

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 LXXXVII • Noviembre-Diciembre 2011 • Núm. 728

REVISTA BIMESTRAL

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

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

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

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

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente

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

Comisión ejecutiva

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

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

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

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

Consejero-Secretario de la Revista

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

Consejeros

Don Juan Vallet de Goytisolo
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

« <i>Superficies solo cedit</i> : un principio (natural) en crisis (económica)», por GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA	3063
«Los derechos de uso y habitación desde una nueva perspectiva: cesión de inmuebles», por ANA LAMBEA RUEDA	3105
«Contrato condicional: incertidumbre, intangibilidad y manipulación de la condición», por SERGIO LLEBARÍA SAMPER	3151
«Sobre el catastro parcelario: su necesidad y funciones en el comercio jurídico y la urgencia de su conexión con el Registro de la Pro- piedad», por ROSA MARÍA MONTORO RUEDA	3203
«Luces y vistas sobre tejado ciego», por CAMINO SANCIÑENA ASUR- MENDI	3255

DICTÁMENES Y NOTAS

«El control de legalidad urbanística a través de la calificación registral. Alcance sobre la determinación de su extensión de la doctrina resultante de la resolución de la DGRN, de fecha 19 de mayo de 2010», por RAFAEL ARNÁIZ RAMOS	3291
«Interpretación de testamento y comentario a la sentencia de 27 de abril de 2010», por AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA	3319

DERECHO COMPARADO

«El <i>fallimento post mortem</i> y la separación de patrimonios en el or- denamiento italiano», por FÁTIMA YÁÑEZ VIVERO	3337

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

Resumen de Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, coordinado por JUAN JOSÉ JURADO JURADO	3369
Comentarios a Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado:	
«El principio constitucional de tutela judicial efectiva en el ámbito del Registro de la Propiedad», por GABRIEL DE REINA TARTIÈRE	3391

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general:

— «La reforma del artículo 30 del Código Civil. Estudio de las condiciones del nacimiento. Repercusiones jurisprudenciales», por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE ..	3403

1.2. Derecho de familia:

— «Reconocimiento de la filiación por complacencia. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de noviembre de 2010», por ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT	3415
— «Atribución temporal del uso de la vivienda familiar», por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	3451

1.3. Derechos reales:

— «Reflexiones sobre la rectificación de diferencias registrales y catastrales después de la Ley 2/2011, a la luz de Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado», por MIGUEL ROMERO VELASCO	3463

1.4. Sucesiones:

— «Vocación hereditaria, personalidad y criaturas abortivas: la reforma del artículo 30 del Código Civil e incidencia de la eliminación del requisito de la viabilidad en el régimen de la capacidad de suceder por testamento o <i>abintestato</i> », por MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ .	3489

1.5. Obligaciones y contratos:

— «La fianza como forma de garantía personal: su régimen jurídico y su regulación en la contratación internacional», por ROSANA PÉREZ GURREA	3514

1.6. Responsabilidad civil:

- «Examen jurisprudencial de la responsabilidad derivada de ilícitos dañosos causados por personas con trastornos mentales», por FÁTIMA YÁÑEZ VIVERO 3531

1.7. Concursal Civil:

- «La acumulación de los concursos de acreedores de ambos cónyuges en la jurisprudencia», por CARLOS CUADRADO PÉREZ 3557

2. MERCANTIL

- «La consideración del sexo del asegurado como factor de riesgo en los contratos de seguro constituye una discriminación», por BÁRBARA DE LA VEGA JUSTRIBÓ 3587
- «El autocontrato en la fundación de sociedades», por FRANCISCO REDONDO TRIGO 3606

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

- «La modificación del artículo 20 del Texto Refundido de la Ley de Suelo por el Real Decreto-ley 8/2011 en materia de declaración de obra nueva y su incidencia sobre la doctrina tradicional de la Dirección General», por EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN 3623

ACTUALIDAD JURÍDICA

- Información legislativa y de actividades 3641

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS:

- «Medioambiente y uso del suelo protegido. Régimen jurídico-civil, penal y administrativo», de MARÍA MARTÍNEZ MARTÍNEZ, por CARMEN MUÑOZ GARCÍA 3671
- «Residencias y alojamientos alternativos para personas mayores en situación de dependencia», de VV.AA., por INMACULADA VIVAS TESÓN 3673

- REVISTA DE REVISTAS** 3679

ESTUDIOS

Superficies solo cedit: Un principio (natural) en crisis (económica)

por

GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

SUMARIO

- I. *SUPERFICIES SOLO CEDIT*: LA CRISIS DE UN PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO EN MATERIA DE ACCESIÓN.
 - II. REFUTACIÓN DE LA PRETENDIDA INVERSIÓN Y SUPRESIÓN DEL PRINCIPIO *SUPERFICIES SOLO CEDIT* Y SU REAFIRMACIÓN COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO:
 1. UNA PRIMERA CRÍTICA A LA INVERSIÓN Y ANIQUILACIÓN DEL PRINCIPIO *SUPERFICIES SOLO CEDIT* POR SU —PRETENDIDO Y CONTINGENTE— FUNDAMENTO —EXCLUSIVAMENTE— ECONÓMICO QUE LA CONVIERTE EN REGLA ANACRÓNICA DESDE UNA —IMPRUDENTE— INTERPRETACIÓN SOCIOLÓGICA.
 2. EL PERMANENTE RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA DEL PRINCIPIO *SUPERFICIES SOLO CEDIT* Y SU GENUINA CONSAGRACIÓN EN EL ARTÍCULO 358 DEL CÓDIGO CIVIL.
 3. FUNDAMENTO LÓGICO Y NATURAL, DESDE EL DERECHO ROMANO HASTA NUESTROS DÍAS, DEL PRINCIPIO *SUPERFICIES SOLO CEDIT* EN EL PODER ATRAYENTE DEL SUELO, COMO ÚNICO INMUEBLE NATURAL POR EXCELENCIA.
 - III. LAS CONSTRUCCIONES EXTRALIMITADAS, DESDE LA REGLA *SUPERFICIES SOLO CEDIT*, COMO UNA LUCHA ENTRE EL SUELO INVASOR Y EL SUELO INVADIDO.
- CONCLUSIONES, BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA.

I. *SUPERFICIES SOLO CEDIT*: LA CRISIS DE UN PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO EN MATERIA DE ACCESIÓN

Accessorium sequitur principale: lo accesorio sigue a lo principal. Es un principio lógico elemental; tanto que ha sido siempre aceptado como principio general del Derecho. Por su propia lógica, su campo de aplicación es amplísimo: en materia de obligaciones, de contratos, de garantías del crédito, de legados... La sola enumeración de dicho ámbito aplicativo sería fatigosa.

Aquí y ahora solo importa estudiar uno de ellos: el de la accesión como modo de adquirir la propiedad. En dicho ámbito, aquel principio resuelve, con justicia y certeza, un problema no poco frecuente: ¿*Quid* si dos cosas, de diverso dueño, se unen entre sí, o se incorpora una a la otra, formando una sola, sin que quepa ya la separación: a cuál de los anteriores dueños se atribuye la propiedad de la cosa nueva o incorporada? En parte, recuerda tal disputa a la salomónica.

Y como en ella, injusto, y antieconómico también, resultaría solucionar el problema como si se tratara de un nudo gordiano que, según el dicho quijotesco, solo la Parca podría desatar, o más bien cortar de tajo. Porque: o bien la separación es materialmente imposible, o bien, aun siendo posible, resulta económicamente inviable.

Aunque pudiera resultar justa, antieconómica para el tráfico jurídico también sería pensar en la copropiedad, siempre sometida en su gestión a la decisión mayoritaria o unánime de los copropietarios. *Communio est mater discordiarum.*

No queda, pues, otra solución, más justa y económica, que la impuesta por la lógica del *accessorium sequitur principale*: de este modo, cuando dos cosas de diferente dueño se unen o se incorpora una a la otra, la accesoria seguirá a la principal; *accessorium cedit principali*: lo accesorio cede a lo principal; el dueño de la cosa principal se convertirá en dueño de la cosa accesoría. Así se observa, hoy, en el artículo 375 del Código Civil, para el caso de bienes muebles que se unen, y en el artículo 358 del Código Civil, para el de bienes inmuebles que se unen o se incorporan.

Que los dueños de una y otra cosa actúen de buena o mala fe, que sepan o no de la ajenidad de la cosa que estaban uniendo o incorporando a la suya, podrá tener la oportuna consecuencia compensatoria y, en su caso, indemnizatoria. Pero a los efectos jurídico-reales, atributivos de la propiedad, basta con aquel principio jurídico. Siempre ha bastado con él.

Admitida tal solución con tal fundamento, lo que quizá puede resultar más discrecional es decidir qué cosa es la principal y cuál la accesoria:

Cuando se trata de la unión o de la incorporación de cosas muebles, para determinar en cada caso qué cosa mueble es la principal y cuál la accesoria, los artículos 376 y 378 del Código Civil atienden, jerárquicamente, ante todo, a su autonomía; en su defecto, a su valor, y en igualdad de valor, estima como

mueble principal al de mayor volumen. Aunque lógicos sean tales criterios, en particular los dos últimos (el de valor y volumen) obedecen a una decisión de política legislativa, propia del liberalismo burgués en que se redactó el Código Civil, y que pervive hoy, frente a tiempos pasados en los que, a la inversa, importaba más el volumen que el valor de las cosas muebles.

Para cuando se trate de la unión o de la incorporación de cosas inmuebles (o de mueble a inmueble), dejando al margen las accesiones naturales, la decisión es tomada por el artículo 358 del Código Civil. A su vista queda que el suelo es el bien principal y la obra o la plantación en él hecha lo accesorio. A diferencia de lo sucedido en la accesión mobiliaria, aquí, en la accesión inmobiliaria, no ha habido variación en el criterio a lo largo de la historia para decidir qué inmueble es el principal. Desde el Derecho romano aquel ha sido siempre el criterio: *quidquid inaedificatur solo cedit, superficies solo cedit*, se decía en multitud de textos romanos, especialmente gayanos (1). La superficie cede al suelo.

No obstante su arraigada tradición, se aprecia hoy su aniquilamiento en algunos regímenes. Es el caso, a.e., del Código Civil catalán. PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS (2) creen que en él sigue plenamente vivo el principio *superficies solo cedit*, mas porque solo atienden a sus artículos 542-3 y 542-4 (equivalentes a nuestros arts. 353, 358 y 359 CC); en cambio, en los artículos 542-7 y 542-9 (equivalentes a nuestros arts. 361 y 360, respectivamente, aunque con inclusión de las construcciones extralimitadas (3), aquel principio cede ante el más general

(1) En la ley 7 de la Tabla VI se decía: «*Tignum iunctum aedibus vineave et concapit ne solvito*»; y en la siguiente, la 8.^a, se insistía: «*Lex XII tabularum neque solvere permittit tignum furtivum aedibus vel vineis iunctum neque vindicare...*». En las *Instituciones* de GAYO (2, 73), se dirá: «*Praetera id, quod in solo nostro ab aliquo aedificatum est, quamvis ille suo nomine aedificaverit, iure naturali nostrum fit, quia superficies solo cedit*». Luego ya en las *Instituciones* de JUSTINIANO, en § 29: «*Cum in suo solo aliquis ex aliena materia aedificaverit, ipse intelligitur dominus aedificii, quia omne quod inaedificatur, solo cedit*»; y en § 30 de las *Instituciones* de JUSTINIANO, se dirá: «*Ex diverso, si quis in alieno solo sua materia domum aedificaverit, illius fit domus cuius et solum est*». Y así en Digesto 41, 1.7, §§ 10 y 12.

(2) PUIG FERRIOL, L. y ROCA TRIAS, E. (en *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, IV: *Drets reals*, Valencia, 2007, pág. 226).

(3) Dice el artículo 542-7 del Código Civil catalán, en su apartado 1: «*El propietario o propietaria del suelo en que otra persona ha construido total o parcialmente, de buena fe, cuando el valor del suelo invadido es superior al de la construcción y el suelo ajeno, puede optar por: a) Hacer suya la totalidad de la edificación y de la parte de suelo ajeno pagando los gastos efectuados en la construcción y el valor del suelo ajeno. b) Obligar a los constructores a adquirir la parte del suelo invadida o bien, si el suelo invadido no puede dividirse o el resto resulta no edificable, a adquirir todo el solar*». Y dice su artículo 542-9: «*1. El propietario o propietaria del suelo en que otra persona ha construido total o parcialmente, de buena fe, cuando el valor del suelo invadido sea inferior o igual al de la construcción y el suelo ajeno, debe ceder la propiedad de la parte del suelo invadida a los constructores si estos lo indemnizan por el valor del suelo más los daños y perjuicios causados y si la edificación constituye una unidad arquitectónica que no es materialmente divisible (...)*

de *accessorium sequitur principale*, determinándose la principalidad o la accesoria directamente por el valor de las cosas, en el caso de las obras invasoras comparando directamente el valor de la obra con el del suelo invadido. Ya en el preámbulo de la Ley 25/2001, de 31 de diciembre, sobre accesión y ocupación, de Cataluña, antecesora de la actual redacción, de 2006, del Libro V de su Código Civil (De los derechos reales), se afirmaban como principios rectores el de la buena o mala fe, el derecho de retención como garantía, y, precisamente, el del mayor valor del suelo o de la construcción, sin mencionar en absoluto la máxima romana, de tan larga tradición, no solo en el Reino de Castilla, sino en el propio de Cataluña, que sería expresamente recogido en el Usatge: *Si quis in alieno* (4) y luego en el artículo 278 de su Compilación.

Frente a aquella opinión de PUIG y de ROCA, sí reconocen, como acierto en su opinión, que actualmente el principio *superficies solo cedit* ha sido derogado en el Código Civil catalán, MARSALL GUILLAMET (5) y, aunque con menos entusiasmo, ALONSO PÉREZ (6), diciendo, no obstante, que tal máxima subsiste en el caso de su artículo 542-3 (7) cuando constructor y *dominus soli* son idéntica persona o aquel (como arquitecto, constructor...) ha actuado por cuenta de este. Mas se refieren a una norma que, como nuestro artículo 353 del Código Civil, simplemente menciona, o define genéricamente el fenómeno de la accesión. Súmese a ello que cuando el edificante y el dueño del suelo son la misma persona (o aquella obra por encargo de esta), no hay verdadera accesión, por no haber ningún conflicto de intereses previo, al no haber invasión en suelo ajeno, sino ejercicio de la propiedad del suelo *jure proprio*.

2. Los propietarios del suelo invadido pueden obligar a los constructores a comprarles todo el solar cuando el suelo invadido no puede dividirse o el resto del suelo resulta no edificable. (...) 3. Los propietarios del suelo invadido pueden optar por una indemnización en especie consistente en la adjudicación de pisos o locales si los constructores han constituido un régimen de propiedad horizontal o si este régimen puede constituirse físicamente en el edificio construido».

(4) Contenido en el Libro VII, Título I, Constitución Única del volumen 1.º de las *Constitucions et altres drets de Catalunya*. Aunque puede encontrarse una versión bilingüe del tal Usatge, en latín y en catalán, en CUSI ESCOFET, W. («Accesión industrial. Derecho de retención. Comentario a la STS de 30 de mayo de 1969», en *RJC*, 1970, págs. 327 y 328), pudiéndose así apreciar su sinonimia con el Digesto (D. 41, 1, 12), como lo advertía CÁNCER, J. (en su *Variarum resolutionum...*, 1712, folios núm. 129 y sigs.), también existe su traducción al castellano hecha por RAMOS GONZÁLEZ («La accesión invertida y el derecho de superficie. Su problemática en el Código Civil, Derecho científico y legislación catalana», en *RJC*, 1977, pág. 375), que probablemente recoge la de RIERA AISA, L. (voz «Edificación», en *NEJ*, T. VIII, pág. 57).

(5) MARSALL GUILLAMET, J. (en *Comentarios al Libro V del Código Civil Catalán, sobre Derechos reales*, Tomo I. Dir. A. GINER GARGALLO, Barcelona, 2008, págs. 453, 455 y 456).

(6) ALONSO PÉREZ, M. A., «La accesión inmobiliaria en Derecho catalán», en *AC*, 2010, núm. 3, pág. 1 y sigs.).

(7) Que dice: «Las plantaciones, cultivos y edificaciones que estén incluidos en una finca pertenecen a los propietarios de la finca por derecho de accesión inmobiliaria».

Queda de esta forma en Cataluña aniquilado, para la accesión al menos, el clásico principio *superficies solo cedit*. Aun sin negarle originalidad, no ha hecho el Código Civil catalán con ello sino llevar hasta sus últimas consecuencias, para toda accesión inmobiliaria, lo que ya nuestra jurisprudencia y doctrina comunes hicieron para resolver el caso, no contemplado en el Código Civil español, de las construcciones extralimitadas con la tesis de la accesión —precisamente llamada— invertida. Creada por obra de la jurisprudencia desde la STS de 31 de mayo de 1949, ante todo, se estima antieconómico aplicar estricta y rígidamente los artículos 361 y siguientes del Código Civil, que regulan la hipótesis de construcción en suelo —totalmente— ajeno. Su aplicación obligaría a demoler la edificación, como mínimo en su parte extralimitada, aun siendo el constructor de buena fe, o a constituir sobre ella una especie de copropiedad —absurda o anormal, por su forzosa división lineal en vertical—. En su lugar, se propone aplicar el artículo 361 de forma invertida, a partir de un razonamiento bastante simple: sabiendo que el principio *superficies solo cedit* es concreción del más genérico principio *accessorium sequitur principale*, y creyendo que ambos se fundan, tratándose de inmuebles, en el mayor valor económico del suelo que el de lo que sobre él se construya o se plante, el paso lógico siguiente es fácil cuando la obra está a caballo entre dos suelos: si el valor económico de esa obra resulta mayor que el del suelo ajeno parcialmente ocupado habrá de concluirse que lo principal es aquella obra y que lo accesorio es el suelo ajeno invadido. De este modo queda invertida la fórmula *superficies solo cedit*; o, como es muy común decir en la jurisprudencia, queda aquella en realidad derogada y reemplazada, o sustituida, por la más amplia de *accessorium cedit principali* (8), como así ha hecho el Código Civil catalán. Aunque a costa de invertir otro principio, concreción de aquel, el del *superficies solo cedit* hasta darle un giro de 180°, para convertirlo en la excepción *solum superficiei cedit* (o *solo cedit superficie*, según dijo la STS de 10 de diciembre de 1980). Lo impone, según suele decirse, la necesidad de asegurar la buena vecindad y la de proteger la riqueza inmobiliaria. Rememorando el propio Derecho romano en materia de accesión inmobiliaria, suele recordarse ahora la necesidad de evitar la destrucción de los edificios y de mantener el decoro y ornato de las ciudades: el *ne aspectus urbis deformatur* del Digesto, o el «*por apostura, e por nobleza de las Cibdades, e de las Villas; que las obras que fueren y fechas, non las derriben por tal razon como esta*» de las Partidas (9).

(8) Así, las SSTS de 3 de marzo de 1978, sobre todo la de 15 de junio de 1981, y siguiéndola la de 30 de noviembre de 1981, de 6 de noviembre de 1992, de 29 de julio de 1994, y la de 22 de marzo de 1996; y la STSJ de Cataluña, de 22 de julio de 1991.

(9) Como síntesis de esta justificación, en la jurisprudencia pueden citarse las SSTS de 10 de diciembre de 1980 y la de 19 de abril de 1988, que fundamenta la accesión invertida, dice, en «*criterios armónicos de equidad, sentido social de la propiedad y económico de la edificación*», siendo en esto reproducida por las SSTSJ de Cataluña, de 22 de julio de

En las entrañas de esta tesis de la accesión invertida, más allá del particular caso de las construcciones invasoras y acorde con la generalización contenida en el CC catalán, subyace más radicalmente una crítica al axioma *superficies solo cedit* atendido su —pretendido— fundamento —como exclusivamente— económico. Primero en Italia, luego en Francia, y finalmente en España, se ha convertido en objeción muy común, manida ya, decir que aquella regla, procedente del Derecho romano y mantenida durante siglos, está ya caduca, que es anacrónica. Uno de los primeros en decirlo, en la década de los treinta del siglo XX, fue el italiano BERLIRI, quien creía que el criterio del valor económico comparativo entre suelo y edificación debía ceder a favor de la consideración del trabajo, del esfuerzo humano, debiendo este convertirse, al modo germánico, en la máxima decisiva de qué es lo principal y qué lo accesorio tratándose de construcciones (10). Después, en la década de los cincuenta, en Francia destacará, sobre todo, LEVIE, quien, apoyado en las justificaciones sociales, económicas e incluso políticas que de la regla romana daba BONFANTE, la estima ya como extemporánea (11). Finalmente, ya en España, uno de los primeros en acoger dicha tendencia, aunando ambas ideas, será en los sesenta Díez-PICAZO (12).

1991 y de 6 de abril de 1998, en traducción al español hecha por la STSJ de Aragón, de 7 de noviembre de 2001. También la STS de 29 de julio de 1994 la justifica «en atención a razones de política económica, social y de buena vecindad» —«de buena voluntad», en lugar de vecindad, dirá la STS de 19 de julio de 1999—. Aunque en *obiter dictum*, la STS de 10 de noviembre de 2004 alude a «razones de equidad y justicia para evitar la demolición de lo edificado y afectar sustancialmente a la actividad empresarial» que en el edificio del caso se desarrollaba.

(10) BERLIRI, L. V., «Obbiezioni al dogma “*superficies solo cedit*” nel diritto odierno», en *Temi Emiliana*, 1932-II, pág. 6 y sigs.), quien solo admite el principio *superficies solo cedit* como *jus singulare*, considerando incluso (en pág. 9), que dicho principio era ya anacrónico en Derecho Romano clásico, pues ya entonces el edificio es *nova res*, formada por los materiales y el suelo, un cosa independiente y no *pars fundi*, similar a lo que sucede en la especificación. Prueba de tal autonomía, dice (pág. 12), es el derecho de superficie; parece, sin embargo, olvidar que, precisamente, tal derecho es una excepción, no la regla, y que además por su carácter esencialmente temporal, cuando se extingue el edificio accede a la propiedad del suelo. Y como idea final cree (pág. 18) que la regla clásica de que la superficie cede al suelo no es natural, ni lógica, como lo demuestra, dice (pág. 17, nota 3), el artículo 361 del Código Civil español. En idéntica línea que la de BERLIRI, de criticar el principio romano, por proceder de una economía agraria, en lugar de valorar el trabajo, BARASSI, L., *I diritti reali nel nuovo Codice civile*, Milán, 1943, pág. 327).

(11) LEVIE, P., *Traité théorique et pratique des Constructions érigées sur le terrain d'autrui*, Louvain, 1951, págs. 130 y 131, reproduciendo de BONFANTE, no su *Curso de Derecho Romano*, sino su *Historia del Derecho Romano*. Por su parte, también GOUBEUX, G. (*La règle de l'accessoire en Droit Privé*, París, 1969, págs. 270 y 271), al fundamentar el principio romano en el mayor valor económico del suelo, estimará tal principio como «despassée».

(12) Díez-PICAZO, L., «La modificación de las relaciones jurídico-reales y la teoría de la accesión», en *RCDI*, 1966, págs. 848 y 849), cuyas palabras han sido tan seguidas por tantos otros, hasta hoy, que merecen ser cumplidamente reproducidas: «Desde algún punto de vista, el principio *superficies solo cedit*, como derivación de la regla *accessorium sequitur principale*, representa hoy en día un anacronismo —decía—. No puede generalizarse la

A esta opinión se ha unido la de muchos otros (13) advirtiendo, o recordando con BONFANTE, que la concepción quiritaria e individualista de la propiedad y que el carácter rural y agrario propios de la sociedad romana en que se gestó el principio *superficies solo cedit* están hoy superados, desfasados (14).

Como síntesis de toda esta doctrina, y de su conexión con la accesión invertida, basta con reproducir lo que no hace mucho, como afirmación aún aceptada, decía la STSJ de Cataluña, de 6 de abril de 1998, en traducción

idea de que la tierra es lo principal, y lo construido sobre ella lo accesorio. De hecho, la tierra no es otra cosa que un elemento que debe ligarse con otros para que la utilidad social aparezca. Puede incluso ocurrir que el valor social y económico de la construcción sea muy superior al valor del suelo en sí mismo considerado, que haya necesitado una inversión de capital superior al valor económico atribuible al suelo, y en todo caso una iniciativa o idea empresarial que debe también tenerse en cuenta adecuadamente. Por supuesto que esto no quiere decir que el constructor de buena fe por este solo hecho debe hacer suyo el suelo que construye, pero sí que no se ve ninguna razón seria para modificar en este punto los esquemas según los cuales *accessorium sequitur principale*, respecto de los cuales solo una anticuada mentalidad puede pensar que *necesariamente* la tierra es lo principal. (...) A mi juicio —concluía DÍEZ-PICAZO—, la idea de que *superficies solo cedit* debe desterrarse y se deben conjugar únicamente la valoración de la buena o mala fe de la persona y la valoración de la relación accesorio-principal, admitiendo, por regla general, que no tiene que ser la tierra, sino que en ocasiones puede ser perfectamente la construcción montada sobre ella. Piénsese, desde este punto de vista, que la tierra funcionalmente es siempre un accesorio —el soporte de una construcción— y que no es justo que la creación de riqueza y de utilidad social que el acto de construcción lleva siempre consigo, sobre todo cuando lo realiza un constructor de buena fe, dé lugar a un derecho del dueño de un suelo menos valioso que la obra, para adquirir esta».

