cuáles son sus presupuestos de actuación y sus efectos—, al análisis de todas las opiniones doctrinales y jurisprudenciales vertidas hasta el momento. La autora, tras un concienzudo análisis doctrinal sobre las distintas fases del fenómeno sucesorio y de su definición por los autores, llega a la conclusión de que el acrecimiento no es un derecho subjetivo, sino que se produce automáticamente por efecto de la vocación solidaria, por lo que aconseja abandonar la expresión «derecho de acrecer» para sustituirla por el término acrecimiento, mucho más acorde con su verdadera naturaleza jurídica y el automatismo propio de la misma.

En virtud de este llamamiento solidario, la ley presume que, en caso de vacante, la voluntad del testador habría sido la de acrecer al resto de llamados antes que proceder a la apertura de la sucesión abintestato. Así se entronca y se vislumbra ya cuál es la opinión de la autora sobre el fundamento del acrecimiento.

Como ya he adelantado, para la doctora ZUMAQUERO, el fundamento del acrecimiento es subjetivo, su basamento es la voluntad del testador. Su tesis se apoya en fundamentos de naturaleza histórica; en el principio de respeto a la voluntad soberana del testador como ley de la sucesión; en el carácter dispositivo de la institución, así como en la no esencialidad del llamamiento solidario. Este es precisamente el mayor escollo que se puede oponer a la teoría objetiva sobre el fundamento del acrecimiento, ya que incluso en presencia de este tipo de llamamientos dicha institución no operará ante una voluntad expresa y contraria del testador. En los casos de acrecimiento expreso, su fundamento se encuentra sin duda en la voluntad expresa del testador manifestada en testamento mientras que, en aquellos casos en los que no se haya mención alguna al mismo, pero haya realizado un llamamiento que cumpla con los presupuestos marcados por la ley, el fundamento del acrecimiento será la voluntad presunta del testador, la cual será averiguada por el intérprete a través de la interpretación integradora, cuyo fin es determinar qué habría declarado el testador si hubiera considerado el supuesto imprevisto o posteriormente sobrevenido.

Esta explicación no es convincente en la sucesión abintestato, pues no podemos buscar apoyo en una voluntad aquí inexistente. Sin embargo, el problema es solo aparente ya que, como señala la autora, lo que hay en la sucesión intestada no es auténticamente un acrecimiento sino un efecto derivado simplemente del orden moral de suceder, en cuya virtud, el pariente más próximo en grado excluye al más remoto.

Antes de determinar y explicar cuáles son los efectos del acrecimiento, se detiene la autora en analizar pormenorizadamente los presupuestos del mismo en la sucesión testada, en la intestada y en la sucesión forzosa.

En la sucesión testamentaria, los presupuestos del acrecimiento, según el artículo 982 del Código Civil, son la existencia de un llamamiento conjunto sin especial designación de partes y la existencia de una porción vacante, presupuestos que, para la autora, fiel a su opinión sobre el fundamento del acrecimiento, no operan automáticamente sino que, pueden no provocar este efecto si resultase una voluntad contraria del testador. Respecto del primer presupuesto, lo que más dudas genera en la doctrina es la interpretación de la expresión «*sin especial designación de partes*». Para evitar todas estas dificultades de interpretación, la autora propone *de lege ferenda* excluir expresamente el acrecimiento en los supuestos de institución en partes desiguales, ya que supone institución en un cuerpo separado de bienes; admitirla si la fijación numérica en partes desiguales es a meros efectos particionales en aras a facilitar la partición; admitir expresamente la operatividad del acrecimiento en partes numéricas o alcuotas si se corresponden con el número de llamados; establecer la operatividad del acrecimiento con independencia de que la institución se realice o no en una misma cláusula del testamento, así como dejar clara la posibilidad del acrecimiento aunque los herederos hayan sido sometidos en testamentos distintos, siempre y cuando ello no suponga excluir el llamamiento solidario.

En cuanto al requisito de la porción vacante, señala la autora que los supuestos contemplados en el artículo 982 del Código Civil no constituyen una lista cerrada, precisamente es desde este punto cómo se esta cuestión, agrupando todos los supuestos que originan porción vacante recogidos en el artículo 982

del Código Civil, para después pasar a analizar los supuestos no contemplados en dicho artículo entre los que se encuentran el caso del concebido y no nacido; el del no concebido, los supuestos de conmorienencia, ausencia, prescripción del derecho a aceptar la herencia, la institución de heredero bajo condición suspensiva o resolutoria; la revocación por el testador de la disposición hecha a favor de un heredero; la ineficacia de la disposición testamentaria, y los supuestos de indignidad sucesoria y de desheredación justa, con matices en estos dos últimos casos por su implicación legitimaria.

Dos son las cuestiones esenciales que se plantea la autora en relación con el acrecimiento en la sucesión intestada; en primer lugar, su propia existencia y, en segundo lugar, su carácter forzoso. En relación con la primera cuestión, ya hemos adelantado que para la autora son dos fenómenos distintos que únicamente comparten el efecto o resultado de la incrementación. Y ello tanto desde el punto de vista de su funcionamiento como teniendo en cuenta su finalidad. Así se puede ver cómo funcionan de modo diverso ambas instituciones en algunos supuestos concretos de concurrencia como, por ejemplo, en los de concurrencia de hermanos de padre y madre con medio hermanos en el que el reparto de la porción vacante no se hace por partes iguales —como resultaría de aplicarse el acrecimiento— sino que el legislador opta por un reparto proporcional.

En cuanto a la segunda cuestión apuntada, se trata de determinar si la cuota del que recibe la vacante y la cuota acrecida son o no independientes entre sí. Como acertadamente señala la autora, ambas cuotas integran una única porción unitaria, sin posibilidad de aceptar una y renunciar a la otra. Ya sea por la concepción del acrecimiento basado en la vocación solidaria o, sobre todo, desde su postura de que en la sucesión intestada no existe acrecimiento, sino que el efecto incrementativo se produce por el juego de las reglas normales de la sucesión intestada; ha de derivarse que la incrementación se produzca incluso cuando las cuotas de los herederos sean distintas, siempre que pertenezcan a la misma clase.

Por último, queda por analizar el funcionamiento del acrecimiento en la sucesión forzosa, tanto en relación de la cuota de legítima, mejora y tercio de libre disposición. Se concluye que no existe acrecimiento ni en la legítima (a la que los colegitimarios acceden por derecho propio) ni en la mejora, aconsejándose *de lege ferenda* que se permita el acrecimiento en dicho tercio.

La posibilidad del acrecimiento en el tercio de libre disposición, admitida por el artículo 985 del Código Civil plantea su posible colisión con otras figuras como el derecho de transmisión, el derecho de representación o la sustitución, cuestiones todas ellas que son abordadas detenidamente en el capítulo sexto de esta monografía.