(13) Entre otros, como los más relevantes, ALONSO PÉREZ, M., en *Comentarios al Código Civil*, T. V-1.º (arts. 333-381), dir.: M. ALBALADEJO GARCÍA, Madrid, 2.ª ed., 1990, págs. 328 a 331; GARRIDO PALMA, V. M., «¿*Superficies solo cedit*? El principio de accesión y el principio de superficie», en *RDN*, 1969, págs. 98 a 100; PONS DE AVILÉS, J. M., «L'accessió invertida. Nous horitzons [Discurs d'ingrés]», en *RJC*, 1991, págs. 480 y 483), hablarán del suelo como simple elemento de radicación, colocación o asentamiento del edificio. Más agriamente, AGÚNDEZ, A., «Accesión por extralimitación de edificaciones», en *RDJudicial*, 1963, pág. 83, dirá que: «el suelo, cuando cumpla fines urbanos, no supone más que cimiento, base y descanso de la construcción, de la vivienda a que servirá de soporte físico».

(14) Merece, en este sentido, ser reproducida la siguiente explicación de ALONSO PÉREZ, M. (págs. 328 y 329): «Porque, en definitiva, un imperio con 50 millones de habitantes menos poblado que la Italia actual, no sintió la necesidad de otorgar relevancia especial a edificaciones y plantaciones. Había espacio suficiente para vivir y plantar. El suelo, en cambio, fue para aquel mundo cultural expresión de todo un ordenamiento centrado en el cultivo del *fundus instructus* y en la unión del solar con la casa como un todo inescindible, donde germinan las instituciones jurídicas que el Derecho romano nos legó: la *familia*, con sus exigencias de culto y religión; la *propiedad* como plenitud de atribuciones en el “*paterfamilias*”, y la *herencia* como perpetuación del patrimonio familiar in *aeternum* constituido por la tierra, los penates y los elementos (*instrumentum fundi*) a aquella incorporados. Enemigos del condominio y partidarios del deslinde dominical, es para los romanos menos complicado expandir su titularidad a todos los incrementos y accesiones que establecer una coparticipación. Pueblo sedentario e industrial, a diferencia del germánico, trashumante y belicoso, la tierra es el elemento básico de su desarrollo cultural y político».

al español hecha por la STSJ de Aragón, de 7 de noviembre de 2001, que la secunda: *«La doctrina de la denominada accesión invertida o construcción extralimitada ha sido creada jurisprudencialmente para evitar los excesos que pudieran derivarse de una aplicación estricta de la adquisición de la propiedad por accesión, conforme al principio de derecho romano “superficies solo cedit” —y así— realizar una justicia conmutativa que quedaría ausente muchas veces de aplicarse sin matizaciones el viejo principio antes citado, que deriva de una concepción romana de la propiedad y de una sociedad sedentaria y, como tal, agrícola y patriarcal, que tenía como elemento nuclear la casa, concepción dominical contraria a titularidades compartidas e indivisas, y era la tierra a la que se incorporaban los entonces poco valorados elementos mobiliarios: “res mobilis res vilis”. Los valores de una sociedad actual son prácticamente los contrarios y la jurisprudencia ofreció la solución al citado postulado consagrado en los artículos 358 y siguientes del Código Civil a través de una interpretación sociológica, que comienza con la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1949».*

Pero, ¿han sido realmente prudentes, y delicadas, aquella inversión, primero, y la supresión posterior de un principio milenario, hechas ambas desde una interpretación sociológica? Como decía en su Preámbulo el Decreto de 31 de mayo de 1974, de reforma del Título Preliminar del Código Civil, el empleo del criterio interpretativo sociológico recogido en el artículo 3.1 del Código Civil es *ciertamente muy delicado* (15), ha de emplearse con *mucho tino y prudencia*, dice la jurisprudencia formada en torno a tal criterio (16), como así exigiría la cuestión que aquí se trata. No se olvide que, aunque el resultado de toda interpretación conforme a la realidad social es modificativa del sentido de la norma a interpretar, como desde hace tiempo advierte el propio TS, tal modificación no puede suponer la inaplicación ni tampoco —dice— la tergiversación de la norma; solo puede conducir a la mitigación de su rigor. Y esto es, precisamente, lo único que parece exigir la prudencia en la aplicación del Código Civil al caso de las construcciones extralimitadas: la suavización en la aplicación del artículo 361 del Código Civil para evitar el resultado absurdo o injusto a que pueda llevar su rígida y directa aplicación. Porque invertir por razones socio-

(15) En efecto, decía en su Preámbulo el Decreto de 31 de mayo de 1974, de reforma del Título Preliminar del Código Civil: *«La ponderación de la realidad social al tiempo de aplicación de las normas introduce un factor cuyo empleo, ciertamente muy delicado —dice—, es posible en alguna medida acomodar los preceptos jurídicos a circunstancias surgidas con posterioridad a la formación de aquellos».* Y mucho antes, así lo advertía la pionera STS de 21 de noviembre de 1934.

(16) Así, desde la STS de 21 de noviembre de 1934, a la que siguen, entre otras muchas, las de 24 de enero de 1970, 31 de marzo de 1978, 8 de marzo de 1982, 28 de febrero de 1989, 7 de enero y 25 de abril, ambas de 1991, las SSTS de 10 de abril de 1995, 18 de noviembre de 1997, 26 de febrero de 2004, de 10 de febrero y 28 de abril, las dos de 2005, 20 de diciembre de 2006, y 26 de noviembre de 2007.

económicas aquel principio es romper de raíz con una ancestral tradición que si no universal, al menos ha sido la más influyente en todos los ordenamientos de inspiración romana (incluidos algunos —no pocos— de natural tradición germana pero de adopción romana en este punto (17).

II. REFUTACIÓN DE LA PRETENDIDA INVERSIÓN Y SUPRESIÓN DEL PRINCIPIO *SUPERFICIES SOLO CEDIT* Y SU REAFIRMACIÓN COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO

1. UNA PRIMERA CRÍTICA A LA INVERSIÓN Y ANIQUILACIÓN DEL PRINCIPIO «*SUPERFICIES SOLO CEDIT*» POR SU —PRETENDIDO Y CONTINGENTE— FUNDAMENTO —EXCLUSIVAMENTE— ECONÓMICO QUE LA CONVIERTE EN REGLA ANACRÓNICA DESDE UNA —IMPRUDENTE— INTERPRETACIÓN SOCIOLÓGICA

De ser tan evidente aquella razón económica apuntada para criticar y, luego, invertir y eliminar el principio *superficies solo cedit*, ¿por qué no ya en la era codificadora se consagró el principio opuesto —de que el suelo cede a la superficie—, con alcance general, no solo para las construcciones extralimitadas? Lo insinuaba, a principios del siglo pasado, MANRESA (18), aunque en este punto no debe dársele excesivo crédito cuando era el único que justificaba el antiguo artículo 1404.II del Código Civil (19), único caso de accesión invertida de nuestro Código (20), por razones económicas, creyendo que la obra hecha

(17) A título de ejemplo, advierte WOLFF, M., *Tratado de Derecho Civil*, T. III, vol. 1.º: *Derecho de Cosas*, trad.: B. PÉREZ GONZÁLEZ y J. ALGUER, 3.ª ed., al cuidado de J. PUIG BRUTAU, Barcelona, 1971, págs. 478 y 479), que en materia de accesión de mueble a inmueble, ex § 946 BGB (en relación con otros: 93, 94 y 949 BGB), rige el *superficies solo cedit*, siendo el suelo cosa principal aunque el valor del mueble —dice— sea superior, porque el bien mueble se convierte en parte integrante esencial del inmueble. Aunque tal categoría técnica no exista expresamente aceptada en nuestro Derecho (vid., por todos, CLAVERRÍA GOSALBEZ, L. H., «Las pertenencias en el Derecho Privado español», en *ADC*, 1976, págs. 3-54), la razón lógica-natural que, veremos, en él subyace, al margen de denominaciones técnico-legales, es idéntica.

(18) MANRESA NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil español*, T. III: *Artículos 333-429*, Madrid, 1904, págs. 176 y 177.

(19) Que decía: «*Las expensas útiles, hechas en los bienes peculiares de cualquiera de los cónyuges mediante anticipaciones de la propiedad o por la industria del marido o de la mujer, son gananciales. (...) Lo serán también los edificios construidos durante el matrimonio en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose el valor del suelo al cónyuge a quien pertenezca*».

(20) Una «accesión al revés», la llamaba en muchas ocasiones GARCÍA-GRANERO FEZ, J., «Edificación con dinero ganancial en suelo propio de uno de los cónyuges», en *RDP*, 1950, pág. 203 y sigs., quien además decía con gran sorpresa (pág. 205): «el artículo 1404 es una excepción fortísima; es una derogación absoluta de la accesión, es una inversión total de los términos y de conceptos: lo accesorio triunfa sobre lo principal y lo somete a

en suelo privativo de un cónyuge era ganancial porque amén de ser hecha con dinero también ganancial resultaba finalmente ser de mayor valor que el suelo. Cuando, en realidad, desde un inicio su fundamento, muy criticado como la norma en sí misma (21) hasta ser derogada en 1981, era únicamente de política legislativa (fomentar la construcción) (22), sin que respondiera a que la obra fuese de mayor valor que el suelo (23).

Y, si desde el primer tercio del siglo XX se viene denunciando tal anacronismo, ¿por qué no ha puesto ya remedio el legislador, español y europeo, en

su influjo. Y este efecto se da, además, *ex lege* y sin contar con los interesados; es la ley la que actúa, sin o incluso contra la voluntad de las partes. Indudablemente el artículo 1404 es algo exorbitado, es un precepto extremado. El legislador se excedió y traspasó los cauces de la prudencia». La STS de 17 de junio de 1961 niega que el caso del artículo 1404.II del Código Civil sea de estricta accesión invertida, mas pensando en que el genuino caso es el de la construcción extralimitada.

(21) Vid., al respecto, SANZ FERNÁNDEZ, A., «Edificación en suelo ajeno: sus problemas», en *Curso de Conferencias organizado por el Ilmo. Colegio de Notarios de Valencia*, Valencia, 1947, págs. 174 a 176; GARCÍA-GRANERO FEZ, J. (págs. 205 a 207), quien terminaba diciendo que «lo gracioso del caso: que no existe fundamento alguno. Y ello —según dice SANZ (pág. 175)— tanto jurídica como económicamente»; y CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., «El artículo 1404 del Código Civil y las declaraciones de obra nueva», en *RCDI*, 1954, págs. 785 a 809).

(22) Acerca de su precedente, contenido en el artículo 1325 del Proyecto de CC-1851, justificaba su excepción GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Tomo III, Madrid, 1852, pág. 232, diciendo que «es contrario á todos los Códigos, al principio adoptado en todos ellos, *inaedificata solo cedunt*, y consignado en nuestro artículo 404 —actual 361 CC—, á las leyes del Fuero Real y á la práctica (...) Según este párrafo, el edificio sigue al suelo: el dueño de este solo tiene derecho á que se le abone la mitad de su valor: lo edificado será propiedad de la sociedad, y se reputará ganancia por todo el valor que á la sazón tenga, no por lo que se gastó en edificar (...) Fúndase esta excepción —dice— en consideraciones de interés público para promover la edificación, sobre todo en las capitales y grandes poblaciones (...) Un marido, por ejemplo, se abstendría de edificar con dinero propio ó común en un solar dotal (sito quizá en uno de los mejores parages públicos) por saber que el edificio irá á poder de la muger ó de herederos extraños, y que no se reputará mejora sino lo rigurosamente gastado en edificar (...) El artículo le presenta un cebo ó estímulo para que edifique, pues tiene los mismos derechos y esperanzas que la muger para ser propietario del edificio, y la seguridad de que en el caso contrario se reputará ganancia todo lo que mas valga el edificio por cualquier género de gastos, aunque sean voluntarios ó de puro placer y ornato».

(23) En efecto, en la doctrina, prácticamente el único que justificaba esta norma por ser el edificio el elemento principal al ser de mayor valor que el suelo era MANRESA NAVARRO, J. M. (IX, pág. 608): «Añadamos una consideración —decía—: aunque el edificio no puede subsistir sin el suelo, tiene siempre mucha más importancia que este, por lo que si la doctrina no se conforma con los principios satisface más a la razón». Siguiendo aquí a GARCÍA-GRANERO FEZ, J. (pág. 207), baste aquí como crítica a MANRESA reproducir la que le hacía SANZ FERNÁNDEZ, A. (pág. 175): «Esta consideración es claramente inadmisibles pues además de que en ella se confunde el concepto jurídico de la accesión con el concepto puramente económico, es claro que, de ser cierta esta consideración, puramente empírica, no habría motivos para limitar la regla al caso de la sociedad de gananciales, sino que habría que llevarla a todos los supuestos de edificación en suelo ajeno».

una cuestión, la del mercado inmobiliario, de tanta trascendencia —precisamente— económica? Ni siquiera lo hizo el vigente *Codice-1942*, cuando en su preparación a finales de los años treinta ya eran conocidas, y secundadas, las opiniones críticas de BERLIRI, de GORLA... (24). Solo el Código Civil catalán, para la accesión inmobiliaria en general, y no solo para las construcciones extralimitadas, distingue en cada caso según sea de mayor valor el edificio invasor o el suelo invadido, lo que, en el fondo, ha supuesto la derogación del tradicional principio *superficies solo cedit*.

Ni aquella crítica, ni la derogación —ni la inversión—, referidas al principio *superficies solo cedit* nos parecen admisibles:

Para empezar, de admitir que la clave es puramente económica, es, al menos, discutible que en la economía actual el valor de las edificaciones supere al del suelo (25); aunque aquellas impliquen realmente una mejora para este. Salvo que la nueva Ley del suelo de 2008 lo remedie (26), o que, por cualquier razón, cambie bruscamente la dirección del mercado inmobiliario, en los últimos tiempos, que ronda ya varios decenios, quien proporcionalmente más gana y menos arriesga en el mercado de la edificación es siempre el dueño del suelo vacante, sobre todo por la escasez de oferta de suelo urbano en contraste con su gran demanda (27). No hace mucho el VIII Congreso Notarial Español, sobre «Suelo y vivienda en el siglo XXI», en su Conclusión 4.^a decía que «el

(24) Así, por ejemplo, al Proyecto de Código Civil italiano de 1942, la Confederación Fascista de los Industriales decía: « Si dovrebbe perciò abbandonare la rigida applicazione del principio *quod inaedificatur solo cedit*, qui, secondo alcuni autori, non trova accoglimento neppure nel nostro codice civile, e che trova la sua origine nell'antico diritto di Roma e nella concezione politico-territoriale, che esso aveva della proprietà, per cui veramente l'inedificazione poteva apparire come un semplice modo di asserire del diritto riservato al dominio, ma che non ha più ragioni di essere oggi, essendo il regime della proprietà fondiaria dominato dalla sola considerazione economica. (...) Il diritto di acquisto sulle costruzioni, da parte del proprietario del suolo o, viceversa, il diritto del costruttore di acquistare la proprietà del suolo, dovrebbero essere quindi regolati, nelle singole ipotesi, solo in base a considerazioni di carattere economico, intese soprattutto ad evitare di creare delle sproporzioni o di determinare dei danni».

(25) Para todo lo que en este párrafo se diga, vid., MARTÍ FERRER, M., «La formación del precio del suelo», en *RCDI*, 2005, págs. 1679 a 1711, que resume en la obra colectiva *VIII Congreso Notarial español: Suelo y vivienda en el siglo XXI*, Madrid, 2005, págs. 165 a 170; y PÉREZ HERRERO, J. M., «Remedios para disminuir o remediar el coste del suelo», en la misma obra colectiva del anterior. Por su parte, NÚÑEZ BOLUDA, M. D., *La accesión en las edificaciones*, con Prólogo de M. ALBALADEJO GARCÍA, Barcelona, 1994, págs. 51 a 53, una de las escasas defensoras actuales del principio *superficies solo cedit*, destaca que no siempre el valor del suelo es menor al de las edificaciones.

(26) Que como reconoce en su Exposición de Motivos: «la clasificación —de suelos hecha por el legislador— ha contribuido históricamente a la inflación de los valores del suelo».

(27) Según MARTÍ FERRER, M. (pág. 1709), «lo que aumenta el precio del suelo es la restricción de su oferta cuando hay demanda. Conclusión que es predicable de cualquier bien, como es lógico».

coste del suelo es —dejando al margen el coste de ejecución (28)— el factor principal del alza del precio de la vivienda» (29). Actualmente, en efecto, ¿por qué vale más un edificio: por la calidad de los materiales con que está hecho o por el suelo en que está construido (céntrico, o en las afueras de la urbe...)? El suelo da valor al edificio, no al revés; hecha la obra, agotada queda generalmente su edificabilidad, salvo que sea demolida o se construya sobre ella. En cambio, el suelo en sí considerado, en su desnudez, tiene, cual diamante en bruto, un valor expectante, potencial, para cualquier destino, que jamás tendrá una edificación (30).

En esta apreciación sobre el actual mercado inmobiliario, sin embargo, no se ha de reafirmar el principio *superficies solo cedit*. Porque cuando en el siglo pasado, BERLIRI, LEVIE o más tarde DÍEZ-PICAZO hacían una valoración absolutamente inversa a la actual, viendo que el valor de las edificaciones era mayor al del suelo, en ello llevaban razón. Era tan cierto eso entonces como ahora lo es el contrario, porque, al ser una cuestión puramente económica, siempre dependerá de la libre competencia y de esa ley fundamental de todo mercado, cual es la de la oferta y la demanda.

(28) Como señala MARTÍ FERRER, M. (pág. 1697), también son costes añadidos al suelo: las cesiones de aprovechamiento, las exigencias legales, el coste de las reclasificaciones y recalificaciones, la reserva de suelos para vivienda protegida. Y calcula (pág. 1687) que «el coste del solar supera fácilmente el 40 por 100 del precio final de venta de las viviendas»; por su parte, PÉREZ HERRERO, J. M. (pág. 173), dice incluso que «la subida del precio del suelo en las grandes ciudades llega a alcanzar hasta el 50 por 100 del precio final de la vivienda»; y añade: «cuando en un proceso productivo la materia prima —y no otra cosa es el suelo para la promoción-construcción— funciona en régimen de monopolio o cuasimonopolio, el titular de la materia prima está en condiciones de llevarse el “bocado de león” del valor añadido generado en la totalidad del proceso».

(29) Curiosamente, en los trabajos preparatorios del Código Civil catalán se reconoce tal realidad, diciendo que el suelo suele representar más del 50 por 100 del valor total de la finca edificada.

(30) Como dice PARADISO, M. (pág. 18), en defensa del principio *superficies solo cedit*, el suelo tiene una tendencia a satisfacer una gran variedad de posibles utilidades: agrícola, industrial, edificatoria, turística, ambiental... En cambio, no sucede lo mismo con la edificación ya hecha, cuya reconversión a cualquier otro uso es siempre más difícil y costosa. Observaciones interesantes también al respecto, aunque hechas desde una visión económica del Derecho, son las de CARRASCO PERERA, A., «*Ius aedificandi*» y *accesión [La construcción en suelo ajeno en el marco de los principios urbanísticos]*, con Prólogo de R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Madrid, 1986, pág. 378), para quien para «explicar claramente por qué el suelo es “siempre” principal respecto de lo edificado sobre él —dice—, no se trata —como quiere la jurisprudencia y la doctrina— de una *comparación actual de valores* en conflicto. El suelo no tiene un valor “actual”, sino expectante, el valor futuro, en principio indeterminado, que se deduzca de la aplicación de la plusvalía de edificabilidad. El suelo *no es una cosa más* en el tráfico, sino un punto de imputación de multiplicidad de usos y de repetición permanente de estos usos. No se puede valorar *ahora* lo que vale el suelo. Cuando el TS está entendiendo que en las hipótesis de *extralimitación* lo edificado es *principal* respecto del suelo, está legitimando que las plusvalías futuras de este terreno se las apropie el constructor y no el dueño de la parcela».

Posiblemente, tales ideas no fueron muy tenidas en cuenta en la Roma imperial; pero, ¿acaso en la época de la codificación decimonónica —burguesa y liberal— no se era sabedor de la nueva economía y consciente de los nuevos valores económicos (31)? Ciertamente que por entonces, como se ve innegablemente reflejado en todos los Códigos de la época, los muebles eran minusvalorados frente a los inmuebles, pero los edificios eran jurídicamente estimados como inmuebles al igual que el suelo —cfr., art. 518 CC francés (32), y siguiéndole el art. 408 CC italiano-1865 (33), o el art. 334.1.º CC español—. ¿Por qué, entonces, la construcción debía ceder ante el suelo? ¿Acaso, en efecto, porque en la coyuntura económica de aquel tiempo era mayor el valor del suelo? Ciertamente lo era (34). Pero también se era consciente de que la hipótesis inversa

(31) De modo similar ya GOUBEAUX, G. (págs. 30 a 32), criticando que la accesoriedad se fundamente en criterios exclusivamente cuantitativos, pone precisamente el caso de la accesión inmobiliaria, diciendo no poder creerse que en la redacción del *Code*, con la moda de las teorías fisiocráticas, sus redactores ignorasen que las construcciones podían ser de valor económico superior que el suelo. Lo sabían, pero estimaron, dice, que el suelo era lo principal, según CARBONNIER, por su «plus grande vertu d'enraînement».

(32) Que concisamente dice: «*Les fonds de terre et les bâtiments sont immeubles par leur nature*».

(33) Que decía: «*Sono immobili per loro natura i terreni, le fabbriche, i molini ed altri edifici fissi su pilastra o formante parte di una fabbrica*».

(34) O al menos parece demostrarlo entre otros muchos posibles datos, según nos parece, que en la misma materia de accesión la mayoría de la doctrina francesa (encabezada por DURANTON, M., *Cours de Droit Français suivant le Code Civil*, T. IV, 4.ª ed., París, 1844, págs. 313 y 314), criticara que finalmente el artículo 555 *Code* (correlativo a nuestro 361), asegurase a favor del constructor de mala fe una indemnización (consistente en el pago de los gastos hechos en la obra) mayor siempre que la del constructor de buena fe (que según opción hecha por el *dominus soli* entre la menor de las cantidades, ora era la de los gastos de la obra, ora la del plus-valor experimentado por el suelo tras la obra sobre él levantada). Este —solo aparente— desajuste se debió a que en su redacción originaria, el artículo 555 hablaba en general del constructor en suelo ajeno, sin distinguir si era de buena o de mala fe. Pero en su tramitación parlamentaria se introdujo la distinción de trato señalada con un añadido al final del tercer párrafo de la norma sin alterar lo anterior, produciéndose entonces lo que la común doctrina considera una «anomalía» —la indicada—; mas en realidad, como se advertía en la propia gestación del *Code*, tal adenda hecha en el último párrafo del 555 no se hizo, desde luego, para favorecer al constructor de mala fe, en perjuicio del de buena fe y del propio *dominus soli*, sino para compensar a este de que en tal caso, siendo de buena fe el constructor, no pudiese exigirle entonces la demolición de la obra, como en cambio sí le era posible exigir, al amparo del párrafo segundo del 555, cuando el edificante era de mala fe (para la justificación de tal añadido, nos remitimos a lo que dirá el Tribuno FAURE en su Comunicación oficial al Tribunal hecha el 21 de enero de 1804, y que puede verse íntegra en FENET, P. A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil. Discussions, motifs, rapports et discours*, T. XI, reimpresión de la obra de 1827, Osnabrück, 1968, págs. 100, 101, 141 y 142). También fue luego así justificado —acertadamente— tal añadido por LAURENT, F., *Principes de Droit Civil*, T. VI, 3.ª ed., Bruselas, 1878, págs. 342 a 344). No obstante, la voz más fuerte fue aquella mayoritaria, crítica con el artículo 555, que por ello sería —erróneamente— reformado por la ley de 17 de mayo de 1960, dándole la redacción que aún hoy conserva y permitiendo al *dominus soli* que opte por el menor de los valores (de los gastos o del plus-valor), al margen de la buena

era posible. Así lo prueba entre nosotros, según nos parece, el artículo 682 del Proyecto CC-1836, que, regulando un caso perfectamente calificable como de accesión invertida, decía: «*El que de buena fe hubiere ejecutado obras de gran consideración en finca ajena, de suerte que el valor de aquellas supere al de esta, se hará dueño de todo y solo estará obligado a entregar al verdadero dueño el primitivo valor de la finca u otra igual a esta*».

En el respeto declarado por este Proyecto a los Fueros particulares y generales de España entonces vigentes (35), pudo quizá responder tal norma a aquellos casos en los que según el Fuero de Aragón se invertía el principio *superficies solo cedit* (tratándose de molino que suple a otro derruido, o de edificación hecha sobre suelo ajeno antiguo), aunque también pudiera ser que estos casos se justificaran más bien por la dejadez —por la mala fe— del *dominus soli* (36). La norma del Proyecto CC-1836 atendía, en cambio, claramente al mayor valor de la obra que el del suelo.

En cualquiera de los casos, aquella norma proyectada no encontraría puesto en el Proyecto de CC-1851; sin que sepamos a ciencia cierta la razón (37), al menos se puede saber que no lo encontró, no por repugnancia a una inversión ni a una derogación en sí del principio *superficies solo cedit*, sino probablemente por repugnancia a que la razón de tal posible inversión o excepción fuese el mayor valor económico de la obra. Lo demuestra que el Proyecto de CC-1851 no recoja aquella norma de accesión invertida y, sin embargo, regule *ex novo* otro caso de inversión, que además llegará a regir en el Código, hasta 1981,

o mala fe del constructor, conservando la posibilidad de optar por la demolición si este es de mala fe. De toda esta génesis legislativa, por lo que aquí interesa, resulta revelador que toda la doctrina francesa sin excepción, tanto aquella mayoritaria crítica con el artículo 555, como la que justificaba su adenda inicial, se fundaba en la consideración de que el plus-valor del inmueble, del suelo con el edificio ya construido, era siempre inferior a las impensas, presuponiendo así la devaluación de lo construido, es decir, que los materiales de construcción valían más que la construcción ya realizada, que el suelo desnudo era de mayor valor que el suelo construido.

(35) Sobre las fuentes utilizadas, aparte del Libro I redactado por CAMBRONERO y del proyecto de 1821, en su propia Exposición de Motivos se decía que la Comisión «*debe advertir que siempre ha tenido a la vista las leyes patrias y los fueros así generales como particulares, y como no se ha separado de estos ni de aquellos, sino cuando una imperiosa necesidad la ha obligado a rectificarlos o sustituir nuevas disposiciones, ya por falta de otras legales, ya por no poder acomodarse las antiguas a las costumbres actuales, ni a los adelantos que ha debido la ciencia legal a la economía pública. También ha consultado varios Códigos extranjeros, especialmente el francés, que goza en Europa de tanta celebridad, y del cual ha tomado varias disposiciones a falta de otras equivalentes en la legislación patria, cuando las ha considerado necesarias y compatibles con nuestros usos y costumbres*».

(36) Según se nos explica de los Fueros 3.º y 5.º, *De praescriptionibus*, Libro 4.º en la voz *Accesión*, en EJE, I, pág. 369.

(37) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., «El derecho real de superficie», en *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, T. II, Madrid, 1948, pág. 258), cree que fue porque el Código Civil retorna a la doctrina romana pura.

sin el fundamento económico de aquella otra (el caso del art. 1325 Proyecto, que pasará a ser el art. 1404.II CC, hoy ya derogado).

Seguramente que tampoco se debió aquel rechazo del artículo 682 por no creer posible el mayor valor de la obra sobre el suelo, sino más bien en general por entender que el criterio del valor, al ser relativo o variable, es secundario, no ya solo para el *superficies solo cedit*, sino en general para la máxima *accessorium sequitur principale*. Lo primero lo demuestra la contingencia del mercado inmobiliario hasta ahora vista, y lo segundo que también en materia de accesión mobiliaria el valor sea el criterio subsidiario de primer grado, en defecto de la independencia (cfr., arts. 376 y 377 CC) (38). Así ha sido siempre, más aún en tiempos anteriores al Código, que se remontan casi al Derecho Romano, o cuando menos al medieval, en donde incluso el criterio del valor era relegado a un lugar supletorio de segundo grado, en defecto de la autonomía y del volumen de la cosa, cuando por entonces imperaba el principio *superficies solo cedit* de un modo más rígido al actual.

Esta contingencia o relatividad del valor de las cosas exige, por razones de seguridad (39) y de prudencia, que dicho factor, si bien puede servir como criterio accesorio, supletorio, no sea el criterio cardinal para determinar qué es lo principal y qué lo accesorio. Mucho menos, por tanto, puede servir para justificar la máxima *superficies solo cedit* que, desde el Derecho Romano, ha pervivido inmutable —sin perjuicio de excepciones, como las tiene hoy— hasta nuestros días; al menos así ha sucedido en el Derecho español, donde aquella regla se ha mantenido desde tiempos romanos hasta nuestros días, pasando por las Partidas, y manteniéndose luego en el Código español, desde su redacción originaria en 1889 hasta hoy (40), y probablemente por mucho tiempo.

2. EL PERMANENTE RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA DEL PRINCIPIO *SUPERFICIES SOLO CEDIT* Y SU GENUINA CONSAGRACIÓN EN EL ARTÍCULO 358 DEL CÓDIGO CIVIL

Imprescindible era hacer aquella última precisión al final del epígrafe anterior, sobre la plena vigencia histórica de la máxima *superficies solo cedit* en

(38) Señalan en la doctrina el carácter secundario o supletorio del valor *ex* artículos 376 y 377 del Código Civil, por ser un criterio contingente y subjetivo, SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil*, T. II: *Parte General*, 2.ª ed., Madrid, 1911, pág. 505; BURÓN GARCÍA, G., *Derecho Civil español según los principios, los Códigos y leyes precedentes y la reforma del Código Civil*, T. II, Valladolid, 1898, pág. 21); y QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA en *Código Civil concordado y comentado extensamente*, T. VI, 4.ª ed., Madrid, 1913, págs. 447 y 448.

(39) Se toma tal idea de NÚÑEZ BOLUDA, M. D. (págs. 51 a 53).

(40) La recuerda lacónicamente la flamante Ley del Suelo de 2008, en cuya Exposición de Motivos afirma que «la edificación tiene lugar sobre una finca y accede a su propiedad —de acuerdo con nuestra concepción histórica de este instituto—».

nuestro Derecho, porque no puede decirse lo mismo de otros Ordenamientos en los que, tal vez tergiversando por ello la verdadera razón del principio, no ha regido este con continuidad o ha dejado de hacerlo. Sucedió en el Derecho medieval francés y también en el italiano, sobre todo en el del norte (de la zona longobarda), donde, muy probablemente por influencia germana, en materia de accesión se valoraban más el esfuerzo y en general los bienes muebles que los inmuebles, siendo en cambio ignorada o solo aplicada excepcionalmente la regla de que la superficie cede al suelo (41). Esa larga interrupción se deja traslucir en la codificación donde, no obstante, los Códigos Civiles francés e italiano retomarán la regla romana, aunque sin saber en principio muy bien cuál es su verdadero fundamento y sin saber expresarla adecuadamente en la letra de la ley.

Aun habiendo quien encuentra perfectamente reflejada aquella máxima en el artículo 552 del Código Civil francés (42) o en el artículo 447 del Código Civil italiano-1865 (43) (correlativos a nuestro art. 350 CC), no parece que así

(41) Por lo que respecta al Derecho francés, OURLIAC, P. y DE MALAFOSSE, J., *Derecho romano y francés histórico*, T. II: *Los Bienes*, traducción y anotaciones: M. Fiaren, Barcelona, 1960, pág. 588), nos explican que «la accesión es desconocida en el Derecho histórico. Cuando se admite, por influjo de ideas romanas, que el propietario de un suelo lo es también desde lo profundo hasta el cielo, tal principio no se admite sin razonables atenuaciones de la jurisprudencia que podemos poner en relación con la teoría del abuso del derecho. El principio *superficies solo cedit* ni siquiera es formulado netamente; la Glosa (sobre D. 43, 16, 7) habla de *quasi dominios*, refiriéndose a quien tiene la propiedad de los edificios pero no del suelo; no aparece más que en algunas costumbres (París, art. 187) el adagio *le pied saisit le chef* (el pie emposesiona al jefe) que tienen el mismo sentido. Se conserva durante mucho tiempo la idea de que el propietario de los árboles o de los edificios puede no ser el propietario del fundo». En cuanto al Derecho italiano, nos dice BASILE, M. («Osservazioni in tema di rapporti tra accessione e comunione», en *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1968, pág. 1311, nota 29): «Le leggi longobarde prevedevano l'acquisto da parte del proprietario del suolo di quanto vi venisse piantato o costruito soltanto per il caso che il terzo fosse in mala fede, e ciò essenzialmente a fini punitivi, poiché come regola generale la piantagione o la costruzione spettavano a chi le avesse eseguito, per un'esigenza di tutela del lavoro». En similar sentido, BESTA, E. (pág. 59), dice: «Nel diritto romano valeva il principio *omnia solo cedunt*. Il suolo assorbiva lo *edificium*. Nel medioevo non più (...) Ben presto nei documenti longobardi il *solamentum* figuró come un elemento della casa al pari della *gronda*: la casa si cedé *cum fundamento, cum corte vel orto*... Ma é una mutazione che difficilmente può imputarsi *in toto* alla influenza del diritto germanico. Preso molti popoli tedeschi la casa fu considerata come un mobile!». Sobre el carácter mueble de la casa, téngase en cuenta, dice luego (en pág. 65), que el mundo germánico era nómada, valorándose más, por tanto, los bienes muebles que la tierra (que era usada y abandonada). De hecho, quien solo tenía tierras era insolvente.

(42) Que dice: «*La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous (...) Le propriétaire peut faire au-dessus toutes les plantations et constructions qu'il juge à propos, sauf les exceptions établies au titre Des servitudes ou services fonciers (...) Il peut faire au-dessous toutes les constructions et fouilles qu'il jugera à propos, et tirer de ces fouilles tous les produits qu'elles peuvent fournir, sauf les modifications résultant des lois et règlements relatifs aux mines, et des lois et règlements de police*». En él apoya el principio *superficies solo cedit*, GOUBEAUX, G. (pág. 304 y sigs.).

(43) Decía el artículo 447 del *Codice*-1865: «*Il proprietario può fare sopra il suolo qualsiasi costruzione e piantagione, salve le eccezioni stabilite nel capo Delle servitù prediali*

sea, sobre todo por dos razones: una histórica y otra lógica. En dichas normas no se recoge un aforismo romano —aunque sí latino—, sino medieval, formulado en el siglo XIV por CINO DE PISTOYA y su discípulo BARTOLO DE SAXO-FERRATO; aquel de que la propiedad inmobiliaria *cuius est solum eius est ad coelum usque ad inferos* (44); la propiedad de la tierra se extiende a los cielos y hasta el infierno, el *dessus* y el *dessous* dirán los franceses; el *desopra* y el *desotto* en expresión italiana tras su codificación. Pero ni en tal regla, ni en las normas codificadas que la recogen, se hace referencia al *superficies solo cedit*, que como solución a un problema presupone el litigio entre dos sujetos: uno el que hace la obra en suelo ajeno y otro el dueño del suelo sobre el que aquel construye; o bien, uno es quien en suelo propio construye, y otro el dueño de los materiales que aquel emplea para su construcción. En cambio, aquel dicho medieval, más allá del posible motivo por el que surgió, solo expresa la extensión de la propiedad de un inmueble en sentido vertical, hacia arriba y hacia abajo, ejercitado *iure proprietatis*, por el propio dueño (45). Para consagrar esta idea no eran, desde luego, necesarias tales normas, porque tal capacidad expansiva

(...) *Parimente disotto al suolo può fare qualsiasi costruzione e scavamento e trarne tutti i prodotti possibili, salve le disposizioni delle leggi dei regolamenti sulle miniere e di polizia*».

(44) Así lo advierten, acerca del artículo 552 del Código Civil francés, MARTY, J. P., (*La dissociation juridique de l'immeuble. Contribution a l'étude de droit de superficie*, París, 1979, pág. 65), siguiendo a BROVILLARD, P., *Des limites di droit de propriété en hauteur en profondeur*, Burdeos, 1926; LEVIE, P., pág. 121 y sigs.; y, entre los nuestros, ALONSO PÉREZ, M., pág. 327; MOLL DE ALBA LACUVE, C., *La edificación en suelo ajeno: La posible disociación jurídica de la propiedad inmobiliaria*, Barcelona, 2004, págs. 111 y 112, con nota 229. En cambio, MONTES PENADÉS, V. (en CC Ministerio Justicia, pág. 982), niega que el artículo 350 del Código Civil se inspire en aquel aforismo medieval que, como explica, nació como argumento para defender a los terratenientes de la pretensión de los señores feudales de disfrutar de las riquezas mineras. Y, por su parte, sí ve ciertos antecedentes de aquella máxima medieval en Derecho romano, DELL'AQUILA, E., *L'acquisto della proprietà per accessione, unione, commistione e specificazione*, Milán, 1979, pág. 11, nota 12.

(45) De ahí que para muchos sea criticable la ubicación —o, en realidad, la desubicación— de tales normas (arts. 552 *Code* y 447 *Codice*-1865), como la primera de la sección en sede de accesión, cuando en verdad no se refiere a tal cuestión, debiendo de situarse entre las normas que definen la propiedad, como así hace el Código Civil español. Así lo critican, entre otros, DEMOLOMBE, C., *Traité de la distinction des biens; de la propriété; de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, T. I, París, 1866, págs. 556 y 557; BAUDRY-LACANTINERIE, G. y CHAUVEAU, M., *Traité théorique et pratique de Droit Civil*, T. VI: *Des Biens*, 13.^a ed., París, 1905, págs. 235 y 236; MARTY, P. (pág. 66 y sigs.); y, en Italia, BORSARI, L., *Commentario del Codice Civile Italiano*, vol. II, Nápoles, 1872, pág. 178. En cambio, justifican la ubicación del 447 del Código Civil italiano-1865, PASQUALI, G. (voz: «Accessione [Dir. Di]», en *DI*, págs. 299 y 300); y la del 443 (equivalente a nuestro 353), BRUGI, B., *Della proprietà*, vol. II, Turín, 1923, pág. 117 y sigs.), pues así se explican las dos presunciones del artículo 448 italiano-1865 (equivalente a nuestro 358). En esto sí parecen llevar razón. En posición particular, PACIFICI-MAZZONI, E., *Il Codice Civile italiano commentato*, vol. I: *Trattato della distinzione dei beni, della proprietà e delle servitù personali, usufrutto, uso e abitazione [artt. 406-530]*, Turín, 1927, pág. 185, justifica el lugar del artículo 447 por no ser la accesión un modo de adquirir la propiedad, sino simple extensión o desarrollo del derecho de propiedad.

de la propiedad, en cuanto *plena in re potestas*, estaba ya comprendida en la noción que de ella dan antes que aquellas normas el artículo 544 *Code*, el 436 artículo *Codice*-1865 (y el art. 348 CC español) (46), e integrada, por tanto, dentro de sus facultades de goce y de disposición. En aquellas otras normas (arts. 552 CC francés, 447 CC italiano-1865, y nuestro art. 350 CC), más allá del mero lastre histórico de rememorar aquella expresión latina del Medioevo, hay, en efecto, cierta reiteración, mas intencionadamente para dejar claro lo que ya se había advertido sucintamente en el inciso final de aquellos artículos que daban una noción general de la propiedad: que la aptitud extensiva de esta en dirección vertical cuando recae sobre bienes inmuebles tiene sus límites (47). Al exponer los Motivos del Proyecto de Código Civil francés ante los Cuerpos Legislativos, PORTALIS, tras recordar escuetamente aquello de la extensión de la propiedad hacia el cielo y hacia el infierno, se detiene en advertir de los múltiples y diversos límites, sobre todo de orden público, a los que se encuentra sujeta en aquella época —y también ahora— la propiedad inmobiliaria (48).

Por esto mismo, aunque algunos lo pretendan, tampoco cabe ver reflejada la regla *superficies solo cedit* en el artículo 553 francés (49) ni en el 448 italiano de 1865 (50) (ni en el correspondiente nuestro, el 359) (51). Aunque ubicadas ya, sobre todo la de nuestro Código Civil, en materia de accesión para desempeñar un importante papel —que en breve se verá—, en tales normas ni

(46) Dice el artículo 544 del Código Civil francés, en que tanto se inspira el nuestro y sobre todo el italiano (idéntico al francés en esta definición legal de la propiedad): «*La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*».

(47) Puede verse así advertido, o recordado más bien, por MONTES PENADÉS, V. (cit.), siguiendo a MANRESA, J. M. (III, pág. 498); y a QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA (VI, pág. 236 y sigs.).

(48) Así, puede verse en FENET, P. A. (XI, págs. 123 a 125 y págs. 138 y 139).

(49) Que dice: «*Toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur, sont présumés faits par le propriétaire à ses frais et lui appartenir, si le contraire n'est prouvé; sans préjudice de la propriété qu'un tiers pourrait avoir acquise ou pourrait acquérir par prescription, soit d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, soit de toute autre partie du bâtiment*».

(50) Decía ese artículo 448 del Código Civil italiano-1865: «*Qualsiasi costruzione, piantagione od opera sopra o disotto il suolo si presume fatta dal proprietario a sue spese ed appartenegli, finchè non consti del contrario, senza pregiudizio però dei diritti legittimamente acquistati dai terzi*».

(51) Así, en Francia, DEMOLOMBE, C. (I, pág. 568). Y en Italia, PACIFICI-MAZZONI, E. (I, pág. 186); y BRUGI, G. (II, pág. 165 y sigs.). Entre los nuestros, aunque no basándose exclusivamente en el artículo 359 del Código Civil, TRAVIESAS, M., «Ocupación, accesión y especificación», en RDP, 1919, pág. 294; MANRESA, J. M. (III, págs. 175 y 176); VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil español*, T. II: *Parte Especial. Derechos Reales*, 4.ª ed., Valladolid, 1936, págs. 105 y 106; PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho Civil español*, T. III: *Derechos Reales*, vol. 1.º: *Teoría general de los Derechos Reales*, Madrid, 1972, pág. 167; PUIG BRUTAU, J. (III-1.º, pág. 365); BONET BONET, F. V., «Observaciones sobre la accesión en nuestro Derecho positivo», en RGLJ, 1971, págs. 114 y 115.

siquiera hay una consecuencia de aquel principio, sino más bien de aquel otro medieval de que el dueño de un inmueble tiene poder, más o menos limitado legalmente, para obrar por encima o por debajo de su propiedad, siendo, entonces, lógico, o presumible como dicen estas últimas normas citadas, que sea el propio dueño quien, en el ejercicio de su propio derecho (*jure proprietatis*, no *jure accessionis*), realice tales obras, pues solo él tiene la propiedad, el poder y el interés de realizarlas (52).

Naturalmente, esa suposición puede no darse, porque en efecto es posible que la obra superficiaria o subterránea haya sido realizada, de buena o mala fe —esto ahora no importa—, por un tercero, por una persona diversa al dueño del suelo. De ahí incluso el peligro de querer fundar y ver consagrada la regla *superficies solo cedit* en esas normas, no tanto porque al ser destruíble la presunción que en ellas se refleja también haya que estimar destruíble la regla. El principio *superficies solo cedit* no es inderogable; jamás lo ha sido, ni siquiera en tiempos del Derecho Romano, al menos ya en los de Justiniano, aunque por entonces las posibles excepciones admitidas fuesen menores a las actuales en número y entidad (53). Ahí están hoy la superficie, la propiedad horizontal...; pero solo es posible la salvedad cuando la ley la impone o bien la permite por el juego de la autonomía de la voluntad de los sujetos implicados (*el dominus soli*, como mínimo, y cualquier otro sujeto). Que quepa la excepción a la dicha regla no es el peligro; al contrario, sabido es que la excepción confirma la regla. El peligro de fundar el principio *superficies solo cedit* en la presunción de que la obra ha sido realizada y costeada por el dueño es que lógica, pero erróneamente, cabría concluir que cuando la obra no es realizada por el dueño del suelo no rige aquella máxima, con el consiguiente riesgo de poder pensar en que entonces debería corresponder la obra a quien la realiza; con tal proceder lógico se deriva a la regla germana, ajena a nuestra tradición en sede inmobiliaria, destronando así, desde la propia interpretación del Código Civil, la multisecular regla romana (54). ¡Cuando es ahí donde tiene pleno sentido la regla romana

(52) Curiosamente, así lo decían PONCINI, *Commenti sul Codice Civile, ossia Codice Civile spiegato e ragionato*, vol. II, Asti, 1839, pág. 98; y PASTORE, V., *Codice Civile per gli stati di S. M. il Re di Sardegna, con commenti*, vol. III, Turín, 1839, pág. 79, acerca del artículo 460 del Código Albertino (antecedente del art. 448 italiano de 1865), que fundamentaban en el artículo 458 del propio Código Albertino (el 350 CC español). Entre los nuestros, así lo explica claramente ALONSO PÉREZ, M. (pág. 55). Y, en la jurisprudencia, como dice la STS de 16 de marzo de 1993, siguiendo a la de 12 de noviembre de 1960, el artículo 359 del Código Civil: «consagra el carácter expansivo del dominio, como regla general, y da lugar a una presunción iuris tantum favorable al propietario del suelo».

(53) Y como dice RICCOBONO, S., *Scritti di Diritto Romano, II: Dal Diritto Romano classico al Diritto moderno*, Palermo, 1964, pág. 247 y sigs., tales excepciones no desfiguraban la concepción natural del principio.

(54) Es la conclusión a que llega MOLL DE ALBA, C., págs. 112 y 113, acerca del *Code* (diciendo que «en el derecho francés el principio *superficies solo cedit* tiene un valor relativo y puede ser desvirtuado mediante prueba en contrario»), y, peor aún, también res-

para precisamente atribuir la propiedad de la obra no a quien la hizo sino al *dominus soli*! En esto radica también el grave error de querer invertir la regla premiando el trabajo, el esfuerzo de quien construye como creador de riqueza; o el error, más grave aún, de querer afirmar (55) en él una de las razones de la accesión en general, cuando, en verdad, el trabajo es un criterio extraño a nuestra tradición romana, más propio de la germana, o, cuando menos, un criterio relegado a un segundo término para determinados casos de accesión mobiliaria (v.gr., en la especificación, ya desde el Derecho romano, tras la famosa disputa entre Sabinianos y Proculianos). Con CARRASCO, y en contra de aquellos, hay que negar que exista una especie de «especificación inmobiliaria» (56); ni siquiera la razón del 360 cuando atribuye la obra al *dominus soli* es premiar su trabajo (57), sino aplicar el *superficies solo cedit*; el esfuerzo a lo más solo justifica un resarcimiento a fin de evitar el enriquecimiento injusto, pero no en sí la operatividad de la accesión.

pecto del nuestro, pues al interpretar conjuntamente los artículos 358 y 359, atendiendo al carácter *iuris tantum* de las presunciones supuestamente contenidas en este y a la remisión contenida en el inciso final de aquel, concluye diciendo (pág. 113) que «la presunción *iuris tantum* a favor del propietario se referiría no solo a la realización material de lo construido, plantado o sembrado, sino también a su titularidad jurídica. Las obras pueden haber sido levantadas por el dueño del suelo o por un tercero y pueden pertenecer o no al *dominus soli*. Si se adopta esta interpretación, cabe concluir que el principio *superficies solo cedit* no constituye en el Código Civil una regla rígida e inquebrantable, sino un valor flexible que permite excepciones»; sí que las permite, mas no con ese peligroso razonamiento. Por eso para remediarlo, por ejemplo, en Italia, BRUGI, B. (cit.), que considera que la accesión y el *superficies solo cedit* están en el artículo 448 italiano-1865, en su presunción de que la obra pertenece al dueño del suelo, dice que esta presunción es *iuris et de iure* frente a la de costear tal obra, que es —esta sí— *iuris tantum*. Y la mala redacción de tales normas francesas (552 y 553) justifica también que, por ejemplo, para algunos la presunción del 553 sea consecuencia de la del 552 (como creen RAYNAUD, P. y MARTY, G., *Droit Civil. Les biens*, 2.^a ed., París, 1980, pág. 171), o a la inversa (como creen BAUDRY-LACANTINERIE, G. y CHAUVEAU, M., VI, pág. 240). LAURENT, F. (VI, págs. 329 y 330), tras deducir el principio *superficies solo cedit* de las dos presunciones del artículo 552 francés (nuestro 359), a renglón seguido (en págs. 331 y 332), ha de aclarar que si bien las presunciones son *iuris tantum*, por regla general la prueba en contrario no es contra aquella regla, sino para generar un derecho de indemnización; siguiéndole RAYNAUD, P. (cit.); y en la misma línea, DEMOLOMBE, C. (I, págs. 571 y 572). En cambio, según BEUDANT, R., *Cours de Droit Civil français*, T. IV: *Les Biens*, con la colaboración de P. VOIRIN, 2.^a ed., París, 1938, pág. 367, la prueba en contrario sirve solo para demostrar que no hay accesión por concesión de un derecho —real o personal— a un tercero de obrar sobre suelo ajeno.

(55) Como hace DÍEZ-PICAZO, L. (cit.), y muchos de quienes le siguen en este punto, según quedó arriba expuesto de quienes critican el principio por estimarlo anacrónico al justificarlo solo económicamente.

(56) CARRASCO PERERA, A., págs. 88 y 89. En el propio Derecho alemán, WOLFF, M. (III-1.º, págs. 485 y 486), dice que el principio del trabajo solo rige, y parcialmente, en la especificación *ex* § 950 BGB, pero no en la edificación, ni en la plantación.

(57) En cambio, BRUGI, B. (II, págs. 209 y 210), sí fundamenta en el trabajo el artículo 449 del Código Civil italiano-1865 (correlativo al nuestro 360).

Desechadas, así, todas esas normas correlativas a nuestros artículos 350 y 359 del Código Civil, ¿dónde, entonces, queda consagrado el adagio *superficies solo cedit*?

Solo nuestro Código ha sabido reflejar adecuadamente la máxima en su natural ámbito de aplicación en una norma carente, no por casualidad, de correlativo en los Códigos francés e italiano. Es nuestro artículo 358 del Código Civil, que respetuosamente, con la tradición jurídico-romana, y originalmente, frente a otros Códigos, dice: «*Lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos —ajenos, dice!—, y las mejoras o reparaciones hechas en ellos, pertenecen al dueño de los mismos con sujeción a lo que se dispone en los artículos siguientes*» (58). Y el primero de esos siguientes preceptos es, precisamente, el artículo 359 del Código Civil, cuya función es presumir, conforme al artículo 350 del Código Civil, que el propio dueño es autor de la obra hecha en su suelo, y que si, no obstante, se prueba lo contrario, entre —ahora sí— en juego la regla del 358 del Código Civil al haber ya un conflicto entre dos sujetos: el *dominus soli*, que hace suya la obra, hecha o no por él con materiales propios o ajenos, por el principio *superficies solo cedit*, y el autor de la obra o el dueño de los materiales con que se ha hecho, que habrá de demostrar tal autoría o propiedad y que tendrá, en su caso, derecho a una compensación (59).