Cierra esta brillante monografía enlazando el acrecimiento, figura de honda raigambre histórica con el nuevo panorama de Derecho Sucesorio aconsejado por la doctrina más reciente a fin de dar una adecuada respuesta a las nuevas estructuras sociales y familiares. Se está pensando, en concreto, en un nuevo sistema en el que se suprimiera o redujera la legítima. Este posible nuevo escenario, a juicio de la doctora ZUMAQUERO, en nada afecta a la institución que estamos estudiando, ya que es en este campo, como ha quedado demostrado anteriormente, donde el acrecimiento encuentra un menor campo de actuación. La conclusión de la autora es que no parece que exista fundamento suficiente para suprimir la institución del acrecimiento en un sistema que tienda a la libertad de testar. Al contrario, su operatividad supone la búsqueda de una solución más acorde con la verdadera voluntad del testador, evitando la apertura de la sucesión intestada, en la que muy probablemente el testador no pensó. Así el derecho de acrecer cumple una

función social en una hipotética reforma del Derecho de Sucesiones, sin que por eso se deje de abogar por una reforma del derecho de acrecer que clarifique la identificación de los supuestos en los que resulta de aplicación.

El libro que hemos comentado es una estupenda obra donde no faltan ni el estudio histórico, ni el doctrinal y jurisprudencial, lo que suele ser habitual dentro de nuestra disciplina; pero tampoco carece, y esto es una de sus grandes virtudes, de las propuestas de reforma legislativa personales de la autora ni su conexión con la vida actual del Derecho Sucesorio, lo que lo convierte, además, en una obra de suma utilidad, escrita con calidad, rigor y sensibilidad desde un serio compromiso intelectual y universitario tanto con la ciencia jurídica como con la sociedad.

BELLO JANEIRO, Domingo, *La fianza, forma y protección registral en los arrendamientos urbanos*, Ed. Difusión Jurídica, Madrid, 2011, 154 págs.

por

ELENA LÓPEZ BARBA
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Facultad de Derecho
Universidad de Huelva

El profesor BELLO JANEIRO, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de A Coruña, Académico de Número de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, distinguido con la Cruz de San Raimundo de Peñafort, entre otros méritos, ha publicado recientemente la monografía titulada *La fianza, forma y protección registral en los arrendamientos urbanos*, Difusión Jurídica, Madrid, 2011, 154 páginas. Ha elegido un tema de gran interés académico y práctico y, con gran acierto, expone los problemas esenciales que este presenta de forma lo suficientemente profunda para satisfacer las expectativas de un investigador del Derecho y al mismo tiempo con la precisión y claridad que espera un práctico de la materia.

Divide su obra en diecisiete capítulos, que incluyen la «Introducción» (Cap. I), unas «Consideraciones conclusivas» (Cap. XVI) y la «Bibliografía básica utilizada» (Cap. XVII). Incorpora también dos «Anexos» relativos a la *regulación de la fianza en la LAU y al procedimiento para el depósito de las fianzas en Galicia*. Las notas a pie de página aparecen al final del texto.

Esta organización, en un número elevado de capítulos, pero de una extensión moderada, facilita su lectura, pues quedan debidamente singularizados los problemas analizados y las soluciones propuestas por el autor, acompañadas del soporte preciso en cada caso: referencias a la doctrina jurisprudencial o científica, alusiones a la tramitación parlamentaria de las normas vigentes o incluso remisiones a otras ya derogadas, además del desarrollo y la regulación autonómica sobre la materia o el apoyo en otras normas propias del ámbito privado como la Ley Hipotecaria. A mayor abundamiento, el capítulo I, «Introducción», resulta una excelente guía y síntesis de la labor realizada.

Parte el profesor BELLO en el capítulo II, «Razón justificativa de la fianza en los arrendamientos» (págs. 13 a 17) de un espacio común: la razón que justifica la fianza es garantizar el cumplimiento de las obligaciones que contrae

el arrendatario en orden al pago de la renta y a la conservación de la cosa, sin embargo con su discurso rompe con una práctica generalizada, cual es recurrir a la fianza como pago de la última mensualidad, conducta inadecuada, por más que sea repetida, en tanto en cuanto el contrato de arrendamiento está en vigor en ese momento.

Incidirá en el capítulo siguiente (págs. 19 a 24) en la naturaleza jurídica de la fianza, que es la de la prenda irregular de dinero y no la de la fianza al modo que la concibe el Código Civil en los artículos 1822 y siguientes, descarta que se pueda tratar incluso de una fianza irregular. De otro lado, la obligación impuesta al arrendador de depositar la fianza tampoco puede considerarse propiamente un depósito del Código Civil, si no una fuente de financiación de las Comunidades Autónomas con competencia en materia de vivienda, quienes podrán hacer uso de las cantidades depositadas sin que genere la obligación de pagar intereses al arrendador, en tanto en cuanto no sea exigida su devolución al final del contrato de arrendamiento. El depósito de la fianza, y es un tema discutido en la obra, es catalogado como un ingreso público, si bien esta cuestión resulta llena de matices, dependerá de la posición que se adopte en conceptos como ingreso público, disponibilidad...

En esta estructura la obligación de prestar la fianza cumple una doble función: es una garantía para el arrendador y una fuente de ingresos públicos. De donde se deriva una doble relación jurídica: una de Derecho Privado, que une al arrendatario con el arrendador (obligación del pago de la fianza), y otra de Derecho Público, que une al arrendador con la Comunidad Autónoma (obligación de depositar la fianza).

En los capítulos IV «Obligación de la fianza» (págs. 25 a 27) y V «Renuncia a la exigencia de la fianza» (págs. 29 a 34) parte de la exigencia legal que establece un mínimo relativo al contenido de la fianza, una o dos mensualidades dependiendo del tipo de arrendamiento de que se trate y siempre en metálico. La Ley sostiene de forma imperativa el deber de prestar fianza por el arrendatario, hasta el punto de que el incumplimiento de este deber puede llevar aparejada la resolución del contrato por el arrendador insatisfecho, no obstante y con gran acierto, el autor mantiene que nada puede impedir la validez de la renuncia del arrendador al pago de la fianza, ni siquiera un posible perjuicio a terceros, que no existe, pues la Comunidad Autónoma en la relación de Derecho Público originada a lo que tiene derecho es a que se deposite el importe de la fianza, resultándole indiferente si esta proviene del patrimonio del arrendatario (como es lo común) o del arrendador.

Que no sea práctica habitual la renuncia de la fianza por parte del arrendador o que la Ley de Arrendamientos Urbanos exprese esta prestación en términos imperativos o que el deber frente a la Administración Autonómica sea ineludible no puede significar, como bien queda demostrado, que desde el punto de vista exclusivamente civil sea imposible para el arrendador la renuncia de la fianza.