Ni el *Code*, ni el *Codice*-1865 contienen una norma tan clarividente como nuestro 358 del Código Civil, tal vez no por culpa grave del legislador francés ni del italiano, sino porque al haber roto durante largo tiempo, en el medioevo, con aquella tradición romana, su recuperación, tras aquella larga separación,

(58) Así lo destacan significativamente, QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA (VI, pág. 356); SANZ FERNÁNDEZ, A., págs. 139 a 141, de lectura aconsejable en su crítica a los artículos 553 francés y 448 italiano-1865, frente a los cuales SANZ destaca de nuestro 358 dos novedades (págs. 140 y 141): «1.^a La pertenencia de lo edificado al dueño del suelo no es una presunción, sino una regla de Derecho aplicable de una manera absoluta. No cabe, pues, contra ella prueba en contrario. Cabe, sí, que por existir una relación jurídica previa, como el derecho de superficie, quede excluida la accesión; pero ello no supone existencia de una presunción, ni propiamente hablando posibilidad de prueba en contrario, sino preexistencia de una situación jurídica en la cual no son aplicables los preceptos de la accesión. (...) 2.^a No se admite ninguna salvedad respecto de los derechos legítimamente adquiridos por un tercero: con ello se da carácter aún más absoluto al principio de accesión. Siempre que, por no existir una relación jurídica que excluya la accesión, sea norma aplicable el artículo 358, sus efectos son plenos y absolutos, sin que nadie pueda alegar mejor derecho sobre lo edificado ni en su totalidad —propiedad del conjunto del edificio— ni en sus partes componentes —propiedad de los materiales—. Por eso no lleva del todo razón SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil*, T. III: *Derechos Reales. Derecho de la propiedad y sus modificaciones*, 2.^a ed., Madrid, 1891, pág. 157, y así le llama la atención MANRESA, J. M. (III, págs. 173 y 174), cuando dice que los artículos 358 y 353 del Código Civil son reiterativos —que no lo son—, y que perfectamente podría derogarse el 353 —en esto sí lleva razón— porque son otros artículos donde realmente se contienen los principios prácticos —cuando, en verdad, el 358 es el principal—.

(59) Vid., por todos, CARRASCO PERERA, A. (págs. 396 y 397).

no fue bien recogida, ni justificada, por no ser bien recordada. Sucedió como sucede a dos amantes que tras largo tiempo de separación han de reconocerse en su reencuentro. En ese reencuentro entre Roma y Francia, ante la cuestión de a quién atribuir la propiedad de lo edificado o plantado en suelo ajeno (si al que obró o si al dueño del suelo), justificando los artículos 552 y 553 originarios del que será el Código Civil francés, explica PORTALIS ante los Cuerpos Legislativos que diversos juristas apoyaron una u otra solución; y que una solución intermedia, propuesta por GROTIUS, fue la de crear una sociedad entre ambos sujetos, cuyo principal defecto sería el de su difícil división o reparto, como advertía PUFFENDORF. Finalmente, dice PORTALIS, se decidió retornar al Derecho romano (60); pero luego, justificará el artículo 554 *Code* (nuestro 360 CC), en la necesidad de evitar el enriquecimiento injusto (61) y en que destruir lo edificado o lo plantado sería contrario a la equidad, sería resolver un mal con otro mal (62); y justificará la solución del artículo 555 del Código Civil francés (que contempla el caso de nuestro 361 CC), porque, al fin y al cabo, dice, el constructor o el plantador ha invadido propiedad ajena. En el Parlamento francés en ningún momento se menciona siquiera el principio *superficies solo cedit*, y solo hablará PORTALIS del principio de accesoriedad refiriéndose a los artículos 565 y siguientes *Code* sobre accesión mobiliaria (63).

De ahí pasarán tales normas, embriagadas de aquel espíritu, a inspirar a las del CC-1865 del Derecho italiano, donde ni siquiera hoy, con el compendador artículo 934 *Codice*-1942 vigente, que aún los anteriores artículos 447 y 448 (64), queda clara la regla *superficies solo cedit*, cuando dice: «*Qualunque piantazione, costruzione od opera esistente sopra o sotto il suolo appartiene al proprietario di questo, salvo quanto è disposto dagli articoli 935, 936, 937 e 938 e salvo che risulti diversamente dal titolo o dalla legge*».

(60) Pudiéndose ver íntegramente dijo PORTALIS en FENET, P. A. (I, págs. 125 y 126), siendo todo ello luego criticado por DELL'AQUILA, E. (págs. 56 y sigs.), achacando la culpa a la simplificación que POTHIER hizo de sus explicaciones del Derecho Romano en materia de edificación y plantación.

(61) Decía PORTALIS (según aparece en FENET, P. A., XI, pág. 127): «Nous nous sommes occupés de l'hypothèse où le propriétaire d'un fonds fait des plantations et constructions avec des matériaux qui appartiennent à un tiers (...) Nous avons pensé, dans une telle hypothèse, que ce tiers n'a pas le droit d'enlever ses matériaux, mais que le propriétaire du fonds doit en payer la valeur, et qu'il peut même, selon les circonstances, être condamné à des dommages et intérêts. Cela est fondé sur le principe que personne ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui».

(62) Lo dirá, en su Comunicación oficial al Tribunal hecha el 21 de enero de 1804, el Tribuno FAURE (según puede leerse en FENET, P. A., XI, págs. 140 y 141).

(63) Como puede verse en FENET, P. A. (XI, pág. 131).

(64) Para DELL'AQUILA, E. (págs. 10 y 11) el artículo 934 compendia la regla *omne quod inaedificatur solo cedit* y también la más general de la Glosa de la extensión del dominio *usque ad coelum et usque ad inferos*.

La común doctrina (65) elogia tal redacción como sucesora de la máxima romana por abandonar la pésima redacción decimonónica, que lo era por ser excesivamente afrancesada, por estar en exceso influenciada por el artículo 553 francés. Frente a tal elogio, MONTEL (66), en cambio, la critica —con razón—, porque tras consagrar —supuestamente— el principio, indica como excepciones la de los siguientes artículos, cuando al contrario, a excepción —dice él— del 938 (sobre construcciones extralimitadas), los restantes son precisamente la manifestación —la consagración verdadera, más bien habría que decir— del principio *superficies solo cedit*.

Evidentemente, ni aquella *voluntas legislatoris* francesa ni la equívoca letra de la norma italiana deben llevar como conclusión a la negación del principio *superficies solo cedit* en los Derechos francés e italiano. Aunque no haya en ellos un equivalente a nuestro 358 del Código Civil, del conjunto de normas del Código Civil francés y del italiano-1865, como del actual, que regulan la accesión artificial inmobiliaria se deduce el principio general del Derecho de que la superficie cede al suelo (67). Es la interpretación sistemática la que en tales Derechos mantiene el principio.

En cualquier caso, no ha de sorprender que siendo mal entendida y mal reflejada dicha regla en tales Códigos, luego haya venido cierta doctrina a tergiversar, con bastante éxito, su fundamento, queriéndolo considerar ya caduco por justificarlo solo económicamente. Más inexplicable resulta que así haya sucedido también entre los nuestros, cuando jamás, ni antes ni hoy, el principio *superficies solo cedit* ha tenido ese quimérico fundamento exclusivamente económico.

Por supuesto, la valoración de los bienes en lid en los casos de accesión tiene su lugar en Derecho, pero no para justificar aquella máxima, ni mucho menos para suplirla, sino a veces solo supletoriamente para complementarla (cfr., arts. 376 y 377 CC); siempre para sumarse a ella, y al fenómeno en general de la accesión, a fin de evitar el enriquecimiento injusto.

Rechazado, entonces, el pretendido fundamento económico del principio *superficies solo cedit*, ¿cuál entonces es, ha sido —y muy probablemente siga siendo— el fundamento de tal regla milenaria?

(65) BARBERO, D., *Sistema del Derecho Privado*, T. II: *Derechos de la personalidad. Derecho de familia. Derechos reales*, trad.: S. SANTIS MELENDO, Buenos Aires, 1967, pág. 285; DELL'AQUILA, E. (págs. 11 y 12); DE MARTINO, F., «Beni in generale-proprietà», en *Commentario del Codice Civile*, a cargo de A. SCIALOJA y de G. BRANCA, Roma, 1976, págs. 492 y 493).

(66) MONTEL, A. (voz: «Accessione [Diritto Civile]», en *NssDI*, pág. 133).

(67) Curioso es el razonamiento, al que nos remitimos para mayor detalle, de LAURENT, F. (VI, págs. 329 y 330), para extraer o deducir la máxima de que la superficie cede al suelo de las dos presunciones contenidas en el artículo 553 Código Civil francés (equivalente a nuestro 359).

3. FUNDAMENTO LÓGICO Y NATURAL, DESDE EL DERECHO ROMANO HASTA NUESTROS DÍAS, DEL PRINCIPIO *SUPERFICIES SOLO CEDIT* EN EL PODER ATRA-YENTE DEL SUELO, COMO ÚNICO INMUEBLE NATURAL POR EXCELENCIA

No solo se ha enturbiado económicamente el auténtico fundamento del principio *superficies solo cedit* atendiendo al valor pecuniario de los bienes en juego:

Ya desde el Derecho romano como justificación de aquella máxima se indica —o así nos lo indican romanistas, como precisamente BONFANTE (68)— la aversión a la copropiedad, siempre *mater discordiarum*, y a la separación entre suelo y superficie, a la desmembración, en fin, de la propiedad (69).

También tiempo ha, que se remonta a las XII Tablas, se la justifica por razones sociales o de política-legislativa, como son la protección de la riqueza y el ornato de las ciudades, que se consigue evitando la destrucción de las edificaciones, aun hechas en suelo o con material ajeno. Es el famoso *ne urbs ruinis deformatur* (del D. 43.3.7, de Juliano), que continuará entre nosotros consagrado en las Partidas, en su «*por apostura, e por nobleza de las Cidades, e de las Villas; que las obras que fueren y fechas, non las derriben por tal razon como esta*» (de la Ley 38, tít. 28, P. 3.^a) (70); en que luego —se ha visto— se apoyará la tesis de la accesión invertida para trocar el principio.

(68) Vid., por todos, BONFANTE, P., págs. 263 y 264, de *Instituciones de Derecho Romano*, trad. 8.^a ed., 5.^a ed., 2.^a reimpresión, Madrid, 2002, y págs. 91 y 92 de *Corso di Diritto Romano*, vol. 2.^o: *La proprietà*, 2.^a parte, Milán, 1968.

(69) De este modo sigue hoy muchas veces razonándose, como hizo la RDGRN de 19 de mayo de 1952, al decir en su Considerando 2.^o: «*Que los preceptos que regulan en el Código la edificación o accesión industrial en bienes inmuebles, responden al propósito de conferir a un solo titular el dominio de la finca, y así lo pone de relieve el artículo 358 al establecer, más como regla de derecho imperativa —dice— que como presunción, que lo edificado pertenece al dueño del suelo, con lo cual trata de evitar situaciones anormales de condominio sin cuotas homogéneas, coexistencia de una propiedad del suelo y otra distinta sobre el vuelo o derechos de superficie que, como excepcionales, deberían establecerse o pactarse expresamente y, por tanto, cuando las obras no hayan sido hechas por el propietario o costeadas por él, en general, solo se producirá un derecho personal sobre la indemnización a que hubiere lugar*». Apoyan lo dicho en tal Resolución, RIERA AISA, L. (pág. 53); y HERNÁNDEZ CRESPO, C., «La accesión invertida», en *RCDI*, 1972, pág. 731.

(70) Así, entre otros muchos, ORTOLAN, M., *Explicación histórica del Emperador Justiniano*, T. I, trad. 3.^a ed. F. Pérez de Anaya, Madrid, 1847, págs. 535 a 537; siguiéndole fielmente, como casi siempre tratándose de Derecho romano, GÓMEZ DE LA SERNA, P., *Curso histórico-exegético del Derecho Romano comparado con el español*, 5.^a ed., Madrid, 1874, págs. 237 y 238; BURÓN GARCÍA, G. (II, pág. 129); e insistentemente SANZ FERNÁNDEZ, A. (pág. 131 y sigs.). De hecho, para CARRASCO PERERA, A. (pág. 90), aquella razón urbanística era la única verdadera *ratio* del principio *superficies solo cedit* en Derecho Romano y que (dice en pág. 110), pervive en las Partidas. Con tono crítico, BONFANTE, P. (2.^a, págs. 116 a 120), dirá que aunque fundado en un principio de Derecho natural, la verdadera razón de la regla romana no es la conjunción, que según él no la hay, ni orgánica ni mecánica, pues cabe la separación de los materiales; su auténtica razón es que en Derecho romano no se concebía

¡Hasta alguna justificación religiosa se le ha dado al principio *superficies solo cedit!* (71).

Todas estas justificaciones merecen, sin embargo, parecido juicio que aquella otra meramente económica. A lo más, se suman, a modo de con-causas en general o para supuestos concretos, al principio *superficies solo cedit*; pero por sí mismas no dan razón suficiente del mismo (72). Algunas de ellas, no en vano, también suelen ser alegadas para justificar la accesión en general, mobiliaria o inmobiliaria, artificial o natural (73); y otras, en cambio, se añaden a la principal y genuina causa en sede de accesión: a la regla de que *accessorium cedit principali*, tratándose de la accesión mobiliaria, o a su expresión de que *superficies solo cedit*, cuando se trata de accesiones inmobiliarias. Por ejemplo, la pretendida justificación social, casi artística, de dicha máxima, relativa a la belleza de los edificios, realmente venía referida, tanto en Derecho Romano como en nuestras Partidas, no a la accesión inmobiliaria en general, como en cambio hace hoy el artículo 358 del Código Civil como primera norma sobre la materia, sino a un caso particular: al de las construcciones hechas en suelo propio con material ajeno, es decir, al caso que hoy contempla el artículo 360 del Código Civil (74); pero no a

una propiedad del edificio separada de una propiedad del suelo. A ello se añade, dice, desde las XII Tablas una razón de interés social de proteger la construcción urbana.

(71) Según MAROI, *Elementos religiosos en el Derecho Romano arcaico*, que aquí se toma de GARRIDO PALMA, V. M., pág. 95, y de OROSA ROLDÁN, M. A., «Accesión invertida», en *La Ley*, 1985-2, pág. 272, tal principio tiene una consideración cultural y pseudo-religiosa o espiritual, dice, en la unión de suelo y casa como lugar de culto y como imagen de la familia, siendo el suelo lo principal por ser lo estable, fijo y siempre perdurable.

(72) Criticando a GORLA, G., «L'accessione nel Diritto Civile Italiano [Contributo alla doctrina dei modi d'acquisto Della proprietà]», en *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 1931, pág. 107, para quien en general la principalidad y accesoriedad de las cosas se determina por razones económicas, NUTI, G., «Accessio, datio, translatio materiae», en *Riv. Dir. Priv.*, 1940, nota 1, págs. 300 y 301), defensor en general del principio de la atracción real, dirá que atender al valor económico es confundir la causa de la atracción con sus motivos.

(73) Siendo tan común la afirmación de que la accesión en general y su máxima de que lo accesorio sigue a lo principal se explican en todas aquellas razones, excúsenos aquí el paciente lector de su cita, que sería tan abundante como, por eso mismo, siempre incompleta.

(74) En efecto, decía la Ley 38, tít. 28, P. 3.^a: «*Metiendo algund ome en su casa, o en alguna otra obra que fiziesse, cantos, o ladrillos, o pilares, o madera, o otra cosa semejante, que fuesse agena; despues que alguna de destas cosas fuesse asentada, o metida en labor; non la puede demandar aquel cuya es; e gana el señorío della aquel cuya es la obra, quier aya buena fe, quier mala en metiendola y. E esto touieron los Sabios antiguos que fuesse guardado, por apostura, e por nobleza de las Ciudades, e de las Villas; que las obras que fueren y fechas, non las derriben por tal razon como esta*». Habría que añadir también la parte final de la Ley 16, tít. 2, de la Partida 3.^a, acerca del mismo caso de construcción en suelo propio con materiales ajenos y con igual fundamento: «*...E esto tovieron los Sabios antiguos por esta razon: porque las casas, o los edificios que los omes fazen en las villas, non tan solamente se tornan en pro de sus señores, mas aun en ferosura comunamente de los logares do son fechos. E quando se desfazen parecen porende mas feos, ca se tornan como en manera de hermamientos. Pero el que fizo poner en sus casas algund de las cosas agenas que*

los demás, ni tampoco al caso singular de las construcciones extralimitadas, como refiere la tesis de la accesión invertida (75).

Siendo indiscutible —al menos nadie lo discute— que la regla de que la superficie cede al suelo es manifestación o concreción, a modo de aplicación, de la más amplia de que lo accesorio sigue a lo principal, no hay nada más simple que concluir que tanto esta como aquella tienen un idéntico fundamento lógico, meta-jurídico, casi matemático —como decía Séneca acerca de la regla en su expresión romana (76)—; y tratándose de cosas reales, como son el suelo, las construcciones y las plantaciones, dicho fundamento lógico se explica sin duda por la naturaleza de las cosas, por la *natura rerum* (77), que en materia de accesión mobiliaria hoy nuestro Código Civil mide por la consistencia o autonomía de las cosas, antes que por su valor (cfr., arts. 375 y 376 CC).

En el Derecho Romano (78) no existía la accesión como categoría homogénea y aglutinadora, ni siquiera como expresión al menos unívoca (79), sino

de suso diximos, deuelas pechar dobladas a aquel cuyas fueren. E esto se entiende, quando lo ouiese fecho a buena fe, cuydando que non eran ajenas, e que non pesaria a su dueño. Ca si a sabiendas lo fiziesse, estonce deue pechar tanto por ellas, quanto su dueño jurare que ha recebido de daño, o de menoscabo, por aquello quel fue tomado, e que non pudo auer».

(75) O a decir verdad: la aplicación —extensiva— de aquella razón a este caso en particular vendrá *a posteriori*, mucho antes que en nuestra jurisprudencia, en Italia, siendo el germen de la primera norma italiana (art. 452 *Codice*-1865), que previó el caso de las obras extralimitadas, contenido en los artículos 463 del Código Civil albertino-1848 y 644 del Código Estense-1852, cuyos antecedentes más remotos se remontan a la Toscana renacentista, donde prescindiéndose de razones lógicas o jurídicas, y apoyados en puras razones artísticas, se permitió la conservación de aquellos palacios o edificios de gran nobleza construidos invadiendo suelo ajeno. Ya uno de los comentaristas más cercanos al Código Albertino, PASTORE, V., *Codice civile per gli stati di S. M. il Re di Sardegna, con commenti*, vol. III, Turín, 1839, así lo justificará: por equidad, a favor del constructor de buena fe, y en el interés público por la conservación del edificio, que es, decía, la misma *ratio* del artículo 461 albertino. ¡De la norma correlativa a nuestro 360 del Código Civil!

(76) Se limita a mencionarlo ALONSO PÉREZ, M. (pág. 329); pero merece la pena ver la afirmación que Séneca hace de que tal principio es conforme a la razón, aduciendo para ello la inseparabilidad jurídica del suelo de la superficie como argumento para demostrar la conexión de la matemática a la filosofía. Dice, en efecto, SÉNECA (*Epitome* 8.8): «*Nom est autem ars sui iuris cui precarium fundamentum est. Philosophia nil alio petit, totum opus a solo excitat. Matematica, ut ita dicam, superficialia est, in alieno aedificat*».

(77) Como «Ley de la creación» estimaba PROUDHON el principio *accessorium sequitur principale* (según se toma aquí de GORLA, G., pág. 105).

(78) Para cuyos datos en lo que sigue pueden consultarse para mayor profundidad BONFANTE, P., en su *Corso di Diritto romano, II*, págs. 94 y 95, ORTOLAN, M. (págs. 82, 506 a 510); y GORLA, G. (págs. 88 a 93), sobre todo; y también SANFILIPPO, C. (Voz «Accessione [Diritto Romano]», en *NssDI*, págs. 129 y 130); y ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *La propiedad y los modos de adquirirla en Derecho Romano y en el Código Civil*, Granada, 1991, pág. 113).

(79) Explica BONFANTE (*cit.*), y otros de los citados siguiéndole, que GAYO ya empleaba con muy diversos significados las palabras *cedere* (para significar no conjunción o unión, sino absorción ideal), y *accedere* o *accessio* (para significar incremento en general), por oposición a *decedere* o *decessio* (como disminución).

que venía referida a una multitud de casos de muy diversa índole —como en parte hoy sucede en la casuística de nuestro Código Civil (80)—; y la regla *accessio cedat principale* (81) tampoco era exclusiva de la accesión, siendo aplicable a otras materias (82) —por lo demás como lo es hoy también dado su alcance como principio auténticamente general del Derecho—. Pero no puede negarse, aun con todas esas matizaciones hechas, que la accesión —o las muy diversas hipótesis que hoy estimamos como de accesión— fuese ya por entonces un modo de adquirir la propiedad de Derecho Natural. Aunque GAYO no incluía la accesión al enumerar los modos de adquirir el dominio, al consagrar la famosa máxima de que la superficie cede al suelo, dirá: «*Praetera id, quod in solo nostro ab aliquo aedificatum est, quamvis ille suo nomine aedificaverit, iure naturali nostrum* —decía— *fit, quia superficies solo cedit*» (*Instituciones* de GAYO, 2, 73) (83). A diferencia de otros mecanismos adquisitivos (como la usucapión, la tradición...), la accesión, igual que sucede con otros (como la ocupación...), se ha estimado finalmente como un modo de adquirir el dominio que deriva del Derecho Natural, de la Naturaleza (84); de ahí que siempre y en todo lugar haya existido, aunque justificada en diferentes

(80) No ya, por ejemplo, en el actual *Codice*, donde la accesión ha quedado restringida a la accesión inmobiliaria vertical (de mueble a inmueble), y horizontal (de inmueble a inmueble), siendo ya diferenciada de la especificación, de la unión y de la conmixción.

(81) Que ORTOLAN (*cit.*) ve en ULPIANO (D. 34, 2, 19, § 13), y repetida en muchas materias diversas. Aparte, quiere ver ORTOLAN reflejada dicha máxima con alcance general, sin referirla a una cuestión concreta, en el siguiente texto de PAULO (D. 6, 1, 23, § 4): «*In omnibus igitur istis, in quibus mea res, per praeventiam, alienam rem trahit meamque efficit, si eam rem vindicem, per exceptionem doli, cogar pretium ejus quod accesserit, dare*». Y lo traducirá, con un breve comentario, ORTOLAN (págs. 509 y 510), del modo en que sigue: «En todos los casos en que mi cosa, *per praeventiam*, por predominio, *alienam rem trahit*, trae la cosa de otro, *meamque efficit*, y la hace mía... no puede expresarse más genéricamente el predominio de la cosa principal, la absorción de la cosa de otro, y la propiedad de ella que me ha sido transferida. (...) Queda pues establecido de hecho que la reunión de una cosa en cualidad de accesión a otra, estaba admitida en el derecho romano como causa de adquisición en ciertos casos, aun respecto de aquellas cosas que antes pertenecían a otro».

(82) Como indica BONFANTE (*cit.*), aparece en materia de contratos, legados, venta, arriendo, posesión...

(83) Por eso no puede ser más que una errata la afirmación de TRAVIESAS, M. (pág. 294, nota 1), cuando dice que tan arraigado principio en Roma estaba fundado «*et civile et naturali iure*»; como la posterior de ALONSO PÉREZ, M. (pág. 328), en el mismo sentido.

(84) Así no en Derecho romano (vid., por todos, ORTOLAN, *cit.*, que aunque niega que la accesión fuese con nombre propio modo de adquirir en el fondo sí lo fue), al menos la accesión no aparece en los modos de adquirir el dominio enumerados por GAYO (como advierte PACIFICI-MAZZONI, E., I, pág. 174). Pero claramente lo será ya en el Derecho medieval, donde por obra de romanistas y glosadores la accesión será calificada como modo natural, originario y *secundum quid* de adquirir la propiedad. Entre los nuestros, SALA, J., *Ilustración del Derecho Real de España*, T. I, 2.^a ed., Madrid, 1820, págs. 102 y 103; ÁLVAREZ, J. M., *Instituciones de Derecho Real de España*, T. I, Madrid, 1829, págs. 154 y 155; DE ASSO, I. y DE MANUEL, M., *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, 5.^a ed., 1792, reimpresión de Valladolid, 1975, pág. 98 y sigs. Para todo esto, vid, GORLA, G. (págs. 93 a 99).

razones y prevista con diversos matices. Y esa universalidad, derivada de su naturalidad, se explica por la regla, también lógica y natural, de la accesoriedad en que se funda; y que *ex natura rerum* se explica porque cuando dos cosas de diverso dueño se unen inseparablemente, o de modo indivisible, es porque una se une o incorpora a la otra, siendo la incorporada precisamente la que no puede subsistir independientemente. Es pura ley natural, o física; es casi la ley del más fuerte. La cosa que puede existir independientemente es la más fuerte, es la cosa principal, siéndolo precisamente porque es la que ejerce hacia la otra una fuerza atractiva (una *vi ac potestate rei nostrae*) que la hace dependiente de ella (85).

En esto la verdadera accesión, la tradicionalmente apellidada como «continua», difiere de la accesión llamada «discreta» —tanto que no es verdadera accesión—: esta —que es expresión de la facultad de goce, que puede tener el propietario o también el usufructuario, el usuario...— se fundamenta en la fuerza expansiva o productiva de las cosas, en una fuerza centrífuga y gestante, que va de dentro a fuera, adquiriéndose por tanto sus frutos *jure fruendi proprio*; en cambio, aquella, la única accesión verdadera, se fundamenta en una fuerza atrayente, o centrípeta, de fuera hacia dentro, adquiriéndose la cosa *jure accessionis*, no por derecho —o poder de goce— propio, pues se trata de una cosa, la accesorio, que antes de la accesión pertenecía a otra persona.