El capítulo VI viene titulado «Cuantía de la fianza y otras garantías» (págs. 35 a 39) y en él se plantea la oportunidad del criterio legal al marcar como contenido de la fianza una cuantía mínima, diferente según el tipo de arrendamiento, necesariamente en metálico. Nada impide que, merced a la autonomía de la voluntad, se incluyan otras garantías adicionales (aval personal o bancario) pero nunca en sustitución de la fianza en metálico. La práctica del mercado, sobre todo en arrendamientos para uso distinto de vivienda, puede poner de manifiesto lo inadecuado de esta decisión además de la carga que, en ocasiones, puede resultar o lo enfrentado que está a la práctica mercantil.

La cuantía de la fianza ha de actualizarse pasados cinco años desde el inicio del contrato de arrendamiento de vivienda, actualización que puede suponer un ascenso o un descenso de la cantidad depositada originariamente. Las rentas se actualizarán anualmente de acuerdo con el IPC o según lo expresamente pactado en el contrato. También la falta de actualización de la fianza por el arrendatario puede ser causa de resolución del contrato.

La fianza se devolverá por el arrendador al arrendatario al finalizar el contrato en el plazo de un mes desde la entrega de llaves, pasado este tiempo comenzará a generar intereses.

En el capítulo VII, «Arrendamientos incluidos en la obligación de prestar fianza» (págs. 41 a 44), tal y como señala el profesor BELLO, el propio legislador se encarga de introducir en la norma el listado de posibles arrendatarios liberados de la obligación de prestar fianza, como sería el caso de la Administración Pública, sin embargo, pone de relieve la existencia de zonas grises no resueltas por la norma estatal y a las que las Comunidades Autónomas, con más o menos éxito, han intentado poner remedio, así sucede con el contrato de *leasing* o el arrendamiento de industria, además de recurrir al examen de las soluciones dadas por la más reciente jurisprudencia.

En su interés por indagar hasta el fondo de la cuestión en el capítulo VIII, «El depósito de las fianzas en su tramitación parlamentaria» (págs. 45 a 49) recurre al estudio de los antecedentes de la norma en su fase de tramitación de la que destaca: la polémica plantada por quienes denuncian lo inadecuado que resulta su exigencia en metálico, la incorporación del párrafo relativo al devengo de intereses si no se devuelve en el plazo de un mes desde la finalización del contrato, la facultad de las Comunidades Autónomas con competencia en materia de vivienda, la limitación del deber de depósito solo al mínimo de la fianza marcado en metálico...

Con toda claridad en el capítulo IX, «Competencia autonómica en materia de depósito de fianzas» (págs. 51 a 59), marca las fronteras en esta materia, es competencia exclusiva del Estado determinar o no la obligatoriedad de la fianza en el contrato de arrendamiento de vivienda o para uso distinto de vivienda, con independencia de que las Comunidades Autónomas tengan o no competencia en materia de vivienda, pues solo al Estado compete marcar las bases del contrato de arrendamiento. Lo que sí corresponderá a las Comunidades Autónomas con competencias en materia de vivienda es dictar disposiciones de desarrollo del contrato que como ejemplifica el autor bien pueden ir encaminadas a determinar el modo de constitución o la forma de exigir la fianza. Pero desde luego, no es la Ley de Arrendamientos Urbanos la encargada de distribuir las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas y si en algo se refiere a este asunto en su Exposición de Motivos es, en su opinión, a título de aclaración.

Un problema que se ha planteado sobre este particular pero que se ha resuelto con las modificaciones posteriores de los textos legislativos autonómicos o en el caso de Aragón con el Auto del Tribunal Constitucional que tiene por desistido al Presidente del Gobierno en relación al recurso de inconstitucionalidad interpuesto frente a la Ley aragonesa, es el relativo a la omisión de la Ley de 1994 de la distinción entre vivienda amueblada o no en orden a la determinación del mínimo de la fianza exigida legalmente.

El capítulo X estudia los problemas derivados del «Incumplimiento de la obligación de depositar la fianza» (págs. 61 a 64). La tarea de determinar cómo ha de reaccionarse en caso de falta de depósito de la fianza por el arrendador es competencia de las legislaciones de las diferentes Comunidades Autónomas. La

materia relacionada con la vivienda es delegable, así se ha hecho por el Estado en diferentes momentos a favor de todas las Comunidades Autónomas y todas las han asumido, incorporándola a sus Estatutos y desarrollándola adecuadamente, sobre todo en el punto relativo a cómo actuar en caso de incumplimiento de la obligación de depósito. No olvidemos que la fianza genera una doble relación, la relación privada entre el arrendador y el arrendatario y la de Derecho Público entre arrendador y Comunidad Autónoma, en esta ocasión la obligación subsiste aunque el arrendador renuncie a este derecho, la devolución de su importe, una vez extinguido el contrato, corresponde al arrendador y no al arrendatario, aunque nada impide que el arrendatario sea quien haya hecho el depósito en sustitución del arrendador. Una vez finalizada la relación arrendaticia, la Administración autonómica tiene que devolver el total de la cantidad entregada con independencia de lo que el arrendador tenga que devolverle al arrendatario tras la liquidación efectuada.

Llama la atención sobre la diferencia en el devengo de intereses moratorios en la relación jurídico-privada, arrendador/arrendatario, y en la relación jurídico-pública, Administración/arrendador. Lo que enlaza con el siguiente capítulo.

Al referirse en el capítulo XI al «Retraso o falta de devolución de la cantidad depositada» (págs. 65 a 68) explica que la redacción de la norma determina que la Administración autonómica, en caso de retraso en la devolución de la fianza, estará obligada de forma automática a pagar el interés legal del dinero depositado una vez transcurrido un mes desde la finalización del contrato. En este apartado, el autor resuelve la cuestión que a primera vista surge recurriendo a la jurisprudencia pues, ¿cómo puede conocer la Administración cuándo ha llegado el momento de la finalización del contrato de arrendamiento si esto se desarrolla en el ámbito de la relación jurídica privada?

Como ya se fijara al inicio de esta obra, en el capítulo XII, «Restitución de la fianza» (págs. 69 a 72), la fianza se prevé como una garantía del arrendador en orden al cumplimiento de las obligaciones del arrendatario y poder así resarcirse de los desperfectos padecidos durante el arrendamiento imputables a este, para compensar las rentas impagadas, la posibilidad de la retención de la fianza hasta la reparación de los desperfectos... cataloga esta cuestión como la más litigiosa entre arrendador y arrendatario y afronta la resolución de la problemática planteada desde la referencia a las resoluciones judiciales dictadas por las Audiencias Provinciales.

Los capítulos siguientes: capítulo XIII, «Derogación del Decreto de 11 de marzo de 1949, sobre fianza de arrendamientos» (págs. 73 a 75); capítulo XIV, «Formalización de los arrendamientos» (págs. 77 a 80), y capítulo XVI, «Protección registral» (págs. 81 a 90) inciden sobre toda una serie de aspectos importantes.

En principio el de arrendamiento, se configura como un contrato consensual y carente de forma concreta, en consecuencia la falta de forma no afectaría a la validez y eficacia del mismo, únicamente dificultaría la prueba de su contenido restando seguridad al tráfico jurídico. Esta pretendida libertad de forma se pierde si las partes desean su acceso al Registro de la Propiedad para el que resulta preceptivo su elevación a escritura pública.

La Disposición Adicional segunda de la Ley de Arrendamientos Urbanos modifica la Ley Hipotecaria a la que sigue la aprobación del Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero. De su análisis se deduce como las Leyes autonómicas potencian la inscripción de los contratos de arrendamiento en el Registro de la Propiedad, en esta línea la Ley de Arrendamientos Urbanos se reforma en orden a permitir el acceso al Registro de la Propiedad no solo al contrato de arrendamientos

urbanos con independencia de su duración y objeto, si no a cualquier otro tipo de arrendamiento distinto al de vivienda, contenido que no ha sido armonizado con lo ordenado en el artículo 1280 del Código Civil.

Sostiene el autor que nos enfrentamos a una falta de tradición en orden a la inscripción de los arrendamientos, lo que se explica en el caso de los arrendamientos de vivienda que al menos durante un periodo de cinco años aparecen suficientemente protegido por la LAU y por lo que solo se entiende el deseo de acceder al Registro de la Propiedad en el caso de una duración superior a cinco años, situación diversa es la que acontece en el caso de alquileres para uso diferente al de la vivienda. Propone fórmulas para potenciar la inscripción y se convierte este capítulo en un alegato a favor de la reforma del artículo 1280 del Código Civil para su armonización con el artículo 2.5 de la Ley Hipotecaria.

Por último, en la síntesis que realiza en el capítulo XVI, «Consideraciones conclusivas» (págs. 119 a 121) y con la misma brillantez expositiva resaltada, enuncia con claridad las conclusiones de su trabajo, lo hace en siete párrafos que resumen en otras tantas ideas lo esencial de su obra.

Estas son, a mi entender, las cuestiones esenciales tratadas en la monografía que se reseña y que invitan, por sí sola, a su lectura.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, *La permuta de suelo por edificación futura. Entrega y transmisión de la propiedad en el sistema del Código Civil*, Universidad de Sevilla. Secretariado de Publicaciones, 2011, 322 págs.

por

M.^a EUGENIA SERRANO CHAMORRO
Catedrático de Escuela Empresariales. Derecho Civil
Universidad de Valladolid

La construcción de nuevas viviendas se ha convertido en un proceso económico y social de acusada dinamicidad. Las nuevas técnicas de gestión económica presionan sobre el derecho, solicitando el reconocimiento jurídico de nuevos bienes, actos y relaciones. Si el derecho no responde a las nuevas exigencias económicas, las instituciones jurídicas envejecen y se desechan. En este proceso interesa destacar la intervención creciente de los propietarios de viviendas y de suelo en el proceso de su construcción.

El boom inmobiliario que hemos tenido durante muchos años en nuestro país ha propiciado que los propietarios del suelo o del inmueble a construir, se lancen a celebrar contratos de distinto tipo, pero siempre con la misma finalidad, cual es obtener unos pisos a cambio de la aportación de suelo realizada. Durante varios años esta figura carecía de regulación expresa en nuestro derecho y se encajaba en la modalidad de permuta de cosa futura, lo que acarrea una serie de problemas que se podían encontrar en las múltiples sentencias de nuestros tribunales, al ser un contrato con alto valor pecuniario, se suele decir que la compra de un piso es el bien más caro que una persona compra a lo largo de su vida, lo que refleja el interés particular.

Hoy en día, a pesar de la crisis de nuestro país, y más en concreto del sector inmobiliario, esta modalidad se sigue utilizando, y sus problemas siguen existien-

do, de ahí el interés en saber las cuestiones que debemos manejar y la modalidad de celebración del contrato que más ventajas puedan convenir.

Ello motiva que surjan en la esfera jurídica, una amplia gama de relaciones contractuales que se otorgan por el que es propietario de un solar y carece de los medios económicos para edificar o bien no quiere convertirse en constructor, y aquella otra persona que tiene estos últimos o es técnico en la edificación, y en cambio, carece del capital para adquirir un solar.

El libro que tengo ante mí pretende abarcar la modalidad práctica tan utilizada y conveniente para las partes implicadas, pero lo hace desde uno de sus problemas más relevantes, cual es la transmisión de la propiedad.

Su título puede inducir a confusión porque habla de permuta, quizá porque sea una de las denominaciones más utilizadas por nuestra doctrina y jurisprudencia, pero ya en sus primeras páginas nos habla de cesión, comunidad... Es más, nos dice: «en este contrato (se refiere al contrato en el que sobre el edificio resultante de la edificación se quiere instaurar una comunidad de naturaleza real entre el cedente y cesionario) se advierte, pues, una voluntad común de que el cedente entregue el suelo al constructor para que este proceda a su transformación y, una vez lograda esta, poder compartir los dos el resultado. Algo muy diferente al típico contrato de finalidad transmisiva que se encuentra en la base de la teoría más común. Hay aquí elementos procedentes del contrato de permuta, pero también procedentes del contrato de obra».

Añadiendo más tarde que el contrato se puede calificar como compraventa o permuta, o bien contrato de obra con contraprestación no en dinero, sino en especie, o la constitución de una sociedad. Lo verdaderamente importante es estudiar los efectos que esa entrega de suelo puede producir. Se centra en el significado transmisivo que deba tener la entrega del solar, siendo muy esencial para su funcionamiento.

La preocupación de este autor, no es tanto el *nomen* que las partes hayan querido concederle, sino la segunda parte del título, «Entrega y transmisión de la propiedad en el sistema del Código Civil», punto clave en todo el entramado de este contrato, teniendo en cuenta que los intervinientes son reacios a transmitir la propiedad actual a cambio de una construcción futura, con todos los inconvenientes que ello acarrea.

Ya nos indica que existe una tendencia doctrinal y jurisprudencial muy difundida a interpretar el contrato, distinguiendo en él una doble transmisión jurídico-real: primero, el cedente transmite la propiedad exclusiva del suelo; en un segundo momento, una vez construido el edificio, se le deben transmitir a él los inmuebles resultantes que le correspondan. La reconstrucción de los efectos contractuales planteada en estos términos tiene importantes y graves consecuencias prácticas en los casos de embargo del suelo por los acreedores del constructor y en los casos de disposición del suelo o del edificio por parte del cesionario.

La cuestión objeto de debate se plantea en el caso de que la construcción resultante del contrato convenido quede distribuida entre el titular inicial del solar y el que se obliga a organizar su edificación, se transmite una cuota, no la totalidad de la propiedad. Por eso habla de cesión del suelo siguiendo la terminología del artículo 13 RH o de permuta, pero no analiza este contrato desde un punto de vista ordinario de la compraventa o el arrendamiento de obra en que no se discute la transmisión de la propiedad exclusiva.