Esa fuerza atractiva de la genuina accesión puede ser, a su vez, o bien ideal, esto es, teleológica o funcional (como puede suceder, por ejemplo, en el art. 377.II CC) o bien puede tratarse de una fuerza real, física o estructural (86), como sucede en la mayoría de los casos de accesión; siendo ese,

(85) Es la forma en que siempre se ha definido en primer lugar la distinción entre cosa principal y accesorio; así, entre los nuestros, ÁLVAREZ, J. M. (I, pág. 138); BURÓN GARCÍA, G. (II, pág. 20); OYUELOS, R., *Digesto. Principios, doctrina y jurisprudencia referentes al Código Civil español*, T. II [arts. 333-608], Madrid, pág. 82. En particular, refiriéndose a la accesión industrial, decían GARCÍA GOYENA, F. y AGUIRRE, J., *Febrero...*, T. I, Madrid, 1841, pág. 171: «Las leyes en este modo de adquirir no han hecho mas que seguir los preceptos del derecho natural, estableciendo algunos principios, que como emanados de la equidad natural habrán siempre de consultarse», añadiendo que «la primera regla que debe tenerse presente es que lo *accesorio sigue a lo principal*». Probablemente mucha influencia en entender de aquel modo qué es lo principal y qué es lo accesorio, se deba a POTHIER, J., *Tratado del derecho de dominio de la propiedad*, trad.: M. Deó, notas y concordancias A. Elías de Molins, Tomo VII, Madrid, 1882, pág. 123, quien «para conocer cuál es la cosa que, en un todo compuesto de muchas cosas, forma la parte principal, y las que son solamente accesorias del mismo», establecía como «regla primera: Cuando de dos cosas que componen un todo, la una no puede subsistir sin la otra, y la otra puede subsistir separadamente, la que puede subsistir separadamente es considerada como parte principal, y la otra como accesorio; *Necesse est ei rei cedi quod sine illa esse non potest*».

(86) En esta distinción se sigue aquí a NUTI, G. (págs. 301 y 302), no ya en su crítica por apriorística a la regla *superficies solo cedit*. Y luego (en págs. 309 y 310), hablará del doble poder, de expansión (o producción) y de atracción, del suelo; idea que también aquí se sigue. En cambio, para ALONSO PÉREZ, M. (nota 17, pág. 280), en general para la determinación de lo principal y lo accesorio en materia de accesión el criterio es más estructural (y económi-

precisamente, el fundamento del *superficies solo cedit*. Conforme al principio de accesoriadad en materia de accesión en general, en la inmobiliaria el suelo es cosa principal, al menos frente a lo que se construya en él, no tanto porque generalmente sea de valor económico mayor, sino sobre todo porque comparados ambos elementos —suelo y edificación— el suelo es cosa independiente, que puede existir por sí sola, mientras que no cabe edificio sin suelo en que apoyarse, en que sostenerse (87).

En efecto, el suelo es el sostén de toda edificación, no solo desde una perspectiva arquitectónica, sino por ser el sustentáculo de la edificación en cuanto mejora; el suelo es puntal de riqueza (88). De ahí aquello de proteger las edificaciones que se dice desde hace milenios en el mundo del Derecho para así proteger las riquezas que son el ornato de las ciudades, según se decía en las XII Tablas, en el Digesto, en nuestras Partidas, y en tantos otros lugares. Y no es casual el empleo de tales palabras, que encuentran evidente paralelismo, casi identidad, en el artículo 376 del Código Civil; una norma esta que, aun en sede

co, hay que decirlo) que funcional; mientras que para CARBONNIER, J., *Derecho Civil*, T. II, vol. 1.º: *Situaciones jurídico-reales*, trad. y notas de M. M. Zorrilla Ruiz, Barcelona, 1961, pág. 123, refiriéndose al artículo 567 *Code* (correlativo a nuestro 376), es más funcional que estructural. En verdad, rigen ambas dimensiones siendo aplicable una u otra según cada caso.

(87) Y más detenidamente lo decía POTHIER (*cit.*), dando buena explicación de lo que luego serían los artículos 555 y 554 del Código Civil francés (nuestros 361 y 360, respectivamente), a pesar de lo que luego de ellos dirá PORTALIS (según lo visto en el epígrafe anterior); tras indicar POTHIER la primera regla, antes reproducida, añade: «Puede citarse, como primer ejemplo de esta regla, el caso en que alguno hubiese construido un edificio sobre un solar de mi propiedad. El edificio y mi solar forman un solo todo del que mi solar es la parte principal, y el edificio la parte accesoria; porque el solar puede subsistir sin el edificio, y al contrario el edificio no puede subsistir sin el solar sobre el que se ha levantado. Por cuya razón el dominio que yo tengo de mi solar me hace adquirir por derecho de accesión, *vi ac potestate rei meae*, el edificio que ha sido construido, esto mismo dice GAIUS: *Si quis in alieno solo sua materia aedificaverit, illius fit aedificium cujus et solum est.* (...) Igual puede decirse en caso contrario. Cuando yo he construido sobre mi terreno un edificio con materiales ajenos, el dominio de mi terreno me hace adquirir por derecho de accesión, *vi ac potestate rei meae*, el de todos los materiales empleados, como cosas que son necesarias: *quin aliquis in suo loco aliena materia aedificaverit, ipse dominus inteligitur aedificii*. Y es regla general, que el dominio del edificio sigue siempre al del terreno sobre el cual está edificado: *Omne quod inaedificatur solo cedit*». Entre los nuestros, también lo destacaba sintéticamente, ESCRICHE (en su voz «Accesión industrial», pág. 44): «En la edificación, el suelo es lo principal y el edificio lo accesorio; y como el edificio no puede separarse del suelo sin su destrucción, es regla constante que el dueño del suelo adquiere el dominio del edificio, cualquiera que sea el que lo hubiere construido, y así en el caso de buena como en el de mala fe». Y más o menos confesadamente siguiendo a POTHIER para justificar los artículos 360 y 361 de nuestro Código, BURÓN, G. (II, pág. 20); SANCHEZ ROMÁN, F. (II, pág. 505); OYUELOS, R. (págs. 89 y 90); VALVERDE, C. (II, págs. 105 y 106); y tantos otros comentaristas cercanos a la gestación del Código Civil español.

(88) La idea del suelo como sostén natural irremplazable es muy común en la doctrina, siendo destacable la afirmación de QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA (VI, pág. 354), de que el suelo es «sustentáculo» de edificaciones y «laboratorio» de plantaciones.

de accesión mobiliaria, sienta el primer criterio, el más natural y por ende lógico, para determinar cuál de entre dos cosas que se han unido inseparablemente es la principal y cuál la accesoria: aquella será la autónoma o independiente, y esta la que —entre otras cosas, según dice— le sirva de *ornato*, la que quede subordinada a la otra. ¿Es mera casualidad o cabe rectamente ver un paralelismo entre el artículo 358 y el 376 del Código Civil, y, por ende, apreciar en la regla *superficies solo cedit* un caso particular al que se aplica la regla elemental del artículo 376 del Código Civil? No puede, desde luego, entenderse literalmente que el edificio sea mero ornato del suelo. Lo que justifica tal confrontación es que la razón de fuerza natural de atracción a que responde el principio *superficies solo cedit* es, conforme a lo que expresa en su *ratio* el 376 del Código Civil, que el edificio se une, se incorpora al suelo, no al revés, que es el suelo el que ejerce un poder de atracción, no a la inversa. Es la propia fuerza de la gravedad, si se apura, la que explica tal regla (89); por supuesto, los romanos desconocían la ley gravitatoria, como tal formulada, pero ya sabían, por ser de sentido común, o natural, que el suelo es la savia o fuente nutriente de las plantaciones y el sostén o apoyo de los pilares y cimientos de cualquier edificación. Tal es el poder de atracción, que por dicha incorporación al suelo, el edificio, que separado de él no es más que un conjunto de materiales, o bienes muebles, se «inmobiliza» —permítasenos la barbarie lingüística—, se convierte en inmueble por incorporación al suelo (cfr. art. 334.1.º CC); en cambio, el suelo, la tierra, es el único inmueble natural por excelencia y preexistente a todos los demás (90).

En la justificación tradicional del principio *superficies solo cedit* se ha añadido, también, el carácter naturalmente fijo, estable —o perpetuo, según dicen algunos— del suelo frente al carácter esencialmente deteriorable e incluso destruable del edificio (91). Siendo esto normalmente cierto, conviene hoy relegar

(89) Como dice OYUELOS, R. (pág. 89), se funda la regla romana en «una especie de ley de gravedad jurídica que atrae hacia la tierra».

(90) Siendo tan común en nuestra doctrina y en la extranjera estimar al suelo como único bien natural por excelencia, excúsenos del esfuerzo de hacer un elenco de autores que así lo dicen, y que el lector agradecerá no tener que leer. Tal vez solo sea oportuno aclarar porqué muchos de nuestros autores de la época codificadora no solo calificaban al suelo como inmueble por naturaleza, calificando de tal modo también los edificios y, por supuesto, las plantaciones (así, ESCRICHE, J., en la voz «Bienes inmuebles», pág. 377; GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J. M., *Elementos de Derecho Civil y Penal de España*, T. I, 2.ª ed., Madrid, 1865, págs. 478 y 479; GARCÍA BURÓN (pág. 12); QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA (VI, pág. 123 y sigs). Se debe, sobre todo, a la influencia de POTHIER a través del Código Civil francés, que en su artículo 517, como también en el artículo 408 del Código Civil italiano-1865 (y hoy el art. 812 *Codice*), hacía expresamente una clasificación tripartita de inmuebles por naturaleza, por destino y por objeto, incluyendo en los naturales el suelo, las edificaciones, las plantaciones... Así lo advierte GARCÍA GOYENA, F. (pág. 341), acerca del artículo 380 Proyecto CC-1851, inspirado en el francés, cómo no.

(91) Son muchos quienes lo dicen. Modernamente, PARADISO, M., *L'accessione al suolo: artt. 934-938*, Milán, 1994, págs. 12 y 13, fundamenta con cierto detenimiento el

tal dato a un lugar secundario ya que por obra del hombre, frente a la naturaleza que siempre desea dominar, actualmente en el término suelo no solo han de comprenderse el solar o el terreno, sino también el subsuelo y el sobrevuelo (v.gr., la azotea o la última planta de un edificio ya existente). En tales «suelos» el rasgo de su permanencia decae como rasgo esencial, aunque pervive como tal su condición de sostén que atrae a lo que sobre él se incorpora (cfr., los números 3.º, 4.º, 5.º del art. 334 CC). En esa fuerza de atracción radica, en definitiva, la esencia del tradicional adagio *superficies solo cedit*. También aquí se cumple el aforismo *accessorium sequitur principale* por lo que a la naturaleza jurídica afecta: la obra, que es lo accesorio, adquiere la naturaleza inmobiliaria del bien principal al que se adhiere: el suelo (92).

He aquí la equidad natural en que está fundada la regla *superficies solo cedit* (93). Añádanse ya ahora a ella, para reforzarla si se quiere, las otras razones alegadas, incluso la del usual mayor valor del suelo, que bien puede tener su

principio *superficies solo cedit* en la perpetuidad y en la abstracción del suelo, abstracción en el sentido arriba referido de la gran variedad de posibles usos que puede proporcionar el suelo (agrícola, industrial, edificatorio, turístico, ambiental...). Así antes, MAROI (cit.); y, por ejemplo, respecto al Derecho francés, CARBONNIER, J. (II-1.º, pág. 123); DE PAGE, H., *Traité élémentaire de Droit Civil Belge*, T. VI: *Les Biens* (2.ª parte). *Les sûretés* (1.ª parte), Bruselas, 1952, pág. 39; y más modernamente GOUBEUX, G. (págs. 49 y 50). Siguiendo a PARADISO, recientemente, MASSINETTI, R. (págs. 171 y 172), añadiendo también como fundamento de la preeminencia del suelo sobre la edificación la idea de su escasez y la de su no reproductividad; mas ambas ideas parecen rechazables: la primera, porque ya la máxima *superficies solo cedit* existía en Roma cuando no había ningún problema de escasez del suelo (y de haberlo, para eso estaban las nuevas conquistas), y lo segundo, porque si bien el suelo no es reproductivo —*sic*—, sí es fructífero. Entre los nuestros, la gran defensora en los tiempos actuales del principio *superficies solo cedit*, NÚÑEZ BOLUDA, M. D. (págs. 51 a 53), también recurre a este dato, entre otros, diciendo (en pág. 52) que «el edificio pasa; el suelo permanece, es casi indestructible».

(92) Véase, al respecto, CARRASCO PERERA, A. (págs. 171, 172 y 179 a 183), y su teoría del doble efecto en virtud del principio de accesoriedad: el primer efecto, el de la «inmobiliación» por incorporación, *ex* artículo 334 del Código Civil, y el segundo, el de la accesión por el principio *superficies solo cedit*, *ex* artículo 358 del Código Civil.

(93) Tras todo lo concluido aquí, no obstante, conviene advertir que hace tiempo dos autores nuestros, primero, en 1888, FERNÁNDEZ ELÍAS, C., *Novísimo Tratado histórico-filosófico de Derecho Civil español*, T. II, 2.ª ed., Madrid, 1880, págs. 45 y 46, y luego, en 1911, SÁNCHEZ ROMÁN, F. (III, págs. 95 a 97 y 150), negaron que la accesión continua fuese una figura de Derecho Natural fundada en razones de justicia; al contrario, defendieron que tal accesión era una institución de Derecho positivo y fundada en razones de utilidad y necesidad, no pudiendo ser la justicia cuando para resolver una cuestión se quita algo a alguien contra su voluntad. Tal vez se vean obligados a tal conclusión al ser su premisa la consideración de la accesión, no como modo de adquirir el dominio, sino como extensión o expansión del mismo, de su objeto, como así sucede claramente con la accesión discreta, consecuencia de la facultad de disfrute, y a la que, precisamente, tales autores sí estiman como figura de Derecho Natural fundada en la justicia. He ahí la fuente del error, el comparar dos figuras en verdad diversas, cuando en una no hay conflicto ninguno, sí habiéndolo, en cambio, en la otra, la verdadera accesión.

oportuna utilidad (cfr. art. 377 CC), como, precisamente, puede suceder en el caso de las construcciones extralimitadas. Veámoslo.

III. LAS CONSTRUCCIONES EXTRALIMITADAS, DESDE LA REGLA *SUPERFICIES SOLO CEDIT*, COMO UNA LUCHA ENTRE EL SUELO INVASOR Y EL SUELO INVADIDO

Aceptado el principio *superficies solo cedit*, y sabiendo, por tanto, que siempre el suelo es el elemento principal, y el edificio el accesorio, para resolver el problema de las construcciones extralimitadas no hay que volver a dicha regla, no hay que comparar suelo y obra, pues ello nada añadiría en particular, ya sea aplicándola directa o inversamente. Por principio en tal lid ya se sabe qué es lo accesorio y qué lo principal. Sin embargo, la jurisprudencia de la accesión invertida hace comparaciones muy dispares: una primera tesis, la mayoritaria en la jurisprudencia, considera que cabe la accesión invertida, entre otros requisitos, cuando el valor del edificio en su totalidad es superior —*desproporcionadamente*, dicen algunas SSTs (94)— al valor del suelo ajeno en su parte invadida (95). Una segunda tesis, también jurisprudencial pero menor a la anterior en número de pronunciamientos, considera que hay accesión invertida cuando el valor del edificio *in totum* y de la parte de suelo propio del constructor ocupada por la obra es superior al valor del suelo ajeno también ocupado (96). Una tercera tesis, sostenida aisladamente por la STS de 14 de marzo de 2001, exige «*que lo construido en suelo propio tenga más valor que lo hecho en suelo ajeno*». Aquí, pues, se prescinde del valor de los suelos, atendiendo solo a su extensión

(94) Son las de 15 de junio de 1981, de 1 de octubre de 1984, de 11 de marzo de 1985 y de 23 de julio de 1991.

(95) Hacen tal comparación las SSTs de 26 de febrero de 1971 —reproduciéndola, la de 29 de junio de 1984—, de 23 de octubre de 1973, de 3 de marzo de 1978, de 28 de abril de 1980, de 15 de junio de 1981, de 1 de octubre de 1984, de 11 de marzo de 1985, de 23 de febrero de 1988, de 22 de noviembre de 1988, de 23 de julio de 1991 y, siguiendo a esta última, la de 16 de octubre de 2006. En la doctrina, curiosamente esta es la explicación más secundada en los Manuales.

(96) Esta es, precisamente, la comparación que hizo la pionera STS de 31 de mayo de 1949, al aplicar la accesión invertida «*por la notoriedad del mayor valor e importancia, que se han de reconocer, por sus condiciones y destino, al edificio construido, unido al suelo propio del edificante, sobre la parte de terreno ajeno invadido por la construcción*». No será repetida esta idea hasta la STS de 6 de mayo de 1978, al exigir «*que el edificio unido al suelo del edificante tenga una importancia y valor que excedan a los del suelo invadido*». Lo decía en su Considerando 8.º, pero también al final de su anterior Considerando 7.º al «*atribuir esta calidad —de principal— al edificio unido al suelo del edificante, cuando su importancia y valor excedan a los del suelo invadido de buena fe*». Y a esta seguirán luego las SSTs de 11 de junio de 1993, de 22 de marzo de 1996 y, apoyándose en esta última, la de 14 de octubre de 2002. Es también la tesis acogida en el Código Civil catalán (arts. 542-7.1 y 542-9.1).

para así dividir ideal y verticalmente el edificio recayente sobre ellos y comparar su valor de cada fracción (97).

Ninguna de estas comparaciones nos parece, sin embargo, admisible: en general, porque de seguir cualquiera de ellas, exageradamente la segunda, es muy probable que casi siempre el edificio invasor sea el elemento principal por ser el de mayor valor. Piénsese, por ejemplo, en quien siendo dueño de un pequeño solar construye un gran edificio ocupando en su mayor parte suelo ajeno. Por eso, probablemente guiadas por un sentido intuitivo de corregir dicha injusticia, algunas SSTS añadan aquello de la *desproporcionalidad* en la superioridad del valor del edificio sobre el del suelo invadido; introduciendo con ello un criterio jurídico altamente indeterminado. En realidad, todas esas comparaciones son ya de entrada descompensadas, porque no respetan la relación de principalidad y accesoriedad que subyace en el principio *superficies solo cedit*: la primera tesis, mayoritaria en la doctrina del Tribunal Supremo, compara económicamente todo lo accesorio (la obra) con una parte de lo principal (el suelo ajeno invadido); la segunda tesis, peor aún, frente a una parte del posible elemento principal (el suelo invadido) opone todo el elemento accesorio (la obra) con una parte del posible elemento principal (el suelo propio del constructor); y la tercera prescinde del elemento principal (de los suelos invadido e invasor) y atiende únicamente al valor del elemento accesorio (el edificio), fingiéndolo dividido proporcionalmente sobre cada suelo (98). Falta, precisamente, la hipótesis comparativa acertada, la que ha de hacerse entre los dos elementos en principio principales: los dos suelos. Al haber en las construcciones extralimitadas dos suelos, uno el ajeno invadido y el otro propio del constructor invasor, concurren dos fuerzas atrayentes opuestas entre sí; los dos suelos atraen para sí una determinada parte de idéntica superficie, de igual obra (al modo en que las dos mujeres tiraban para sí del mismo niño en el juicio salomónico). Comparándolos entre sí, hay que averiguar cuál de ambos suelos es el vencedor, cuál es el principal por

(97) Dentro de la doctrina, la mayoría, sin caer en la cuenta de estas diferentes posiciones dentro del propio Tribunal Supremo, suelen adherirse a una u otra. De entre los pocos que parecen percibir la diversidad, tal vez sea destacable la tesis de MOLL DE ALBA, C. (pág. 260), para quien «la solución más justa es que se valore, por un lado, la parte del edificio asentada en el terreno ajeno, y, por otro, la franja de suelo invadido».

(98) Añádase, además, como crítica a algunas de aquellas otras tesis, del TS, y a la de MOLL: si se atiende en la comparación de suelos a la obra, aunque dividida y valorada separadamente en cada una de sus partes recayentes sobre cada suelo, se introduce otra vez, aunque con más fuerza, el elemento accesorio en la comparación; piénsese, *a.e.*, de acogerse la tesis de la STS de 14 de marzo de 2001, que valora exclusivamente la parte de edificio construido sobre cada suelo, habría que negar la accesión invertida si lo construido en suelo ajeno fuese de mayor valor que lo construido en suelo propio, aunque el valor o la extensión de este suelo fuese mayor que la de aquel otro suelo; o en la tesis de MOLL DE ALBA: conforme a ella cabría negar también la accesión invertida cuando la parte de edificio asentado en terreno ajeno fuese de menor valor que dicho suelo, aunque la superficie propia del constructor invasor, ocupada por el edificio invasor, fuese de mayor valor que aquel.

poseer mayor poder de atracción (99). Decidido el vencedor, en las construcciones extralimitadas la accesión no será vertical, como en cambio sucede en los típicos casos de los artículos 360 a 365 del Código Civil, sino más bien una accesión «horizontal»; al igual que las accesiones naturales que regula el Código, en sus artículos 366 y siguientes, también esta lo será de inmueble a inmueble, de suelo a suelo, con el consiguiente arrastre del elemento por excelencia accesorio: el edificio construido a caballo sobre ambos suelos (100). Por supuesto, esta expresión de «accesión horizontal» es metafórica, figurada, sin que ello suponga acudir a aquellas normas que regulan la accesión natural, en la que al no haber intervención del hombre en la incorporación tampoco se valora su buena o mala fe. En cambio para esta accesión horizontal, la invertida de nuestra jurisprudencia, es imprescindible la buena fe del constructor, como exige el artículo 361 del Código Civil: que el edificante haya invadido parte del suelo ajeno creyendo que estaba construyendo sobre terreno propio o sobre el cual se tenía derecho a construir por virtud de otro título o derecho diverso de la estricta propiedad. O dicho de otro modo, que ignorase que estaba construyendo sobre suelo de propiedad ajena o que lo hacía sin título idóneo o bastante para obrar en terreno ajeno (101).

Centrada, pues, la atención en los dos suelos, como elementos a confrontar para determinar la principalidad o accesoriedad de uno u otro, el modo de averiguarlo es sencillo. Por supuesto, ya de nada sirve aquí el aforismo *superficies solo*

(99) En justicia a la autoría de tan original y acertada idea, hemos de indicar que así lo dijo hace tiempo SANZ FERNÁNDEZ, A. (pág. 196) —muy criticado por ALONSO PÉREZ, M. (págs. 346 y 347)—, para quien, conforme al principio de accesoriedad, «debe atribuirse la unidad formada por los dos solares y el edificio a uno solo de los dueños, y la determinación de cuál ha de serlo, se hará con relación no a lo edificado, sino a los dos solares: deberá atribuirse la totalidad, el conjunto, al dueño de la parte de suelo que deba estimarse como principal». Lástima que se quedara en tan breve explicación sin llevarla hasta sus últimas consecuencias.

(100) En justicia también aquí a la autoría de tal denominación, hemos de reconocer que su bautismo corresponde, en Francia, a PLANCQUEEL, que la llamó *l'accession horizontale*, y que sin embargo, en dos breves comentarios que hizo a sendas sentencias del Tribunal de Casación francés (de 4 de mayo de 1959 y de 11 de julio de 1969, en *Juris-Classeur Périodique*, 1960, 171, y 1970, 11), se limitó a esbozar, o a sugerir, sin ningún éxito.

(101) Como sintetiza la STS de 27 de enero de 2000, la buena fe del invasor consiste en la «creencia de que se estaba construyendo sobre terreno propio o sobre el cual se tenía derecho a construir» por virtud de otro título o derecho diverso de la estricta propiedad. Antes de ella, la STS de 1 de febrero de 1979 había definido la buena fe del invasor como «la racional creencia del propio dominio sobre el terreno invadido», y la STSJ de Aragón de 7 de noviembre de 2001 la define como «la creencia de ostentar la legítima posesión del terreno en que se construye». Como reverso de la misma moneda, puede entenderse la buena fe como ignorancia de que se construye sobre suelo de propiedad ajena o de que se carece de título idóneo o bastante para obrar en terreno ajeno. Así, la STS de 22 de febrero de 1975 definía la buena fe del invasor como «la ignorancia del constructor de que el suelo sobre el que construye no le pertenece»; y casi idéntica es la definición contenida en la STS de 6 de mayo de 1978.

cedit. Pero sin la necesidad de invertirlo, basta con acudir, como criterio auxiliar añadido y no en suplencia de aquel, al principio general básico que rige en toda accesión y del que precisamente aquel es manifestación. De nuevo, el principio *accessorium cedit principali*. Sin salir del ámbito de la accesión, en la relativa a bienes muebles, sentada la regla de que lo accesorio sigue a lo principal en el artículo 375 del Código Civil, a continuación los artículos 376 y 377 del Código Civil determinan de entre dos cosas muebles que se han unido indivisiblemente cuál de ellas es la principal y cuál la accesoria según los criterios —ordenados jerárquicamente— de autonomía, valor y volumen. Más allá de la naturaleza, mobiliaria o inmobiliaria, de los bienes que se unen, nadie duda de que la propia lógica y, por ende, la generalidad, o flexibilidad, de los criterios establecidos en tales normas permiten su aplicación a la accesión inmobiliaria (102). Ni siquiera se trata de integrar una laguna mediante la analogía, extrayendo el principio reinante en una institución para aplicarlo a otra institución —diversa aunque parecida a aquella otra—, sino de extender la aplicación de la norma por la amplitud de su *ratio* a otro supuesto, al de bienes inmuebles, dentro de la misma institución, la de la accesión: se trata de una interpretación lógica, en su método, y extensiva por su resultado.