Este libro pretende ser eminentemente práctico, al recoger en más de la mitad de su obra (págs. 105 y sigs.) las sentencias del Tribunal Supremo y las Resoluciones de la DGRN más relevantes en el tema a resolver, pero lo hace exponiendo

su doctrina por orden cronológico, ya que solo se estudian las que afectan a la transmisión de la propiedad, acudiendo a la teoría del título y el modo según los casos concretos que se planteen en las mismas.

Para este autor resulta muy conveniente definir el fenómeno a tratar sin dar por supuesto el efecto transmisivo de la propiedad exclusiva del solar que no es, en realidad, objeto de la previsión de las partes.

De forma clara dedica siete epígrafes en sus primeras 95 páginas para exponer su función práctica, sus distintas definiciones doctrinales y da soluciones a la intervención de las partes en el caso de la transmisión de la cuota de propiedad, y sus efectos de la entrega, terminando con la referencia a las implicaciones registrales.

El capítulo V y VI lo dedica a dar soluciones para paliar la débil posición jurídica del cedente si se acepta la transmisión del solar al cesionario. Comienza diciendo que «el cambio de solar por edificación constituye un contrato atípico y mixto, porque no presenta como única finalidad principal el cambio de titularidad de una cosa, sino junto con ella, una importante prestación de hacer, mediante la cual se transforma dicha cosa; lo cual es propio más bien del contrato de obra». Por este motivo es necesario un detallado examen del contrato desde el punto de vista de su causa, para lograr determinar adecuadamente la manera en que la transmisión real del suelo se produce. Sin olvidar que en este contrato se pretende (la mayoría de las veces) que el solar que al comienzo es propiedad del cedente, termine siendo compartido por cedente y constructor como elemento común de la propiedad horizontal que se constituya finalmente sobre la edificación.

Termina diciendo que en este trabajo se ha pretendido «recomendar que la labor interpretativa y calificadora que merecen todos los supuestos de entrega de suelo para edificar, en los cuales las partes estén llamadas a compartir el edificio resultante, debe inspirarse en la voluntad de las partes. Esta voluntad no es razonable que consista en la transmisión exclusiva del suelo al constructor, para que luego sea precisa una retransmisión de los elementos construidos». Dedicando el último epígrafe al artículo 13 RH y la constancia de los efectos de la transmisión en el Registro de la Propiedad en aras de la seguridad jurídica contractual.

La visión teórica y práctica de este libro resulta gratificante, pues si en nuestra jurisprudencia podemos encontrar múltiples supuestos del asunto a tratar es porque realmente se dan en nuestra sociedad. Resulta acertada su exposición y estructura, recogiendo los pronunciamientos de nuestro Tribunal Supremo y de la DGRN con una indicación previa de su contenido. Todo trabajo que se precie debe ir acompañado de estas citas como ocurre en la presente obra.

REVISTA DE REVISTAS

ACTUALIDAD ADMINISTRATIVA

Número 6 (2012)

«Las obligaciones y deberes derivados de la normativa tributaria en el marco de la relación jurídica tributaria», por Joaquín MOYA-ANGELER SÁNCHEZ, pág. 672.

«El personal directivo: funcionario de carrera o personal eventual o laboral», por José Ignacio SARMIENTO LAIRAURÍ y Ricardo VILLANUEVA PUERTOLLANO, pág. 684.

Número 7 (2012)

«Democracia virtual y participación ciudadana en la Legitimidad del Poder Político», por Santiago CARRETERO SÁNCHEZ, pág. 810.

«Gobernanza de inventores», por Juan Manuel DEL VALLE PASCUAL, pág. 831.

ACTUALIDAD CIVIL

Número 4 (2012)

«Comentario a la sentencia de la AP de Barcelona, de 2 de marzo de 2011 (caso Padawan, S. L.)», por Antonio SATAS CANCELLER, pág. 355.

«La cláusula penal. Revisión judicial de la pena por razones de equidad», por María del Mar MÉNDEZ SERRANO, pág. 363.

Número 6 (2012)

«Arbitraje y familia. El modelo canadiense y su posible proyección en el Derecho español», por Carolina MESA MARRERO, pág. 559.

«Simulación civil y tributaria: sobre la distinción entre fraude de ley en sentido propio e impropio», por Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, Sonia RAMOS GONZÁLEZ y Pablo SALVADOR CORDECH, pág. 581.

Número 7 (2012)

- «Un factor determinante y un ejemplo para la integración del Derecho Contractual de Consumo europeo en el ordenamiento español», por Rafael COLINA CAREA, pág. 686.
- «¿Hacia una justicia censitaria? A vueltas con el nuevo régimen de acceso a los recursos de apelación y casación en los órdenes jurisdiccionales civil y contencioso-administrativo», por Eduardo SÁNCHEZ ÁLVAREZ, pág. 719.

CUADERNOS DE DERECHO Y COMERCIO

Número 56 (Diciembre 2011)

- «La web corporativa y otras modificaciones al régimen general de las sociedades de capital en la Ley 25/2011, de 1 de agosto», por Segismundo ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, pág. 13.
- «El submercado hipotecario extrabancario y la función notarial», por Manuel GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, pág. 41.
- «El conflicto entre socios en situaciones de igualdad en las sociedades de capital», por Luis HERNANDO CEBRIÁ, pág. 87.
- «El contrato de agencia y la comisión mercantil», por Elena LEIÑENA MENDIZÁBAL, pág. 135.

DIARIO LA LEY

Número 7811 (5 de marzo de 2012)

- «Accidentes de los reclusos bajo el efecto del alcohol y sustancias tóxicas en programas de tratamiento extrapenitenciarios: ¿Accidente común o laboral *in itinere*?», por Ángel Juan NIETO GARCÍA.

Número 7813 (7 de marzo de 2012)

- «Derecho de separación y dividendos: El controvertido artículo 348 bis LSCF», por Francisco SILVÁN RODRÍGUEZ e Iván PÉREZ HERNANDO.

Número 7814 (8 de marzo de 2012)

- «La prescripción tributaria», por Joaquín MOYA-ANGELER SÁNCHEZ.

Número 7816 (12 de marzo de 2012)

«Intervención de las comunicaciones», por Agustín ROMERO PAREJA.

Número 7817 (13 de marzo de 2012)

«Delitos de pornografía infantil: otra vuelta de tuerca», por José Miguel DE LA ROSA.

Número 7820 (16 de marzo de 2012)

«Las vías para acreditar la condición de víctima de violencia de género en la normativa de extranjería», por Cristina FARALDO CABANA.

Número 7822 (21 de marzo de 2012)

«Ciberpiratas, Administración y jueces: a propósito de la aplicación de la Ley Sinde», por David ORDÓÑEZ SOLÍS.