Admitida, entonces, *in abstracto* la aplicabilidad de los criterios determinantes de la principalidad contenidos en los artículos 376 y 377 del Código Civil en materia de construcciones extralimitadas, *in concreto*, sin embargo, carece de sentido aplicar el criterio del artículo 376 del Código Civil. En su lugar habrá que aplicar *in recto* el artículo 377 del Código Civil: bien porque al ser idéntico, e incomparable por tanto, el poder atrayente de los suelos, han de aplicarse los criterios supletorios de valor y volumen de esa norma, o bien, porque de resultar calculable o graduable tal poder del suelo, la única forma de medirlo, de averiguar qué suelo tiene mayor *vis atractiva* que el otro es, precisamente, acudiendo al artículo 377 del Código Civil. Todos los caminos conducen a esta norma:

Como primer criterio decisivo, el artículo 377 del Código Civil otorga la calidad de principal entre dos cosas autónomas a la de mayor valor. Dada la amplitud de la norma en su redacción bien puede entenderse aquí el valor en sentido también amplio, comprendiendo dentro del económico, no solo el valor en cambio (de venta, de garantía...), sino también el valor de uso (en cuanto estricto uso, o de obtención de frutos, de edificabilidad...). Y si ambos suelos, invasor e invadido, son de igual valor, como segundo criterio, supletorio del

(102) En efecto, suele ser afirmación común la de la posible interpretación flexible de los artículos 376 y 377 del Código Civil por la racionalidad que contienen: PÉREZ GONZÁLEZ, P. y ALGUER, J., en Wolf, III-1.º, pág. 485; y, siguiéndoles, PUIG PEÑA, F. (III-1.º, pág. 173, nota 36); ALONSO PÉREZ, M. (pág. 441); y TORRES LANA, J. A. (en CC, Albácar, págs. 227 y 228).

anterior, el artículo 377 del Código Civil confiere la condición de principal entre dos cosas de igual consistencia y valor a la de mayor volumen, que naturalmente antes habrá influido en el cálculo de aquel valor. *Major pars trahit ad se minorem*. Tratándose de inmuebles no es banal cuestión la del tamaño (volumen de edificabilidad...) (103). Por su aptitud expansiva y atractiva, en sentido vertical hacia arriba y hacia abajo (art. 350 CC), para comparar el volumen de los suelos, no solo han de medirse los m² de superficie, sino la propia posibilidad de extensión tridimensional, de m³, según permita al respecto la legislación.

Muy a su propósito, en la valoración y medición de los dos suelos en tensión, no solo habrá que comparar los suelos física o materialmente ocupados por el edificio en su superficie, vuelo o subsuelo, sino toda la extensión —terrenal, sobreelevada o subterránea— del suelo potencialmente accesible, esto es, adquirible por accesión en caso de que dicho suelo sea atraído por el del vecino. Así, v.gr., en la comparación de suelos habrá que tener en cuenta como posible suelo accesible el que deba ser limitado porque el edificio construido tenga, en su frente invasor, ventanas y balcones para luces y vistas (cfr. art. 585 CC), o la posible servidumbre forzosa de paso que haya de ser concedida...; así hasta el punto de que cabría incluso que el suelo invadido solo en parte de su extensión deba ser comparado en su totalidad con el suelo invasor si de operar a favor de este la accesión, la parte que quedara libre de aquel fuese económicamente inservible, siendo por ello indivisible, imposible su segregación (como sucedió en el caso de la STS de 27 de enero de 2000 (104). El valor y, en su caso, el volumen de los dos suelos en pugna y a contrastar han de ser, en fin, los potencialmente adquiribles por accesión.

De esta forma, en síntesis expuesta (105), queda solucionado el caso de las construcciones extralimitadas sin invertir, ni suprimir, el principio *superficies solo cedit*.

(103) No parece, sin embargo, que deban valorarse aquí la pérdida de edificabilidad, el posible coste de demolición del edificio... o, en general, la pérdida de valor que pueda experimentar *a posteriori* el suelo accesorio accesible, el que tras la accesión quede como restante y libre para su dueño (como, en cambio, cree MOLL DE ALBA, C., pág. 260). No es desmerecer en absoluto esta posible desvalorización; lo será oportunamente como posible daño o perjuicio indemnizable una vez producida la accesión, esto es, una vez comprobado qué suelo es el principal; pero no será un valor —o desvalor, a decir verdad— a observar en la comprobación de qué suelo es el principal por ser de mayor valor.

(104) Y se prevé en los artículos 542-7.1.b) y 542-9.2 del Código Civil catalán, como acierto según MARSALL GUILLAMET (pág. 468).

(105) Y que, con todo lo demás, puede verse íntegra y detalladamente desarrollada en nuestra obra *La accesión horizontal en las construcciones extralimitadas (Una revisión crítica de la accesión invertida)*, Madrid, 2009.

CONCLUSIONES

- I. Solo nuestro Código Civil ha sabido reflejar adecuadamente la máxima *superficies solo cedit* en su natural ámbito de aplicación —el de la accesión— en su artículo 358, que respetuosamente con la tradición jurídico-romana, y originalmente frente a otros Códigos, dice: «*Lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos —¡ajenos, dice!—, y las mejoras o reparaciones hechas en ellos, pertenecen al dueño de los mismos con sujeción a lo que se dispone en los artículos siguientes*».
- II. No obstante su milenaria tradición, el principio *superficies solo cedit* ha sido recientemente aniquilado en materia de accesión inmobiliaria en el Código Civil catalán, donde aquel principio ha cedido ante el más general de *accessorium sequitur principale*, determinándose la principalidad o la accesoriedad directamente por el valor de la obra comparado con el del suelo invadido.
- III. Aun sin negarle originalidad, no ha hecho el Código Civil catalán con tal eliminación sino llevar hasta sus últimas consecuencias, para toda accesión inmobiliaria, lo que ya nuestra jurisprudencia y doctrina comunes hicieron hace más de medio siglo para resolver el caso, no contemplado en el Código Civil español, de las construcciones extralimitadas (en suelo en parte propio y en parte ajeno) con la tesis de la accesión —precisamente llamada— invertida. Sabiendo que el principio *superficies solo cedit* es concreción del más genérico principio *accessorium sequitur principale*, y creyendo que ambos se fundan, tratándose de inmuebles, en el mayor valor económico del suelo que el de lo que sobre él se construya o se plante, se concluye que cuando la obra está a caballo entre dos suelos: si el valor económico de esa obra resulta mayor que el del suelo ajeno parcialmente ocupado habrá de concluirse que lo principal es aquella obra y que lo accesorio es el suelo ajeno invadido. De este modo queda invertida la fórmula *superficies solo cedit*.
- IV. En tal aniquilación e inversión subyace más radicalmente una crítica al axioma *superficies solo cedit* al que se estima hace tiempo ya como anacrónico por entender que hoy carece de fundamento al no ser normalmente el valor del suelo superior al del edificio sobre él construido.
- V. En nuestra opinión, al tratarse de una cuestión puramente económica, el valor del suelo y el de las construcciones siempre dependerán de la libre competencia y de la oferta y la demanda. Esta contingencia o relatividad en el valor de las cosas exige, por razones de seguridad y de prudencia, que dicho factor, si bien pueda servir como criterio

accesorio, supletorio, no sea el criterio cardinal para determinar qué es lo principal y qué lo accesorio (como así sucede, *a.e.*, en materia de accesión mobiliaria, cfr. arts. 376 y 377 CC).

- VI. Secundarias también son, como supuestamente justificativas del principio *superficies solo cedit*, la aversión a la copropiedad, siempre *mater discordiarum*, y a la separación entre suelo y superficie, a la desmembración, en fin, de la propiedad; o la protección de la riqueza y el ornato de las ciudades, que se consigue evitando la destrucción de las edificaciones, según se decía en el Digesto o luego en nuestras Partidas.
- VII. En nuestra opinión, siendo la regla de que la superficie cede al suelo manifestación o concreción, a modo de aplicación, de la más amplia de que lo accesorio sigue a lo principal, no hay nada más simple que concluir que tanto esta como aquella tienen un idéntico fundamento lógico, meta-jurídico, casi natural. Porque cuando dos cosas de diverso dueño se unen inseparablemente, o de modo indivisible, es porque una se une o incorpora a la otra, siendo la incorporada precisamente la accesorio porque no puede subsistir independientemente, y resultando como principal aquella que puede existir independientemente y que ejerce hacia la otra una fuerza atractiva que la hace dependiente de ella.
- VIII. Conforme a esa razón natural del principio de accesoriedad que rige en toda accesión, en la inmobiliaria el suelo es cosa principal, al menos frente a lo que se construya en él, por ser independiente, por poder existir por sí solo, mientras que no cabe edificio sin suelo en que apoyarse, en que sostenerse. El edificio se une, se incorpora al suelo, no al revés, convirtiéndose aquel en inmueble por su incorporación al suelo, por ser el suelo el que ejerce hacia sí un poder de atracción, no a la inversa.
- IX. Aceptado con tal fundamento el principio *superficies solo cedit*, y sabiendo, por tanto, que siempre el suelo es el elemento principal, y el edificio el accesorio, para resolver el problema de las construcciones extralimitadas no hay que volver a dicha regla, nada añadiría en particular, ya sea aplicándola directa o inversamente. Al haber en las construcciones extralimitadas dos suelos, uno el ajeno invadido y el otro propio del constructor invasor, concurren dos fuerzas atrayentes opuestas entre sí; los dos suelos atraen para sí una determinada parte de idéntica superficie, de igual obra. Comparándolos entre sí, hay que averiguar cuál de ambos suelos es el vencedor, cuál es el principal por poseer mayor poder de atracción, con el consiguiente arrastre del elemento por excelencia accesorio: el edificio construido a caballo sobre ambos suelos.

- X. A fin de determinar la principalidad o accesoriedad de uno u otro suelo, sin necesidad de atender al aforismo *superficies solo cedit*, menos aún para invertirlo, basta con acudir al principio general básico que rige en toda accesión y del que precisamente aquel es manifestación. De nuevo, el principio *accessorium cedit principali*. Mediante una interpretación lógica, en su método, y extensiva por su resultado, de los artículos 376 y 377 del Código Civil cabría determinar de entre dos suelos cuál es el principal y cuál el accesorio según los criterios —ordenados jerárquicamente— de mayor valor o, en su caso, volumen.

BIBLIOGRAFÍA (ESPECÍFICA, AMÉN DE LA MANUALÍSTICA, PATRIA Y EXTRANJERA)

- AGÚNDEZ, A.: «Accesión por extralimitación de edificaciones», en *RDJudicial*, 1963, págs. 76-96.
- ALONSO PÉREZ, M.: *Comentarios al Código Civil*, T. V-1.º (arts. 333-381), dir.: M. ALBALADEJO GARCÍA, Madrid, 2.ª ed., 1990.
- BERLIRI, L. V.: «Obbiezioni al dogma “superficies solo cedit” nel diritto odierno», en *Temi Emiliana*, 1932-II, págs. 1-61.
- BONET BONET, F. V.: «Observaciones sobre la accesión en nuestro Derecho positivo», en *RGLJ*, 1971, págs. 103-128.
- CARRASCO PERERA, A.: «*Ius aedificandi*» y *accesión (La construcción en suelo ajeno en el marco de los principios urbanísticos)*, con prólogo de R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Madrid, 1986.
- «La accesión invertida: un modelo para la argumentación jurídica», en *RDP*, 1996, págs. 886-912.
- CUSI ESCOFET, W.: «Accesión industrial. Derecho de retención. Comentario a la STS de 30 de mayo de 1969», en *RJC*, 1970, págs. 323-338.
- DELL'AQUILA, E.: *L'acquisto della proprietà per accessione, unione, commistione e specificazione*, Milán, 1979.
- DÍEZ-PICAZO, L.: «La modificación de las relaciones jurídico-reales y la teoría de la accesión», en *RCDI*, 1966, págs. 829-861.
- GARRIDO PALMA, V. M.: «¿*Superficies solo cedit*? El principio de accesión y el principio de superficie», en *RDN*, 1969, págs. 89-164.
- GORLA, G.: «L'accessione nel Diritto Civile italiano (contributo alla dottrina dei modi d'acquisto Della proprietà)», en *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 1931, págs. 87-162.
- GOUBEAUX, G.: *La règle de l'accessoire en Droit Privé*, París, 1969.
- HERNÁNDEZ CRESPO, C.: «La accesión invertida», en *RCDI*, 1972, págs. 729-765.
- LEVIE, P.: *Traité théorique et pratique des Constructions érigées sur le terrain d'autrui*, Louvain, 1951.
- MARTY, J. P.: *La dissociation juridique de l'immeuble. Contribution a l'etude de droit de superficie*, París, 1979.

- MOLL DE ALBA LACUVE, C.: *La edificación en suelo ajeno: La posible disociación jurídica de la propiedad inmobiliaria*, Barcelona, 2004.
- MONTEL, A., voz: «Accessione (Diritto Civile)», en *NssDI*, págs. 132-138.
- NÚÑEZ BOLUDA, M. D.: *La accesión en las edificaciones*, con prólogo de M. ALBALA-DEJO GARCÍA, Barcelona, 1994.
- NUTI, G.: «Accessio, datio, translatio materiae», en *Riv. Dir. Priv.*, 1940, págs. 289-329.
- OROSA ROLDÁN, M. A.: «Accesión invertida», en *La Ley*, 1985-2, págs. 1270-1286.
- PARADISO, M.: *L'accessione al suolo: artt. 934-938*, Milán, 1994.
- PASQUALI, G., voz: «Accessione (Dir. di)», en *DI*, págs. 286-322.
- PLANCQUEEL, A.: en *Juris-Classeur Périodique*, 1960, 171, y 1970, 11.
- POU DE AVILÉS, J. M.: «L'accessió invertida. Nous horitzons (Discurs d'ingrés)», en *RJC*, 1991, págs. 475-499.
- RAMOS GONZÁLEZ, J. M.: «La accesión invertida: su problemática en el Derecho científico y positivo», en *BIMJ*, 1974, págs. 3-8.
- «La accesión invertida y el derecho de superficie. Su problemática en el Código Civil, Derecho científico y legislación catalana», en *RJC*, 1977, págs. 353-377.
- RIERA AISA, L., voz: «Edificación», en *NEJ*, T. VIII, págs. 49-59.
- SÁNZ FERNÁNDEZ, A.: *Edificación en suelo ajeno: sus problemas*, en Curso de Conferencias organizado por el Ilmo. Colegio de Notarios de Valencia, Valencia, 1947, págs. 111-213.
- TRAVIESAS, M.: «Ocupación, accesión y especificación», en *RDP*, 1919, págs. 289-303.

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA

- STS de 31 de mayo de 1949 (*RJ* 1949, 721).
- STS de 17 de junio de 1961 (*RJ* 1961, 2728).
- STS de 26 de febrero de 1971 (*RJ* 1971, 1044).
- STS de 23 de octubre de 1973 (*RJ* 1973, 3805).
- STS de 3 de marzo de 1978 (*RJ* 1978, 953).
- STS de 6 de mayo de 1978 (*RJ* 1978, 1815).
- STS de 1 de febrero de 1979 (*RJ* 1979, 420).
- STS de 28 de abril de 1980 (*RJ* 1980, 1564).
- STS de 10 de diciembre de 1980 (*RJ* 1980, 4742).
- STS de 15 de junio de 1981 (*RJ* 1981, 2524).
- STS de 30 de noviembre de 1981 (*RJ* 1981, 4682).
- STS de 29 de junio de 1984 (*RJ* 1984, 3442).
- STS de 1 de octubre de 1984 (*RJ* 1984, 4750).
- STS de 11 de marzo de 1985 (*RJ* 1985, 1137).
- STS de 23 de febrero de 1988 (*RJ* 1988, 1277).
- STS de 19 de abril de 1988 (*RJ* 1988, 3180).
- STS de 9 de febrero de 1991 (*RJ* 1991, 1160).
- STSJ de Cataluña, de 22 de julio de 1991 (*RJ* 1992, 3905).

STS de 23 de julio de 1991 (*RJ* 1991, 5416).
STS de 11 de junio de 1993 (*RJ* 1993, 5409).
STS de 29 de julio de 1994 (*RJ* 1994, 6305).
STS de 25 de abril de 1995 (*RJ* 1995, 3548).
STS de 22 de marzo de 1996 (*RJ* 1996, 2584).
STSJ de Cataluña, de 6 de abril de 1998 (*RJ* 1998, 10052).
STS de 19 de julio de 1999 (*RJ* 1999, 6086).
STS de 27 de enero de 2000 (*RJ* 2000, 126).
STS de 14 de marzo de 2001 (*RJ* 2001, 5976).
STS de 14 de octubre de 2002 (*RJ* 2002, 10171).
STSJ de Cataluña, de 19 de febrero de 2004 (*RJ* 2004, 1039).
STS de 10 de noviembre de 2004 (*RJ* 2004, 6883).
STS de 28 de noviembre de 2005 (*RJ* 2005, 239).
STS de 16 de octubre de 2006 (*RJ* 2006, 9342).
STS de 15 de diciembre de 2006 (*RJ* 2006, 8227).

RESUMEN

ACCESIÓN PROPIEDAD

Frente a la inversión, primero, del principio superficies solo cedit realizada por nuestra jurisprudencia para solucionar el caso de las construcciones extralimitadas, y frente a su aniquilación gestada, recientemente, por el Código Civil catalán para toda accesión inmobiliaria en general, se pretende en este trabajo reafirmar aquella máxima como principio general del Derecho. Porque lejos de tener, como se pretende desde aquella inversión y eliminación, una justificación económica (fundada en el mayor valor pecuniario del suelo sobre la construcción), que la podría convertir hoy en regla anacrónica, muy al contrario, que la superficie cede al suelo sea una regla arraigada desde hace siglos en el Derecho obedece a su fundamento lógico y natural, como es que el suelo sea cosa independiente, que puede existir por sí sola, mientras que no cabe edificio sin suelo en que apoyarse, en que sostenerse, siendo tal la fuerza natural de atracción que ejerce

ABSTRACT

ACCESSION OWNERSHIP

Our case-law has turned the principle of superficies solo cedit upside-down to solve the case of constructions that exceed their proper limits. Also, the Catalan Civil Code recently eliminated that same principle for all accessions to real property in general. This paper, to the contrary, seeks to reaffirm superficies solo cedit as the general legal rule. In the inversion and elimination of the principle, it was claimed that superficies solo cedit is based on economic grounds, founded on the idea that land is worth more than any construction, thus making it an anachronistic rule today. But that is not so. «The surface yields to the ground» has been a rule so deeply rooted in law for centuries because of its logical, natural foundation: Land is an independent thing that can exist alone, while no building can be raised without land upon which to rest, to stand. The natural force of attraction the land exerts (and which forms the backbone of

el suelo, y a que responde el principio superficies solo cedit, que el edificio se une, convirtiéndose así en inmueble —por su incorporación al suelo—.

Debiéndose, pues, conservar el principio superficies solo cedit en cualquier caso de accesión inmobiliaria, para resolver el de las construcciones extralimitadas, sin embargo, no hay que volver a dicha regla, pues en tal conflicto hay una lucha entre dos suelos, uno el ajeno invadido y el otro propio del constructor invasor, que atraen para sí una determinada parte de idéntica superficie, de igual obra. Comparándolos entre sí, habrá que averiguar cuál de ambos suelos es el vencedor; cuál es el principal por poseer mayor poder de atracción, según su mayor valor o, en su caso, volumen.

the rule of superficies solo cedit) is so strong that the building is united with it, thus becoming immovable, by its addition to the land.

While, then, the principle of superficies solo cedit must be preserved in any case of accession to real property to settle cases of constructions that exceed their proper limits, the rule should not however be reinstated as such. In such conflicts, there is a struggle between two areas. One is the invaded third-party land, and the other belongs to the invading building. Each attracts to itself a certain portion of the same surface, a certain portion of the same construction. The two must be compared to find the winner, which will be the principal area because it possesses the greater power of attraction, due to its greater value or its greater volume, as the case may be.

Trabajo recibido el 28-9-2010 y aceptado para su publicación el 15-9-2011)

Los derechos de uso y habitación desde una nueva perspectiva: cesión de inmuebles

por

ANA LAMBEA RUEDA
Profesor Contratado Doctor
Departamento de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO

INTRODUCCIÓN A NUEVAS FÓRMULAS DE CONVIVENCIA.

I. ESTUDIO DE LOS DERECHOS DE USO, HABITACIÓN Y USUFRUCTO:

1. USO Y HABITACIÓN:

- 1.1. *En general.*
- 1.2. *Derechos forales.*
- 1.3. *Otros ordenamientos jurídicos.*
- 1.4. *Regulación y constitución.*
- 1.5. *Sujetos.*
- 1.6. *Intransmisibilidad.*
- 1.7. *Objeto.*
- 1.8. *Derechos.*
- 1.9. *Obligaciones.*
- 1.10. *Extinción.*

2. USUFRUCTO:

- 2.1. *En general.*
- 2.2. *Regulación: Derecho Común, Derechos forales y Derecho extranjero.*
- 2.3. *Sujetos.*
- 2.4. *Objeto.*
- 2.5. *Contenido.*
- 2.6. *Extinción.*

II. SUPUESTOS PRÁCTICOS DE CESIÓN DE USO DE INMUEBLES: USUFRUCTO, USO, HABITACIÓN:

1. USUFRUCTO:

- 1.1. *Un caso práctico de usufructo.*
- 1.2. *La aplicación del derecho de usufructo a nuevos supuestos.*

2. DERECHO DE USO Y HABITACIÓN DE VIVIENDA:

2.1. *Sistemas de cesión de uso más utilizados:*

- I. Evolución histórica y regulación actual de la cesión de inmuebles en nuestro ordenamiento jurídico.

II. Derecho comparado:

1. Francia.
2. Italia.
3. Portugal.

2.2. *Un supuesto práctico de cesión de uso.*

2.3. *Hipótesis de aplicación del derecho de habitación.*

2.3. *Aplicación del derecho de uso y de habitación a nuevos supuestos.*

CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN A NUEVAS FÓRMULAS DE CONVIVENCIA

En desarrollo y concreción del artículo 47 de la CE sobre el derecho a una vivienda digna y adecuada, los poderes públicos encargados de garantizar este derecho desarrollan políticas variadas desde diversos ámbitos. La práctica de este desarrollo se ve afectada por el hecho de que el artículo no es vinculante en el sentido del capítulo II de la CE, y depende mucho de la voluntad de los entes públicos.

Las fórmulas de utilización de las viviendas parecen estar agotadas, no hay nuevas perspectivas, nuestro ordenamiento funciona con la dualidad propiedad-arrendamiento como únicas alternativas, con escaso desarrollo del segundo supuesto, ya que se prefiere la relación de propiedad con el inmueble antes que la cesión temporal del uso liderada por el arrendamiento. Las novedades que la práctica ocasionalmente aporta no trascienden, a nadie interesan los modelos que funcionan en casos particulares, en regímenes jurídicos diferentes de la propiedad y el arrendamiento, como el uso, la habitación, el usufructo. No «creemos» todavía en la perspectiva de futuro que puede aportar nuestra creatividad en el ámbito jurídico, ni tampoco tenemos en cuenta lo que ya ha sido probado y funciona en otros ordenamientos. A ello se suma la publicidad advirtiendo de lo que no funciona, lo erróneo, lo fallido, evitando las iniciativas o paralizando las ya iniciadas; sin advertir que el mecanismo de «prueba-ensayo-error», necesario para avanzar, funciona en todos los ámbitos de la ciencia, incluida la ciencia jurídica.

Por otra parte, la expectativa de vida de la población es cada vez más alta, y las circunstancias de la sociedad cambian. A esta diversidad creciente se añade la extensión cada vez mayor de la personalidad jurídica, que modifica en cierta medida alguna de las relaciones conocidas, aportando nuevas perspectivas. Desde el punto de vista demográfico, también se han reelaborado y regulado las distintas situaciones en que puede encontrarse la persona física, especialmente aquellas que requieren ayuda personal y familiar. Junto a los absolutamente independientes con capacidad plena en todos los ámbitos jurídicos, tenemos los que por razón de edad o circunstancias de salud o empleo dependen de ellos, cada vez mayores en número: incapacitados (1), discapacitados (2), además de los desamparados (3); también la inmigración creciente, o el colectivo de jóvenes necesitados de emancipación en condiciones económicas sostenibles.

Es preciso volver la vista atrás y desarrollar fórmulas de convivencia, novedosas o no, aplicables a los supuestos de nuestros días, en una sociedad de integración: inmigrantes, mayores (4), jóvenes... Así, pueden

(1) Los incapacitados son tutelados por persona física, en defecto persona jurídico-privada (fundaciones), o en último caso entidades públicas (organismos autónomos de las CCAA) como advierte GARCÍA, I., «Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», en *Revista Jurídica del Notariado*, octubre-diciembre de 2004, pág. 261 y sigs. Recoge legislación autonómica sobre asistencia y protección a mayores: LINACERO DE LA FUENTE, M., «Protección jurídica de las personas mayores», en *Actualidad Civil* 19/2004, págs. 2262 a 2275.