Número 7825 (26 de marzo de 2012)

«Responsabilidad civil por daños personales a los viajeros en los servicios de transporte por carretera», por Carmen ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA.

Número 7827 (28 de marzo de 2012)

«El silencio de los coimputados», por Rafael ALCACER GUIRAO.

Número 7829 (30 de marzo de 2012)

«La responsabilidad de los hoteleros en el DCFR: analogías y diferencias con el sistema español», por M.^a Paz SÁNCHEZ GONZÁLEZ.

Número 7832 (4 de abril de 2012)

«La doble vía europea en protección de datos», por Puerto SOLAR CALVO.

Número 7833 (9 de abril de 2012)

«Flexibilidad interna y externa en el Real Decreto-ley 3/2012», por Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER.

Número 7835 (11 de abril de 2012)

«La irresponsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia. El *Anden Régime* aún persiste en el siglo XXI», por Luis RODRÍGUEZ RAMOS.

Número 7837 (13 de abril de 2012)

«Las nuevas tecnologías aplicadas a la medicina y su incidencia en el ámbito de la responsabilidad médica. ¿Más tecnologías = más responsabilidad?», por Vicente MAGRO SERVET.

ESTUDIOS DE LA REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN (2011)

«Algunas notas sobre el Contrato de Transacción», por Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, pág. 17.

«Una tiranía colegiada en el siglo XX: La de Hitler y los suyos. Una antitiranía profesional: La de miembros del estado mayor alemán. El General von Tresckow, el Almirante Canaris, el Coronel von Stauffenberg y sus compañeros», por Víctor FAIRÉN GUILLÉN, pág. 31.

«Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre minorías religiosas», por Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, pág. 153.

«Sobre la constitucionalidad de la prohibición de las corridas de toros en Cataluña», por Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, pág. 185.

«La aceptación y repudiación del legado», por Manuel ALBALADEJO GARCÍA, pág. 201.

«La violación de los derechos fundamentales de huelga y de indemnidad por parte del empresario principal en una contrata. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional, de 19 de octubre de 2010, en el Recurso de Amparo número 3567/2006», por Juan Antonio SAGARDÓY BENGOCHEA, pág. 211.

«Evolución y perspectivas del Derecho de Sociedades en España», por Manuel OLIVENCIA RUIZ, pág. 245.

«Algunos efectos jurídicos de la crisis económica», por Luis MARTÍ MINGARRO, pág. 257.

- «El trabajo por cuenta ajena y las predicciones marxistas sobre su abolición (apuntes para un estudio)», por Alfredo MONTROYA MELGAR, pág. 273.
- «Relación jurídica y situación jurídica, conceptos que configuran derechos subjetivos y razones jurídicas», por Ángel SÁNCHEZ DE LA TORRE, pág. 289.
- «La oficina presupuestaria de las Cortes Generales», por Luis María CAZORLA PRIETO, pág. 303.
- «El ruido y su publicidad registral», por Antonio PAU, pág. 327.
- «Tres revoluciones y una constitución para dos mundos», por Rafael DE MENDIZÁBAL ALLENDE, pág. 355.
- «El secreto ministerial en los ordenamientos confesionales y en el Derecho estatal», por Rafael NAVARRO-VALLS, pág. 403.
- «El fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas según la Circular 1/2011, de la Fiscalía General del Estado», por Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, pág. 417.
- «Derecho Privado y retribución de los administradores», por Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ, pág. 443.
- «Reflexiones sobre la causa del contrato en la propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos», por Antonio-Manuel MORALES MORENO, pág. 455.
- «Los esquemas docentes del Derecho Tributario y la Ley General Tributaria 58/2003: a propósito de un aniversario», por José Luis PÉREZ DE AYALA Y LÓPEZ DE AYALA, pág. 477.
- «Principio de justicia tributaria», por Rafael CALVO ORTEGA, pág. 497.
- «Las Cajas de Ahorro: situación actual», por Manuel PIZARRO MORENO, pág. 517.
- «Estudio sobre el artículo 1124 del Código Civil», por José Juan PINTÓ RUIZ, pág. 535.
- «El pensamiento jurídico de Portalis», por José M.^a CASTÁN VÁZQUEZ, pág. 591.
- «El proyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles», por Ramón LÓPEZ VILAS, pág. 613.

NOTICIAS DE LA UNIÓN EUROPEA Número 326 (Marzo 2012)

- «El Acuerdo de la FAO de 2009 sobre medidas del Estado rector del puerto destinadas a prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada», por Rafael CASADO RAIGÓN, pág. 3.

- «La protección de las inversiones privadas en el marco de los Acuerdos Internacionales de Pesca de la Unión Europea», por Georgina GARRIGA SUAUI, pág. 15.
- «La reforma de la política pesquera de la Unión Europea y la cinta de Moebius», por Enrique LÓPEZ VEIGA, pág. 27.
- «Las consecuencias de la Política Marítima Integrada de la Unión Europea para el régimen jurídico de la pesca», por Adela REY ANEIROS, pág. 41.
- «Los Acuerdos Internacionales de Pesca, instrumentos indispensables de la Política Pesquera Común de la Unión Europea», por José Manuel SOBRINO y Gabriela OANTA, pág. 51.
- «Aproximación a la futura reforma de la Política Pesquera Común. Consideración especial de la política de estructuras», por Manuel VARELA LAFUENTE y Juan SURIS REGUEIRO, pág. 67.
- «Las Organizaciones Regionales de Ordenación Pesquera y la reforma de la Política Pesquera Común», por Eva M.^a VÁZQUEZ GÓMEZ, pág. 79.
- «El empleo de instrumentos derivados con subyacente energía o materias primas relacionadas y la sujeción al IVA», por Hugo LÓPEZ LÓPEZ, pág. 89.
- «Los impuestos sobre el almacenamiento de residuos radiactivos a la luz del Derecho Comunitario y el Ordenamiento Constitucional», por Enrique ORTIZ CALLE, pág. 101.
- «Promoción de la energía renovable en la Unión Europea, subvenciones y gastos fiscales», por M.^a Silva VELARDE ARAMAYO, pág. 113.

Número 327

- «La fiscalidad del agua en Andalucía: Los cánones de mejora y el Impuesto sobre vertidos al litoral», por Francisco ADAME MARTÍNEZ, pág. 5.
- «*Ius privatum*, inmisión y protección del medio ambiente. Un replanteamiento crítico», por Miguel Ángel ADAME MARTÍNEZ, pág. 23.
- «Los impuestos andaluces sobre depósito de residuos», por Mónica ARRIBAS LEÓN, pág. 43.
- «Canon de Regulación, Tarifa de Utilización, y Canon de Servicios Generales en la Ley de Aguas para Andalucía», por Manuel GUERRA REGUERA, pág. 53.
- «Los impuestos ambientales autonómicos: límites derivados del artículo 6 de la LOFCA», por Montserrat HERMOSÍN ÁLVAREZ, pág. 67.
- «El impuesto andaluz sobre emisiones en el nuevo marco europeo para la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero», por Rocío LASARTE LÓPEZ, pág. 79.