(2) Categoría incorporada desde la Ley 41/2003. Desde los juristas se alzan voces advirtiendo de la elección de una fórmula poco ortodoxa desde el punto de vista jurídico para determinar la discapacidad a través de remisiones reglamentarias: SERRANO GARCÍA, I., «Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003 de 18 de noviembre», en *Revista Jurídica del Notariado*, octubre-diciembre de 2004, pág. 238 y sigs. LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J., «Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado», en *RCDI*, enero-febrero de 2005, núm. 687, pág. 60. También advierte MORETÓN SANZ, M.^a F., «Protección civil de la discapacidad: patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la Propiedad Horizontal», en *RCDI*, enero-febrero de 2005, núm. 687, pág. 115, que la situación del discapacitado se incorpora como concepto nuevo en materia de capacidad, y que la jurisprudencia menor acepta la incapacitación de los discapacitados con una minusvalía del 65 por 100 o más, y la legislación fiscal admite que los incapaces judiciales acrediten una minusvalía igual o superior al 65 por 100.

(3) Distingue entre desamparados materiales y morales SERRANO GARCÍA, I., «Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», en *Revista Jurídica del Notariado*, octubre-diciembre de 2004, pág. 264 y sigs., advierte de la necesaria distinción entre los mayores incapacitados y los mayores no incapacitados, bien atendidos o desamparados. La previsión de suplir la capacidad en los supuestos de incapacidad no debe extenderse a otros casos de discapacitados no incapacitados, que no precisan tutela o institución similar.

(4) Sobre asistencia a mayores hay mucha bibliografía: CAMPOY CERVERA, I. (ed), *Los Derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Dykinson, Madrid, 2004: varios autores, no citados individualmente sí en colectivo. O'CALLAGHAN, X., «La tutela. Actos personalísimos», en *La protección jurídica*

citarse fórmulas jurídicas como el contrato de hospedaje (5), el contrato de alimentos (6) que proporciona vivienda al alimentista u otra vía similar de acogimiento, los acogimientos (7) en Derecho navarro, Aragón, Cataluña, las Cooperativas en régimen de usufructo o habitación... En las páginas siguientes se estudia en particular el régimen de los derechos de uso, habitación o usufructo como fórmula alternativa de cesión de uso de la vivienda.

I. ESTUDIO DE LOS DERECHOS DE USO, HABITACIÓN Y USUFRUCTO

1. USO Y HABITACIÓN

1.1. *En general*

En nuestro ordenamiento jurídico los Derechos de Uso y Habitación son Derechos Reales independientes del usufructo y diferentes entre sí, regulados en Derecho común en el título VI del libro II del Código Civil: *Del usufructo, del uso y de la habitación*, en un capítulo aparte, el II: *del uso y de la habitación*. Aunque en el estudio de la evolución histórica de dichos derechos podríamos pensar en su utilidad más bien escasa, no son pocas las figuras que, en distintos momentos, se ven relanzadas en la práctica. Es el caso de estos Derechos Reales

del discapacitado, I Congreso Regional, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 160. En la misma obra, AZNAR LÓPEZ, M., «El internamiento de las personas con discapacidad psíquica y su relación con la incapacitación a la luz de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La protección jurídica del discapacitado*, I Congreso Regional, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 231 y sigs.; AZNAR LÓPEZ, M., *Internamientos civiles y derechos fundamentales de los usuarios de centros sanitarios, sociales y sociosanitarios*, Comares, Granada, 2000.

(5) Ley extremeña 2/1994, en GALVÁN GALLEGOS, A., «La tutela respecto de la tercera edad», en AC, 3/2001, núm. 1030. Cita COUTO GÁLVEZ, ver Departamento.

(6) Sobre el contrato de alimentos y bibliografía: LAMBEA RUEDA, A., *Caracteres del contrato de alimentos y estructura del contrato de alimentos a favor de tercero*, Aranzadi Civil, 19/2007, págs. 15 a 64. También PADIAL ALBÁS, A., «La regulación del contrato de alimentos en el Código Civil», en RDP, septiembre-octubre de 2004, pág. 618 y sigs.

(7) Sobre legislación autonómica sobre asistencia y protección a mayores: LINACERO DE LA FUENTE, M., «Protección jurídica de las personas mayores», en *Actualidad Civil*, 19/2004, págs. 2262 a 2275. Ley catalana 19/1998, de 28 de diciembre, sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua. Sobre este tema también: LUNA SERRANO, A., «Previsiones negociales de protección de las personas mayores», en *Actas de las primeras jornadas sobre problemas legales sobre tutela, asistencia y protección a las personas mayores*, Córdoba, CajaSur, 2001, pág. 39 y sigs. RODRÍGUEZ RAMOS, A. M., «Concepto legal de situación convivencial de ayuda mutua en el Derecho Civil catalán», en *Actas de las primeras jornadas sobre problemas legales sobre tutela, asistencia y protección a las personas mayores*, Córdoba, CajaSur, 2001, págs. 287 a 295.

en cosa ajena; la situación económica de crisis puede favorecer su relanzamiento, como fórmula que proporciona la utilidad del bien requerida, con un menor coste para los sujetos que el derecho de propiedad, aunque con un vínculo jurídico más fuerte que el de los derechos de obligaciones.

Tanto el uso como la habitación pueden constituirse mediante negocio jurídico unilateral o bilateral, *inter vivos* o *mortis causa*, a título gratuito o bien oneroso (8). Anteriormente se afirmaba que no cabía constitución legal de dichos derechos, aunque esto en la actualidad es más discutible, especialmente desde la incorporación del «legado legal» o «sucesión a título particular por ministerio de la Ley» del nuevo artículo 822.2 (9) del Código Civil, mediante el que se crea un derecho de habitación de origen legal (10). Sigue habiendo discusión doctrinal respecto a la transmisibilidad (11) de los derechos de uso

(8) La jurisprudencia destaca como notas características las siguientes: son Derechos reales, en cosa ajena, temporales, su contenido es de interpretación restrictiva, son indivisibles, personales, no pueden modificarse por única voluntad del titular e indiviso: DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., «Derechos de uso y habitación», en *Comentarios al Código Civil*, dir.: ALBALADEJO, DÍAZ ALABART, tomo VII, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1992, pág. 591 y sigs.

(9) «La donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario persona con discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuviesen conviviendo en ella. Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la ley en las mismas condiciones al legitimario discapacitado que lo necesite y que estuviera conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten. El derecho a que se refieren los dos párrafos anteriores será intransmisible. Lo dispuesto en los dos primeros párrafos no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los artículos 1406 y 1407 de este Código, que coexistirán con el de habitación».

(10) El derecho de habitación referido es, según matiza la doctrina, un derecho concedido por la Ley, no constituido directamente por ella, de constitución necesaria o impuesta, que requiere acto expreso de constitución bien sea voluntaria o mediante decisión judicial: SANZ VIOLA, A. M., «El derecho de habitación legal a favor del discapacitado», en *Actualidad Civil*, núm. 2, enero de 2009. Como peculiaridad, en opinión de la autora, este derecho de habitación a favor del discapacitado se extiende a toda la vivienda, salvo coexistencia con otros legitimarios o con el viudo. Son obligaciones del mismo el inventario y fianza previos a la posesión, el cuidado diligente durante el ejercicio del derecho, con abono de reparaciones según la ocupación total o parcial de la casa, y la restitución de la vivienda cuando se extinga el derecho. Además, en su opinión, son características del mismo la intransmisibilidad, no siendo tampoco hipotecable ni embargable, el carácter temporal, vitalicio y personalísimo. No obstante, tras su estudio, se manifiesta desfavorable a su regulación por la existencia de presupuestos indefinidos como la necesidad del discapacitado, las consecuencias del cese de esta no previstas, y los problemas derivados de la coexistencia del régimen del derecho cuando hay viudo o legitimarios; en tal sentido se manifiesta favorable a la autonomía de la voluntad, con una clara crítica al intervencionismo en esta materia.

(11) Destaca en tal discusión el carácter imperativo o no del artículo 525 del Código Civil (impide el arrendamiento, cesión o traspaso por cualquier título) y la intransmisibilidad

y habitación, admitida si se incluye en el título constitutivo su transmisibilidad (ALBALADEJO, CASTÁN, VALVERDE), o no admitida en ningún caso (RAMS); no así respecto de su condición de no hipotecables, por disposición expresa del artículo 108.3 de la LH.

El derecho de uso es un derecho real en cosa ajena concedido de forma personal al usuario para obtener todos los servicios o frutos que pueda aprovechar (12). En el uso hay derecho de uso y frutos (13) y, a diferencia del usufructo, la percepción de frutos viene determinada por el usuario y su familia, que marcan la extensión del derecho. El uso permite utilizar la cosa totalmente. Su constitución es voluntaria o por prescripción, y el contenido de uso y frutos viene determinado por lo que pueda consumir el usuario (a diferencia del usufructo el uso es menos extenso), siendo un derecho de carácter personal e intransmisible, cuya extinción se produce por las causas del usufructo, en lo que su aplicación sea posible. Su objeto puede afectar a bienes muebles o inmuebles. El uso de una vivienda permitiría utilizarla para habitarla o para otra finalidad, por lo que no parece que el uso sea una opción recomendable para los supuestos de hecho que pretenden aportar soluciones de vivienda en casos particulares, especialmente en tanto en cuanto el derecho de habitación es más específico para estos supuestos.

como parte esencial del tipo. Frente a esto, la Ley 424 y 425 de la Compilación Navarra permite arrendar la vivienda total o parcial por la duración del derecho de habitación, no ceder su derecho pero sí compartir su ejercicio: FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., «Del uso y la habitación», en *Comentarios al Código Civil*, dir.: RAMS ALBESA, Bosch, Barcelona, 2004, pág. 882 y sigs. En la misma línea, recoge más recientemente la polémica: Ver autor de Comentario artículos 523 a 529: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código Civil*, Thomson R.-Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 662.

(12) Algún autor estima que el derecho de uso debe quedar integrado en el usufructo como modalidad del mismo y perder su independencia. En esta línea, FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I., *Los derechos reales de uso y habitación*, Dykinson, Madrid, 1994, pág. 152. No obstante, se ha mantenido en el tiempo la especialidad del mismo, así como su distinción del usufructo en los aspectos relativos a su constitución —no legal—, contenido limitado, intransmisibilidad y carácter personalísimo, y extinción-admisión del abuso grave de la cosa: así lo presenta MARTÍNEZ ZURITA, L. F., *Del usufructo, uso y habitación*, Marcial Pons, Barcelona, 1962.

(13) Como derecho real de goce que facilita frutos y uso para utilidad directa del usuario, lo entiende RAMS ALBESA, J., *Uso, habitación y vivienda familiar*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 24.

Sobre el uso puede consultarse MANZANO FERNÁNDEZ, M.^a M., *El uso de los inmuebles en el Derecho Civil moderno*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999. Especialmente interesante el uso y conceptos análogos, pág. 56 y sigs., la referencia al derecho real de uso en cosa ajena, pág. 123, y los límites al derecho de uso (sustancia, forma, destino), pág. 133 y sigs. Además la autora distingue en inicio una peculiaridad, ya que resulta un derecho real de uso independiente derivado de una situación societaria.

El derecho de habitación (14) es un derecho real en cosa ajena con finalidad exclusiva de alojamiento (15), con las mismas obligaciones y limitaciones que el usuario, o derecho de uso sin percepción de frutos, aplicado a la vivienda (16). Requiere un acto expreso, más o menos solemne, que ha de probarse por quien lo alegue (17). La finalidad de habitación respecto de la vivienda consiste en

(14) Lo entiende como derecho real en casa ajena, distinto de uso y usufructo para finalidad de alojamiento: RAMS ALBESA, J., *Uso, habitación y vivienda familiar*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 26. RAMS ALBESA, J., «Del uso y la habitación», en *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, tomo I, Madrid, 1993, pág. 1282 y sigs. «El derecho de habitación sería aquel derecho real que permite a su titular ocupar en casa ajena las piezas necesarias para sí y para su familia». FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., «Del uso y la habitación», en *Comentarios al Código Civil*, dir.: RAMS ALBESA, Bosch, Barcelona, 2004, pág. 872. Sobre el tema, también DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., «Derechos de uso y habitación», en *Comentarios al Código Civil*, dir.: ALBALADEJO, DÍAZ ALABART, tomo VII, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1992, pág. 595 y sigs. También FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I., *Los derechos reales de uso y habitación*, Dykinson, Madrid, 1994.

El derecho de habitación goza de renovada actualidad, al hilo de reformas como la del artículo 822 del Código Civil, por la Ley 41/2003, que establece el derecho de habitación sobre la vivienda habitual a favor del discapacitado. Estudia sus elementos y particularidades, en línea con el derecho de habitación en general: habitabilidad, habitualidad, lo necesario para la vida, destino del inmueble, gastos, especialidades en caso de PH, disfrute de ajuar o muebles comprendidos en él, intransmisibilidad e inembargabilidad y extinción: FLORES RODRÍGUEZ, J., «El nuevo artículo 822 del Código Civil: el derecho de habitación sobre la vivienda habitual como fórmula de tutela sucesoria preventiva en beneficio del discapacitado», en *Rev. Jur. del Notariado*, 54, 2005, pág. 70 y sigs.

SALINAS QUIJADA, F., *Derecho Civil de Navarra*, III, vol. 1.º, Gómez, Pamplona, 1973, pág. 125 y sigs., estudia la evolución romana con relación al Derecho navarro, como derecho real especial de habitar en casa ajena, vitalicio, con facultad de uso por sí o por otro, excluida la cesión vitalicia del mismo, que excluía el disfrute del propietario y cuya constitución puede ser legal o voluntaria.

(15) En la práctica los negocios de constitución del derecho real de habitación más frecuentes son unilaterales, como donación o testamento, o bilaterales, como la venta con reserva de habitación. Así, el motivo puede ser favorecer a los hijos solteros (STS de 23 de marzo de 1925), o bien ceder una habitación sin contraprestación (Acuerdo de 23 de octubre de 1951), o reservarse de forma vitalicia el derecho de habitación sobre la vivienda en la transmisión de la propiedad de la misma a un tercero (STS de 9 de junio de 1954). Se excluyen los casos en que se pacte una renta, ya que en ese caso se tratará de arrendamiento (STS de 5 de marzo de 1924), también cuando no hay acto expreso tratándose de precario (STS de 30 de noviembre de 1964, SAP 134/2000, Asturias, de 15 de marzo) y los supuestos en que la habitación favorezca al propietario (STS de 12 de mayo de 1934). También STS de 29 de mayo de 1957, 6 de diciembre de 1907 y 12 de mayo de 1934. Acerca del derecho de habitación y su finalidad, por todos conocido: VENEZIAN, G., *Usufructo, uso y habitación*, Madrid, 1928, vol. II, pág. 817 y sigs. Trata el derecho de habitación junto con el uso, y se refiere a él para uso con finalidad de vivienda e intransmisible.

(16) ROVIRA SUEIRO, M., «Comentario artículo 523 a 529», dir.: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., en *Comentarios al Código Civil*. Thomson R-Aranzadi Navarra, 2009, pág. 661.

(17) DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., «Derechos de uso y habitación» en *Comentarios al Código Civil*, dir. Albaladejo, Díaz Alabart, tomo VII, vol. 1.º Edersa, Madrid 1992, pág. 631.

morar en ella, no obtener los frutos (18). La habitación, a diferencia del uso, es singular y autoriza a ocupar las piezas necesarias, y no toda la casa como el uso. El objeto es la casa y el destino el alojamiento, excluyéndose el pago de una renta. Pudiera ser alojamiento como vivienda habitual o segunda residencia, pero siempre alojamiento en principio, salvo que en el título constitutivo se haya fijado otro destino. Son características del mismo la temporalidad, gratuidad e intransmisibilidad. La naturaleza del derecho de habitación fue discutida en el Derecho Romano, llegando a admitir el arrendamiento del mismo, pero no la cesión a título gratuito. El Código francés suprimió el arrendamiento y la cesión del derecho, inspirando el nuestro que declara la intransmisibilidad del mismo, expresamente referida a la facultad de arrendamiento y traspaso. La jurisprudencia ha matizado respecto del derecho de habitación: es temporal, en cosa ajena, no cabe pago de alquiler ni transmisión del derecho a un tercero, y la constitución debe realizarse por acto expreso más o menos solemne (que no sea precario), requiriendo su prueba al que lo alega.

En las páginas siguientes nos referiremos de forma conjunta a ambos derechos, uso y habitación, aunque realmente el que podría relanzarse en sede de viviendas es el derecho de habitación.

El uso y la habitación difieren de otros derechos como el arrendamiento, los alimentos, las situaciones de precario y los préstamos de uso. La doctrina advierte de caracteres esenciales de la habitación frente al arrendamiento (19): la protección más enérgica como derecho real, la estabilidad que no depende de contraprestaciones y la temporalidad. En caso de los alimentos, la diferencia más importante es que la habitación no requiere un estado de indigencia ni una necesidad familiar como base de su constitución. También debe distinguirse del precario, posesión tolerada que no constituye un derecho real, así como del comodato, préstamo gratuito de uso que atribuye un derecho personal y no real.

(18) El derecho real de habitación ha evolucionado hasta la exclusión absoluta del disfrute. Desde su origen en el Derecho Romano en que se permitía arrendar la habitación a otra persona, en nuestros días no se permite la transmisión del derecho (origen en Código Civil francés): MARTÍNEZ ZURITA, L. F., *Del usufructo, uso y habitación*, Marcial Pons, Barcelona, 1962, art. 522, pág. 6.

(19) FLORES RODRÍGUEZ, J., «Algunas consideraciones sobre la actualidad del derecho real de habitación en el tráfico jurídico inmobiliario», en *RCDI*, 693, 2003, pág. 122. En los mismos términos: DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., «Derechos de uso y habitación», en *Comentarios al Código Civil*, dir.: ALBALADEJO, DÍAZ ALABART, tomo VII, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1992, pág. 602.

1.2. *Derechos forales*

En los regímenes forales la regulación de los derechos de uso y habitación es variada.

Así, Baleares en su Compilación (DL 79/1990), artículo 54, incorpora la variedad consuetudinaria, personalísima, intransmisble y gratuita del *estatge*, consistente en la ocupación privativa de habitaciones necesarias en la vivienda, y uso compartido de dependencias comunes sin aportación a gastos y cargas del inmueble. Además, en el artículo 85, se regula el derecho de habitación conferido por cualquier título, concediendo el disfrute de elementos comunes y una habitación independiente con llave en una vivienda.

La Ley 3/1999, de 16 de noviembre, del País Vasco, en su artículo 159 y 160, incorpora el derecho de habitación del cónyuge viudo.

La Ley Foral navarra, en su Ley 423, establece el régimen general del derecho de habitación, uso y otros derechos similares, presumiblemente gratuitos y vitalicios; y concede la facultad en caso del de habitación de ocupación total de la vivienda o de arrendamiento de la misma, en Ley 424, mientras que en el uso la cesión no puede ser total del derecho, permitiéndose compartir el ejercicio con otras personas, Ley 425.

Por su parte, Cataluña (20) incorpora la regulación del uso y la habitación al libro V del Código Civil catalán, artículo 562. El derecho de uso de vivienda puede extenderse a toda ella, artículo 562-7, mientras que el derecho de habitación solo afecta a lo necesario de los titulares y los que con ellos conviven, artículo 562-9, y se presume también vitalicio, artículo 562-2. Se permite además, en el 562-4.1, el gravamen o enajenación del derecho con consentimiento del propietario. Además, y en sede específica de vivienda, la Ley 18/2007 del Derecho a la vivienda, en los artículos 62 y siguientes, contempla la cesión de uso de la misma, en paralelo a la propiedad, mediante cualquier tipo de fórmula.

(20) Anteriormente en la Ley 13/2000, de 20 de noviembre, de regulación de los derechos de usufructo, uso y habitación. Sobre la Ley: RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Comentarios de Derecho Patrimonial catalán*, Bosch, Barcelona, 2005, pág. 131 y sigs., artículos 1 a 19; y ESPIAU ESPIAU, S., y HERRERO OLIVER, M. E., *Comentarios de Derecho Patrimonial catalán*, Bosch, Barcelona, 2005, pág. 361 y sigs., derechos de uso y habitación. La Ley 13/2000 distinguía el derecho de uso sobre toda la vivienda, para cualquier persona, pudiendo el usuario ceder alguna de las dependencias que no precise, del derecho de habitación, personalísimo y solo para personas físicas y sobre la parte de vivienda que se requiera para satisfacer las necesidades del sujeto. En el caso de la habitación, la Ley introducía otros matices: se trata de un derecho sobre parte de la vivienda, con finalidad de vivir y facultad de ocupar a favor de una o varias personas físicas.

1.3. Otros ordenamientos jurídicos

El Code francés regula los derechos de uso y habitación en los artículos 625 y siguientes, remitiéndose en su constitución y extinción al usufructo (remisión expresa a fianza e inventario, art. 626), y previendo su regulación según título de constitución (art. 628). Se articulan como derechos reales, de constitución voluntaria no legal, *intuitu personae* a favor del titular, sus necesidades y las de su familia en el caso de la habitación, con prohibición de cesión o arrendamiento tanto en caso de uso (art. 631) como de habitación (art. 634). La titularidad requiere el uso del bien como un buen padre de familia (art. 627), y las reglas sobre gastos son similares a las de nuestro Código Civil (art. 635).

Por su parte, el Código portugués, artículo 1484 a 1490, contempla de forma conjunta los derechos de uso y habitación, cuyo contenido se ajusta a las necesidades del titular y su familia, según su condición social. Se trata de derechos intransmisibles, que no pueden traspasarse ni arrendarse a un tercero, y cuyo régimen de gastos depende, al igual que en nuestro ordenamiento, del uso u ocupación total o parcial de la vivienda.

Asimismo, el Codice Civile incluye ambos derechos en los artículos 1021 y siguientes, distinguiendo la habitación del uso por su objeto, exclusivamente inmobiliario con la finalidad de ocupación como vivienda, y por la persona titular del mismo, que en el caso del uso puede ser persona jurídica. Se trata de derechos (21) de constitución voluntaria, *inter vivos* mediante contrato o *mortis causa* por testamento o bien por usucapión, intransmisibles, indivisibles, que otorgan poder limitado a la necesidad del titular y su familia, que no son susceptibles de acrecimiento. El régimen de contribución a los gastos sigue la distinción de utilización total y parcial para no exigir gastos en este último caso, o solo aquellos proporcionales al uso. La diferencia entre ambos es cualitativa, referida al objeto y a la necesidad (22). El legislador italiano también se remite al usufructo en lo que sea aplicable conforme a la naturaleza de los derechos de uso y habitación.

1.4. Regulación y constitución

El artículo 523 del Código Civil dispone el siguiente orden de fuentes para los derechos de uso y habitación: 1.º: Título constitutivo; 2.º: Reglas del Código Civil específicas del derecho de uso y habitación; 3: Reglas del usufructo del Código Civil.

(21) PALERMO, A., *Usufrutto. Uso. Abitazione*. UTET, 1966.

(22) TILLA, M., *Il Diritto immobiliare. Le servitù. L'usufrutto, l'uso e l'abitazione. Il diritto di superficie*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2006, pág. 1901 y sigs.

En el título de constitución se incorporan las especialidades del derecho, y en su defecto se aplicarán las normas del Código Civil, siempre dentro del respeto al tipo legal. Se entiende de capital importancia la autonomía privada con los límites generales de los artículos 7, 1255 y 1258 del Código Civil (23). Ambos derechos pueden constituirse puramente o sometidos a condición o término, a favor de una o varias personas. En la regulación del Código Civil no se plantea la duda de la limitación del objeto, en principio se entiende solo lo necesario para sí y su familia.

En principio, los derechos de uso y habitación no son derechos de constitución legal (aunque respecto del derecho de habitación el nuevo supuesto del art. 822 del CC puede hacernos dudar), y se constituyen generalmente mediante negocio jurídico (oneroso o gratuito, *inter vivos* o *mortis causa*) (24), aunque también podrían a través de usucapión o adquisición *a non domino*. La constitución requiere un acto expreso y más o menos solemne (25), a modo de título, junto con la entrega en cualquiera de sus formas. En todo caso, al tratarse de Derechos reales limitados, el Derecho debe ser probado por quien lo alegue. No se indica la forma de adquisición en algunas normas como el Código Civil y la regulación catalana de 2006 que se remiten para su regulación al usufructo (la catalana suprime la más completa del art. 2 de la Ley 13/2000), si en otras como la Compilación navarra en la Ley 423 que hace referencia a los modos de constitución, para finalmente remitirse también al usufructo.

Respecto de la constitución, tanto el derecho de habitación como el de uso son inscribibles en el Registro de la Propiedad, como declara específicamente el artículo 2.2 de la LH, aunque sin carácter obligatorio.

(23) ROVIRA SUEIRO, M., «Artículos 523 a 529», dir.: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código Civil*, Thomson R-Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 661.

(24) Indica la doctrina que lo más frecuente ha sido la venta con reserva de habitación, la donación y el testamento. FLORES RODRÍGUEZ, J., «Algunas consideraciones sobre la actualidad del derecho real de habitación en el tráfico jurídico inmobiliario», en *RCDI*, 693, 2003, pág. 126. Cabe la constitución legal en opinión de RAMS ALBESA, J., *Uso, habitación y vivienda familiar*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 52. En la regulación catalana de 2000 también se admitía la constitución voluntaria o legal. En la SAP de Zaragoza, de 19 de abril de 2000 (AC 2000/3180) se presenta un supuesto de constitución testamentaria del derecho de habitación a favor de la segunda esposa del causante. La SAP de Alicante, de 15 de junio de 2005 (AC 2005/1420) trata un supuesto de constitución a través de escritura pública otorgada por propietario y habitacionista, al igual que la de SAP de Cantabria, de 27 de mayo de 2004 (*JUR* 2004/180436). En el caso de la SAP de Madrid, de 4 de abril de 2000 (*JUR* 2000/207535), la sala estima un derecho de habitación, excluyendo el usufructo, la mera tolerancia y el precario; y considera tal derecho de naturaleza mixta, onerosa y de pura liberalidad.