«La gestión de los impuestos ecológicos en la Agencia Tributaria de Andalucía», por Vicente DE LA OLIVA AGUDO, pág. 93.

«El Impuesto sobre las Bolsas de Plástico de un Solo Uso (IBPSU) de Andalucía», por Jesús RAMOS PRIETO, pág. 107.

«El Impuesto sobre Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos: presente y futuro incierto», por María José TRIGUEROS MARTÍN, pág. 127.

REVISTA DE DERECHO COMUNITARIO EUROPEO Número 40 (Septiembre-Diciembre 2011)

«El régimen de comercio de armas convencionales en la Unión Europea», por Inmaculada MARRERO ROCHA, págs. 669-700.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL Número 282

«Los eslóganes publicitarios en la jurisprudencia», por José Manuel OTERO LASTRES, pág. 7.

«El derecho a completar el orden del día y a presentar nuevas propuestas de acuerdo en las sociedades cotizadas», por Josefina BOQUERA MATARREDONA, pág. 29.

«La prestación del asegurado en el seguro de asistencia sanitaria», por Pablo MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, pág. 57.

REVISTA DE DERECHO URBANÍSTICO Y MEDIO AMBIENTE Número 271 (Enero-Febrero 2012)

«La Comisión Central de Urbanismo: trayectoria histórica hasta su reciente y definitiva extinción», por Martín BASSOLS COMA, pág. 13.

«La insuficiencia de la regulación del subsuelo en la nueva Ley del Suelo», por Francisco Javier VÁZQUEZ MATILLA, pág. 29.

«Régimen del suelo urbanizable en la Ley 5/2006, de 2 de mayo, de ordenación del territorio y urbanismo de la Comunidad Autónoma de La Rioja», por Juan-Cruz ALLÍ ARANGUREN, pág. 59.

«El Derecho Constitucional a la vivienda. Teoría y práctica (1.ª parte)», por Antonio DOMÍNGUEZ VILA, pág. 93.

«Ejecución de instalaciones eólicas en la Comunidad Autónoma de Aragón: evaluación ambiental estratégica, control urbanístico e ingresos municipales», por Pedro CORVINOS BASECA, pág. 137.

Número 272 (Marzo 2012)

«Urbanismo, suelo y vivienda. Problemas vigentes (1.^a parte)», por Juan Antonio ÁLVAREZ MARTÍN, pág. 13.

«Notas para el debate sobre el urbanismo español y, en particular, andaluz», por José ZAMORANO WISNES, pág. 63.

«El Derecho Constitucional a la vivienda. Teoría y práctica (2.^a parte)», por Antonio DOMÍNGUEZ VILA, pág. 101.

«La modificación de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía y el régimen jurídico de las edificaciones y asentamientos urbanísticos existentes en el suelo no urbanizable», por Venancio GUTIÉRREZ COLOMINA, pág. 129.

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

Número 78 (Abril-Junio 2011)

«2001: Odisea de un Código (en torno a un Código Sucesorio Interregional Comparado)», por José CERDA GIMENO, pág. 9.

«El régimen jurídico de las garantías personales dependientes en el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR)», por María Dolores CERVILLA GARZÓN, pág. 81.

«El Reglamento (CE) número 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Especial referencia a las transacciones inmobiliarias y sus requisitos de derecho material y formal (segunda parte)», por Josep M.^a FUGARDO ESTIVILL, pág. 123.

«La autonomía de la voluntad en las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles», por Víctor Manuel GARRIDO DE PALMA, pág. 223.

«El papel del notario en la constitución y en general a lo largo de la vida de las fundaciones: elementos esenciales en la constitución de una fundación», por Juan Ignacio GOMEZA VILLA, pág. 267.

«Constitución y principios registrales», por Gunther GONZALES BARRÓN, pág. 297.

«Aspectos relevantes de la institución condicional de heredero y su modernización por los notarios», por Carmen LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, pág. 327.

«La primacía de la voluntad en el testamento bajo-medieval», por Juan Alfredo OBARRIO MORENO, pág. 361.

«El Derecho de cosas y los derechos reales», por Gabriel DE REINA TARTIÈRE, pág. 459.

REVISTA JURÍDICA DE CATALUÑA Número 1 (2012)

«El diálogo del Tribunal Constitucional español con la doctrina de otros tribunales», por Eugeni GAY MONTALVO, pág. 11.

«La STC 31/2010 sobre l'Estatut de Catalunya o la construcció jurisprudencial de l'estat autonòmic», por Joan RIDAO I MARTÍN, pág. 43.

«La conversión de la ejecución hipotecaria en definitiva: el concepto del valor del producto y las consecuencias procesales», por Vicente PÉREZ DAUDÍ, pág. 63.

REVISTA DI DIRITTO AGRARIO Número 3 (Julio-Septiembre 2011)

«La promozione della proprietà coltivatrice», por Maeianna GIUFFRIDA, pág. 285.

«Agricoltura, tutela del paesaggio e sviluppo delle energie alternative», por Irene CANFORA, pág. 304.

«Organizzazione individuale, familiare o collettiva d'impresa, e tutele differenziate», por Silvia BOLOGNINI, pág. 330.

REVISTA DE DIRITTO CIVILE Número 1 (Enero-Febrero 2012)

«Dalla scuola di Messina un contributo per l'Europa», por Vincenzo SCALISI, pág. 1.

«Verso principi generali uniformi degli atti della persona (e della famiglia)», por María Giovanna CUBEDDU, pág. 29.

«L'obbligazione nel conflitto tra principi generali», por Francesco GAMBINO, pág. 51.

«Il caso della S.R.L. a gestione personalistica. Innesto botánico o prodotto transgenico?», por Mario CAMPOBASSO, pág. 69.

«Contratti misti: variazioni sul tema», por Enrico DEL PRATO, pág. 87.

A) NORMAS A TENER EN CUENTA COMO MODELO ÚNICO EN LOS ESTUDIOS Y DICTÁMENES A PUBLICAR

Hemos considerado pertinente la disposición de unas normas generales que deberán ser seguidas por los colaboradores para la publicación de sus trabajos de forma uniforme.

- Los trabajos tendrán una EXTENSIÓN MÁXIMA de 25 a 40 folios para ser considerados ESTUDIOS, de 10 a 25 folios para DICTÁMENES, y de 2 a 4 folios para RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS.

En ESTUDIOS y DICTÁMENES habrá que incluir, al final del artículo, un breve RESUMEN de no más de medio folio (*en cursiva*) del problema que se ha abordado y dos voces o palabras clave, pues así lo exigen las nuevas normas del Centro de Información y Documentación Científica (CINDOC). El resumen nos lo pueden mandar en castellano e inglés o solo en castellano y nosotros lo traducimos.

- Tratamiento de texto: Word.
- Tipo de letra: Times New Roman, Tamaño: 12 p. Interlineado: sencillo (*sin negritas ni subrayados*).
- 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. ...

- Índice de las sentencias del Tribunal Supremo (citadas en el trabajo o no, siempre en conexión con el tema), que deberán citarse con el esquema siguiente:

Por ejemplo: STS de 22 de octubre de 2002.

- 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:

Si se tratara de un *Libro*:

APELLIDO APELLIDO, Nombre: *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, Editorial Civitas, Madrid, 1996.

O, si se aborda un *punto concreto* del Libro:

APELLIDO, Nombre: Droit Civil. La famille, 7.^a ed., Litec, París, 1995, págs. 555 y sigs.

Si se tratara de un *artículo*:

APELLIDO APELLIDO, Nombre: «Los alimentos debidos a la viuda encinta», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 2 de 1969, págs. 373 y sigs.

B) NORMAS Y ESTRUCTURA DE LOS COMENTARIOS A LAS SENTENCIAS Y A LAS RESOLUCIONES

- NORMAS GENERALES:

FUENTE: Times New Roman.

ESTILO DE FUENTE: Normal (*sin negrita, ni subrayados*).

TAMAÑO: 12 p.

INTERLINEADO: Sencillo.

EXTENSIÓN: *Mínima de 10 y máxima de 20 páginas con el anterior formato.*

Teniendo en cuenta que se trata de una sección que debe observar criterios de unidad y calidad jurídica y para atender también al impacto *editorial*, la extensión ha de ser observada en todo caso, no resultando posible publicarlos en caso contrario.

TÍTULO: En minúscula.

VOCES Y RESUMEN: En cursiva.

PLAZOS: *Para mantener la periodicidad de la revista como criterio de impacto, serán proporcionadas las fechas de entrega, no resultando posible su inclusión en caso contrario.*

- CRITERIOS DE REDACCIÓN Y PUBLICACIÓN:

- a) *En cada una de las subsecciones de Análisis Crítico de Jurisprudencia (Parte General, Familia, Derechos Reales, Sucesiones, Obligaciones, Responsabilidad Civil, Concursal-Civil, Mercantil y Urbanismo), así como en la sección de Resoluciones Comentadas, se publicará un único comentario según la distribución de autores y materias existentes. Estos comentarios de jurisprudencia serán artículos —aunque de menor extensión que los estudios— que recojan un problema jurídico concreto y su desarrollo jurisprudencial (analizando críticamente la solución jurisprudencial), por lo que no resulta suficiente el comentario de una sentencia determinada, sino que se debe abordar una institución o cuestión debatida en la jurisprudencia, aunque se parta de una determinada sentencia. Con ello conseguimos tanto el beneficio curricular de los autores como los criterios de calidad y unidad que deben presidir nuestra sección de Análisis Crítico de Jurisprudencia.*
- b) EL TÍTULO, entonces, debe ser el de un artículo. *No telegráfico* y como se hizo en su momento, que se recogía simplemente la materia y problema sobre el que versaba la sentencia comentada. Por tanto se elimina: *Fecha*

de sentencia, Ponente, Sala, Antecedentes, Doctrina y Comentario (excepto en el caso de que se trate de una Resolución que se incluya en la sección «Resoluciones Comentadas»).

De modo que *lo recomendable es*: «Modificación del título constitutivo de una propiedad horizontal cuando fue otorgado por el constructor-promotor propietario único». Descartados los títulos como Propiedad horizontal. Título Constitutivo. Modificación por promotor-constructor. *De este modo en las bases de datos resultará más fácil que sean conocidos estos trabajos* y se garantiza la divulgación de los contenidos de nuestra revista.

- c) Sí se incluirá en el borrador (aunque no se publicará así), el encabezado correspondiente a:

1. DERECHO CIVIL

1.1. PARTE GENERAL

Pero, únicamente, se hará para facilitar la clasificación en la base de datos de la Revista.

- d) ENTREGA DEL SUMARIO: Los trabajos deberán incluir, además, al principio el SUMARIO donde figuren los epígrafes y subepígrafes elaborados en el texto.

- e) PAUTAS DEL SUMARIO: El desarrollo del «comentario» será similar al de un artículo, un todo homogéneo dividido en sus correspondientes epígrafes, según el Anexo I al final de estas indicaciones y siguiendo las pautas siguientes:

I.

II. 1.

III. 1. A.

IV. 1. A. a)

V. 1. A. a) a')

- f) BIBLIOGRAFÍA E ÍNDICE DE RESOLUCIONES: Cada trabajo deberá incluir su BIBLIOGRAFÍA y un ÍNDICE SUMARIO de jurisprudencia citada en el trabajo. El esquema es el siguiente (STS de 22 de octubre de 2002).

- g) RESUMEN y PALABRAS CLAVE: Para finalizar, habrá que incluir dos VOCES o palabras clave y un breve RESUMEN (*en cursiva*) del problema que se ha abordado, pues así lo exigen las nuevas normas del Centro de

Información y Documentación Científica (CINDOC), de una extensión aproximada de seis líneas. La traducción al inglés la puede hacer el autor o, en su defecto, lo hará la Revista.

ANEXO I: MODELO DE COMENTARIO

1. DERECHO CIVIL

1.3. DERECHOS REALES

«Examen de la evolución jurisprudencial y doctrinal hacia la admisión de un *numerus apertus* en los derechos reales y su estrecha relación con el principio de especialidad».

AUTOR

PROFESIÓN

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. TESIS DEFENDIDAS SOBRE LA ADMISIÓN DE NUEVOS DERECHOS REALES: 1. LOS DERECHOS REALES SON *NUMERUS CLAUSUS*. 2. LOS DERECHOS REALES SON *NUMERUS APERTUS*.—III. LAS EXIGENCIAS DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

.....

II. TESIS DEFENDIDAS SOBRE LA ADMISIÓN DE NUEVOS DERECHOS REALES

1. LOS DERECHOS REALES SON *NUMERUS CLAUSUS*

.....

2. LOS DERECHOS REALES SON *NUMERUS APERTUS*

.....

III. LAS EXIGENCIAS DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

.....

IV. CONCLUSIONES

.....

V. BIBLIOGRAFÍA

.....

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

RESUMEN

NUMERUS APERTUS *PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD*

Se pretende repasar la evolución doctrinal y jurisprudencial de la vieja polémica en torno a un numerus clausus o apertus de los derechos reales. Dicha controversia, hoy, se ha superado en sentido de admitir sin problemas el numerus apertus de dichos derechos, si bien, con ciertos límites o limitaciones en su admisión. Hay que analizar los requisitos y límites establecidos por la jurisprudencia a dicha categoría, así como las consecuencias que la inscripción de las «nuevas figuras» puede tener.