(25) No siempre estamos ante un acto solemne. En ocasiones los tribunales admiten derecho de habitación de constitución verbal, como el supuesto de SAP de Lleida, de 7 de diciembre de 1999 (AC 1999/7944).

1.5. *Sujetos*

Cabe el derecho de habitación respecto de persona física (26), e interpretando el concepto desde el punto de vista sociológico, incluso jurídica (27) con el límite de treinta años establecido en el Código Civil, siendo una persona física la destinataria de la habitación. En el uso, a diferencia de la habitación, no cabe duda que puede ser persona física o jurídica. Aunque en el pasado podría plantearse la duda de si una persona jurídica puede ser sujeto del derecho de habitación, en la actualidad no parece que deba verse excluida teniendo en cuenta que los que habitarán de facto serán sus empleados, socios o asociados (algún autor no parece de acuerdo, y excluye a las personas jurídicas de tal derecho).

En algún caso se podría considerar un derecho en cotitularidad a favor de varios sujetos (como admitía la derogada Ley catalana 13/2000, y recoge el 562-3 del CC catalán actual, al referirse al mismo): *«a favor de diversas personas, simultánea o sucesivamente, pero, en este último caso, solo si se trata de personas vivas en el momento en que se constituyen... el derecho... se extingue a la muerte del último titular»*.

El habitacionista debe habitar por sí mismo, no por otro, considerando que en esta idea se incluye también su familia (los que viven con él, conviviente...).

1.6. *Intransmisibilidad*

Tanto el uso como la habitación son derechos estrictamente personales, por lo que no cabe arrendamiento ni traspaso a otro (525 CC), ni su hipoteca (108 LH), y entendemos tampoco transmisión *mortis causa* (pensando en casos de derechos no vitalicios que estén sujetos a un término aún no cumplido cuando fallece el habitacionista). Aunque algunos autores duden del carácter imperativo del artículo 525 del Código Civil, pienso como otros que el elemento personal del uso y habitación es característica de ellos, el goce es por utilidad directa según las necesidades actuales y la intransmisibilidad es esencial del tipo (28), circunstancia que se reitera en el nuevo 822.2 del Código Civil. También hay doctrina que se plantea la opción de aceptar la transmisibilidad en el momen-

(26) En opinión de RAMS solo puede ser persona física. RAMS ALBESA, J., *Uso, habitación y vivienda familiar*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 24.

(27) La condición de persona física a favor del habitacionista es presupuesto o requisito en el caso del derecho de habitación legal del 822.2 del Código Civil a favor del legitimario discapacitado que convivía con el causante en su vivienda habitual, y la necesita.

(28) A favor de la intransmisibilidad, RAMS ALBESA, J., «Del uso y la habitación», en *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, tomo I, Madrid, 1993, pág. 1287. RAMS ALBESA, J., *Uso, habitación y vivienda familiar*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 83 y sigs. Cita, entre otros muchos, a VENEZIAN, LACRUZ.... En contra: ALBALADEJO y DORAL. La Ley catalana 13/2000 planteaba expresamente la inalienabilidad salvo para ejecución de la hipoteca sobre el derecho. En una opción intermedia como facultad de transmisibilidad incorporada al título de creación.

to de la constitución, aunque ello suponga desnaturalizar el tipo, que dejaría de ser un derecho de habitación típico (29). En la línea de intransmisibilidad destacan lógicamente los artículos 631 y 634 del Code francés, y el 1024 del Código Civil italiano, que impiden la transmisibilidad del uso y la habitación, no susceptibles de cesión ni arrendamiento.

El derecho de habitación es también inembargable en los casos de adquisición gratuita del mismo, pero no en los supuestos onerosos (30).

Respecto a la indivisibilidad, opina la doctrina (31) que el uso es indivisible, aunque pueden coexistir varios derechos de uso sobre la misma cosa; mientras que la divisibilidad del derecho de habitación depende de la disponibilidad de piezas susceptibles de ocupación.

1.7. *Objeto*

Uso y habitación son derechos variables en cuanto a la cantidad, no respecto de la cosa. Así, las modificaciones de la familia afectan a la cantidad de frutos percibidos o de habitaciones necesarias, siempre dentro del límite de lo que deba entenderse por familia (no hijos casados, ni nietos). En la constitución del derecho es precisa una referencia clara a la extensión del mismo con relación a la vivienda, en cuyo defecto puede entenderse que solo afectará a lo necesario para el habitacionista y su familia, en aplicación del artículo 524 del Código Civil (32); ello en base a la interpretación restrictiva de los derechos reales limitados.

Evidentemente, el derecho de uso puede recaer sobre cualquier bien (33), mientras el derecho de habitación es propio de los inmuebles destinados a vivienda, entendiendo como objeto todo lo accesorio o que pertenezca a él (tanto lo privativo del inmueble: balcón, jardín..., como el uso de las cosas comunes). Cualquier incremento que por accesión se produzca pertenece al propietario, no así las servidumbres que pueden ser utilizadas por el habitacionista.

Por mi parte, entiendo que el derecho de habitación recae sobre una casa y solo con fin de alojamiento. Y ello aunque la doctrina (34) suaviza esta preci-

(29) MARTÍNEZ ZURITA, L. F., *Del usufructo, uso y habitación*, Marcial Pons, Barcelona, 1962, en artículo 525, pág. 2, también planteaba las tres opciones posibles: intransmisibilidad, transmisibilidad y excepcionalmente transmisibilidad desnaturalizando el tipo.

(30) FLORES RODRÍGUEZ, J., «Algunas consideraciones sobre la actualidad del derecho real de habitación en el tráfico jurídico inmobiliario», en *RCDI*, 693, 2003, pág. 138.

(31) RAMS ALBESA, J., *Uso, habitación y vivienda familiar*, Tecnos, Madrid, 1987, págs. 32 y 83 y sigs.

(32) SAP de Barcelona, de 17 de septiembre de 2003 (AC 2003/1817).

(33) Obviamos la discusión doctrinal sobre el objeto, advertida por RAMS ALBESA, J., *Uso, habitación y vivienda familiar*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 40 y sigs.

(34) FLORES RODRÍGUEZ, J., «Algunas consideraciones sobre la actualidad del derecho real de habitación en el tráfico jurídico inmobiliario», en *RCDI*, 693, 2003, pág. 129.

sión con fundamento en el Código Civil, y admite que podrían aceptarse otros fines. Otros autores plantean que la utilización para otros fines nos sitúa ante un derecho de habitación atípico.

Otra cuestión que suscita duda es si el inmueble debe cumplir con las condiciones de habitabilidad, habitualidad y hogar familiar (esto último en caso de habitación). Parece que el objeto debe cumplir con dichas condiciones, especialmente la habitabilidad. En caso de que posteriormente dichos requisitos no se cumplan dudamos si el derecho continúa o bien es causa de extinción, al equipararse dichas condiciones a la pérdida total del objeto.

1.8. *Derechos*

En el uso se produce una percepción de frutos de la cosa según las necesidades del usuario, percepción material directa, con derecho a exigirlos. En el uso cabe la posesión entera de la cosa, o parcial junto con el propietario. En cuanto a la cosa el uso se rige por el usufructo. En cuanto a los frutos, el uso difiere del usufructo en el carácter personal e intransmisible y en contemplar las necesidades del que usa. Sobre los frutos el usuario tiene plena propiedad, puede consumirlos, venderlos o regalarlos. Cabe incluso que se otorgue el uso sobre un bien arrendado en cuyo caso el derecho recae sobre la renta hasta el cese del arriendo.

En la habitación el objeto del derecho se utiliza para habitarlo, alojarse, sin otra posibilidad, dentro de las necesidades familiares (35). Se conceden facultades de goce, careciendo de poder de disposición. En la habitación en principio no se paga renta, ya que en caso contrario podría tratarse de un fraude de ley respecto de la legislación de arrendamientos (36). La doctrina estudia los límites respecto del ejercicio de los derechos: temporales, personales y de ejercicio.

1.9. *Obligaciones*

En el inicio y fin del derecho se aplican las reglas del usufructo: inventario, caución, perturbación por terceros. Con relación a la fianza e inventario la diversidad de reglas (de Derecho Común en el Código Civil y forales) lleva a pensar a algún autor (37) que podría eximirse de dicha obligación, aunque hay

(35) SAP de Tarragona 316/1996, de 11 de octubre (AC 1996/2570).

(36) No obstante, hay quien piensa que no en todos los casos se produce el fraude: Sobre el tema: RAMS ALBESA, J., «Del uso y la habitación», en *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, tomo I, Madrid, 1993, pág. 1282 y sigs. Advierte de que no siempre hay fraude: FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., «Del uso y la habitación», en *Comentarios al Código Civil*, dir.: RAMS ALBESA. Bosch, Barcelona, 2004, pág. 875.

(37) FLORES RODRÍGUEZ, J., «Algunas consideraciones sobre la actualidad del derecho real de habitación en el tráfico jurídico inmobiliario», en *RCDI*, 693, 2003, pág. 128.

doctrina (38) a favor de la obligatoriedad de prestar fianza y realizar inventario aplicable al derecho de habitación. No obstante, en mi opinión, para conciliar intereses es importante observar el cumplimiento de esta obligación.

En el desarrollo del derecho es exigible la custodia diligente, comunicando posibles lesiones de terceros. Los gastos se rigen por el artículo 527 del Código Civil, que distingue el supuesto de ocupación total de la casa, que obliga al habitacionista a abonar los ordinarios de conservación, de obtención de frutos naturales y las contribuciones igual que el usufructuario; del supuesto de ocupación parcial que exime de gastos si el propietario puede abonarlos con lo que obtenga del disfrute, pero si estos no son bastantes requiere la participación en lo que falte del habitacionista. El Derecho catalán, por su parte, exige al habitacionista los gastos individualizables y que derivan de utilizar la vivienda, o de servicios contratados por él, artículo 562-11. Mientras, en Navarra, Ley 423, el titular del derecho de uso, habitación o similar, queda obligado a abonar las contribuciones derivadas de uso y los gastos de reparaciones ordinarias.

Se pueden aplicar a la habitación los artículos relativos a la acción de reclamación del usufructo como el 486, las reglas sobre las mejoras, el cuidado de las cosas, la prohibición de alteraciones de forma y sustancia, no así lo relativo a la cosa poseída en común o facultad de cobro de créditos que no se aplican al habitacionista (39). Si son extensivos a este la obligación de notificación al propietario de actos lesivos de terceros.

En el momento de entrega del inmueble y sus accesorios hay obligación de resarcimiento de daños por negligencia.

1.10. *Extinción*

Los derechos de uso y habitación se extinguen por las causas del usufructo, en virtud de la remisión del artículo 529 del Código Civil [513 CC: muerte —debería valorarse la continuidad con la familia del titular en casos excepcionales, por ejemplo, cónyuge, pareja, hijo conviviente discapacitado—, fin del plazo o cumplimiento de condición resolutoria, reunión con nuda propiedad,

(38) LACRUZ es favorable, DORAL también. DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., «Derechos de uso y habitación», en *Comentarios al Código Civil*, dir.: ALBALADEJO, DÍAZ ALABART, tomo VII, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1992, pág. 655.

Otros autores entienden que es prescindible si no resulta perjuicio para nadie: CASTÁN, MUCIUS SCAEVOLA.

(39) Concreta lo no aplicable del régimen del usufructo. Ver autor de «Comentario artículo 523 a 529», BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código Civil*, Thomson R.-Aranzadi Navarra, 2009, pág. 664. No se aplica el artículo 521 en base al 524, tampoco el 494, y en materia de derecho y obligaciones deben matizarse las normas del usufructo con el contenido de los artículos 524 a 527.

renuncia (40), pérdida total de la cosa, resolución del derecho del constituyente o prescripción (41)]. A ellas se añade expresamente el abuso de la cosa y de la habitación (42), considerando el abuso grave en sentido restrictivo en el sentido del artículo 520 del Código Civil (art. 529 CC). Este mal uso o abuso puede ser: infracción de límites, causar daños, extralimitación en el ejercicio. En el supuesto del derecho de habitación concedido al incapacitado, deben añadirse como causas de extinción del derecho la desaparición de la discapacidad y el cese de la necesidad (43), así como el internamiento del discapacitado en una institución especializada.

Opina la doctrina (44) que alguna de las causas del artículo 513 se aplica de forma más estricta a los derechos de uso y habitación, como en el caso de la inhabilidad de la casa para el supuesto de la habitación, que en el caso de uso precisaría ser ruina.

La extinción del derecho supone la restitución de la vivienda y sus pertenencias al propietario.

La regulación navarra y catalana (la actual y la derogada Ley 13/2000) presumen el carácter vitalicio de estos derechos, por lo que la muerte es causa de extinción en todo caso. En Cataluña, además, se especifica con detalle la extinción del uso y habitación en caso de ejecución de hipoteca sobre el bien consentida por los titulares, artículo 562-4.2; así como el caso de resolución judicial por ejercicio contrario a la naturaleza del bien, artículo 562-5. La Ley 423.3 de la Compilación navarra remite también a la extinción del usufructo y concreta el abuso grave, y el uso o aprovechamiento imposible (si el propietario ha modificado la cosa indemniza la pérdida o merma para el ejercicio de

(40) No se admite la renuncia del habitacionista como extinción del derecho, considerándose un supuesto de expulsión ilegítima del mismo, que le permite ser indemnizado del valor del mobiliario y sus objetos personales, así como por daño moral al ser expulsado ilegítimamente de la vivienda en que residía desde hacía 26 años: SAP de Barcelona, de 10 de abril de 2000 (*JUR* 2000/190984).

(41) No se admite la prescripción del derecho de uso y habitación por falta de requisitos de posesión en plazo, ni tampoco la renuncia que exigiría la prueba de una voluntad, expresa o tácita, en el supuesto de SAP de Pontevedra, de 18 de enero de 1995 (*AC* 1995/38).

(42) RAMS ALBESA, J., *Uso, habitación y vivienda familiar*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 97, precisa el sentido de abuso grave. SANZ VIOLA, A. M., «El derecho de habitación legal a favor del discapacitado», en *Actualidad Civil*, núm. 2, enero de 2009, cita las STS antiguas y SAP modernas que resuelven casos que no son abuso grave: las omisiones por falta de reparación y deterioro, los deterioros, los impagos de reparaciones, la realización de obras de reparación sin consentimiento; y sí son abuso grave: la realización de obras de reforma, la introducción de un tercero en la casa, la enajenación del derecho y arrendar el piso.

(43) Así lo considera SANZ VIOLA, A. M., «El derecho de habitación legal a favor del discapacitado», en *Actualidad Civil*, núm. 2, enero de 2009, aunque cita autores que no entienden la necesidad del discapacitado como condición resolutoria del derecho, sino como *conditio iuris*.

(44) RAMS ALBESA, J., *Uso, habitación y vivienda familiar*. Tecnos, Madrid, 1987, pág. 92.

los derechos), precisando que no cabe la redención del derecho de habitación contra la voluntad del titular.

2. USUFRUCTO

2.1. *En general*

Con la constitución del derecho real de usufructo sobre una vivienda se cede el uso y disfrute de la misma, mediante un Derecho real limitado, personal e intransmisible, cuyo origen procede de un negocio jurídico que recoge la voluntad de las partes, a través de una disposición de última voluntad, o de la Ley. En el usufructo, el nudo propietario simplemente soporta el uso y goce de la cosa por tiempo cierto o no (vitalicio). Como derecho real, se beneficia de la protección y respeto *erga omnes*, en cosa ajena, temporal, transmisible, y limitado a conservar la forma y sustancia de la cosa. La regulación del usufructo, incorporada al Código Civil dentro del Título VI del libro II, precede la de los derechos de uso y habitación que, como hemos visto, la toman como referencia para remisiones concretas a sus normas.

2.2. *Regulación: Derecho Común, Derechos forales y Derecho extranjero*

En nuestro ordenamiento jurídico, el Derecho Común regula el Derecho Real de Usufructo en el título VI del libro II del Código Civil, *Del usufructo, del uso y de la habitación*.

Los regímenes forales establecen regulaciones de distintos tipos de usufructos. Entre otras, conviene citar principalmente la navarra y la catalana, cuyas bases esenciales se asemejan al Código Civil. El régimen navarro regula el usufructo, en sus Leyes 408 a 422, como derecho real en cosa ajena. Por su parte, Cataluña, en el libro V del Código Civil catalán, artículo 561-1 a 561-37, desarrolla la regulación del derecho de usufructo. Otros regímenes forales no se ocupan del derecho real en global sino de supuestos particulares de usufructo: Baleares (usufructo universal capitular), Aragón (usufructo de viudedad), Galicia (usufructo del cónyuge viudo), y País Vasco (usufructo del cónyuge viudo).

Los ordenamientos jurídicos cercanos al nuestro desarrollan ampliamente el derecho de usufructo. A ellos nos hemos referido en el apartado de desarrollo de la regulación de los derechos de uso y habitación, por lo que su reiteración aquí no tiene excesivo interés. Se trata de las referencias ya vistas al derecho francés, italiano y portugués.

2.3. *Sujetos*

En el usufructo el ámbito subjetivo afecta tanto a personas físicas como jurídicas, aunque en el caso de estas últimas se plantea el problema de la duración del usufructo, de ahí que el Código Civil limite su duración en el artículo 515. Es dudoso si podrían ser llamadas sucesivamente varias personas jurídicas.

2.4. *Objeto*

El objeto del usufructo en caso de vivienda es el inmueble cedido en uso y disfrute al usufructuario; con relación a este surge la duda de si puede verse alterado en razón de nuevas circunstancias, imprevistas, en la persona del usufructuario: alteración del estado de salud, cambios familiares... El legislador ha previsto el cambio del objeto del usufructo cuando un bien gravado es enajenado, expropiado, o destruido.

2.5. *Contenido*

El contenido del usufructo lo forman las facultades y obligaciones del usufructuario y del nudo propietario. El usufructuario tiene facultades de uso y disfrute. El ejercicio del uso supone tener la cosa a su disposición, poseerla respetando su forma y sustancia, y va precedido del inventario y la fianza realizados por el usufructuario (obligaciones dispensables). El disfrute conlleva la percepción de los frutos, de todos, y de todos los beneficios inherentes a la cosa. El goce permite hacer mejoras que no alteren la forma y sustancia.

El usufructuario puede aprovechar por sí la cosa o disponer de su derecho, y tiene el deber de conservar la forma y sustancia como un buen padre de familia, por lo que responde en caso de dolo o culpa.

El usufructuario tiene el deber de reparación de los daños causados en el bien, que incluye los desperfectos ordinarios, no extraordinarios, provocados por el uso de las cosas. Puede hacer mejoras útiles sin alterar la vivienda, y sin derecho a indemnización, pudiendo retirarlas. Abona los gastos necesarios, pero estos son susceptibles de recuperación. Los desperfectos debe abonarlos o compensarlos con las mejoras. Y son de su cuenta los gravámenes o cargas durante la duración del usufructo.

El nudo propietario tiene facultades de alteración jurídica (enajenación, gravamen) y de alteración de hecho, todas ellas limitadas a no alterar la forma o sustancia ni perjudicar al usufructuario. Tiene la seguridad de que su propiedad será plena en el futuro. Son de su cuenta los desperfectos extraordinarios, las contribuciones sobre el capital: impuestos, inversiones, construcciones...

2.6. Extinción

El usufructo se extingue por muerte, cumplimiento de condición resolutoria, consolidación de la propiedad y el usufructo, renuncia, pérdida de la cosa, resolución del derecho y prescripción, causas todas ella previstas expresamente en la Ley.

II. SUPUESTOS PRÁCTICOS DE CESIÓN DE USO DE INMUEBLES: USUFRUCTO, USO, HABITACIÓN

1. USUFRUCTO

1.1. *Un caso práctico de usufructo*

En la práctica (45), existe un supuesto nacido como nueva posibilidad de cooperación con un régimen de cesión del uso de la vivienda en base a un Derecho Real. La base legal del mismo, posterior a su creación de hecho, se encuentra en el artículo 128 de la Ley de Cooperativas andaluza, que contempla las cooperativas de interés social, sin ánimo de lucro y destinadas a la promoción y plena integración social dentro de las de trabajo asociado. La cooperativa de interés social (46) es una vía de aunar intereses y proporcionar vivienda y bienes y servicios complementarios.

(45) Se trata de la Cooperativa Residencia Santa Clara, que está funcionando en Málaga, formada por jubilados y prejubilados, constituida con la finalidad de disponer de apartamentos para estos junto con interesantes actividades de ocio y servicios comunes: hostelería, talleres, salón, baile... Este es un caso de Cooperativa integral, no solo de viviendas, con una finalidad más amplia, residencia y atención a jubilados. Cada cooperativista ha pagado una cantidad por el derecho al uso y disfrute de un apartamento, y cuando se traslada a este abona unos gastos de comunidad para tener acceso a todos los servicios comunitarios (de estancia, ocupacionales, hostelería, médicos, sociales). La gestión corresponde al Consejo Rector de la Cooperativa. Se combinan la prestación de residencia, con uso y disfrute de apartamentos, con las sociales y médicas necesarias para el colectivo que se trata, jubilados. La titularidad de los apartamentos es hereditaria para hijos u otros parientes cumpliendo los requisitos de edad fijados. El propietario no es titular directo de las instalaciones sino de los títulos que dan derecho al uso y disfrute de las mismas, quedando descartadas figuras como el alquiler o la cesión a terceros. La información sobre el tema se publicó en el diario «El Mundo» el 10 de junio de 2001, y ha sido facilitada amablemente por la directora de la Residencia, doña Aurora Moreno. Es de esperar que surjan iniciativas similares o en otra línea de necesidad, combinando la prestación de vivienda con otras sociales de integración.

(46) En el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid se prevé también un tratamiento especial para las Cooperativas de viviendas de integración social (VIS), para ciertos colectivos desfavorecidos y también junto al de jóvenes y mayores (JYM): Las de integración social (préstamo subsidiado del 50 y subvención del restante 50, art. 121 de la Ley de Cooperativas Madrileña) se han destinado en algunos casos a minusválidos psíquicos y físicos, a enfermos

En todo nuestro territorio es posible desarrollar algún tipo de iniciativa como las anteriores; legalmente (47) hay cobertura para ello, solo es preciso desarrollar la idea. La cesión de uso de inmuebles puede utilizar el esquema jurídico de las cooperativas de iniciativa social, pero cualquier clase de cooperativa podría manejar el mismo esquema de atribución del uso de la vivienda. Sin ceñirse necesariamente a la «iniciativa social», ya que se concedería a los socios mayor libertad (en las cooperativas de iniciativa social la Administración obliga a incluir un % de socios designados por ella entre colectivos desfavorecidos para otorgarle tal condición).

La cesión del uso de inmuebles cooperativos, con destino vivienda, a través del Derecho Real limitado de usufructo tiene las ventajas siguientes:

1. Desarrolla plenamente los principios cooperativos.
2. Evita la especulación del acceso a la propiedad individual de la vivienda.
3. Favorece la continuidad y estabilidad de la Cooperativa y la posibilidad de que el número de asociados crezca, y que los servicios y actividades ofrecidos aumenten en calidad y cantidad.

teminales de sida, a personas mayores con escasos recursos o a realojos de personas procedentes de desahucios. No obstante cualquier colectivo con necesidades de integración social podría acceder a ellas, y con fundamento legal en cualquier norma cooperativa estatal u autonómica.

(47) La LC propone las cooperativas integrales y las de iniciativa social como tipos aplicables a todas las clases de Cooperativas: artículos 105 y 106.

La LC valenciana, bastante restringida, en el artículo 98, regula las Cooperativas de integración social para disminuidos o colectivos con dificultades de integración social permitiendo la opción de forma de trabajo asociado o de consumo en cada caso según la finalidad cooperativa. En esta línea, el artículo 74 de la LC de Navarra, regulando las de bienestar o integración social, que pueden adoptar la forma de trabajo asociado o consumo. También distingue la forma de trabajo asociado o consumo para las de bienestar social la LC de Extremadura: artículos 153 a 156. También el artículo 112 de la LC de la Rioja se refiere a las de iniciativa social dentro de las de trabajo asociado para la prestación de servicios sociales a ciertos colectivos, entre otros los mayores, y el 129 a las de integración social como de consumo. En el mismo sentido el artículo 153 de la LC de Castilla-La Mancha. Distinguiendo las de iniciativa de las de inserción social los artículos 138 y 139 de la LC de Baleares.

La LC de Castilla-León se refiere a las cooperativas de iniciativa social en el artículo 98.2, aplicables a cualquier clase de cooperativa, como las de viviendas reguladas en el artículo 124.

La LC de Galicia destina el artículo 125 para las de integración social y el 126 para las de servicios sociales.

Por otra parte, la LC del País Vasco entiende las de integración social como clase independiente pero solo se acepta su creación para disminuidos físicos o psíquicos: artículo 127.

La LC de Cataluña permite las cooperativas de iniciativa social en el artículo 128 para ciertos colectivos o necesidades no cubiertas suficientemente por el mercado.

La LC de Aragón estima posibles las Cooperativas de iniciativa social dentro de las de trabajo asociado: artículo 77 y las de servicios sociales dentro de las de consumo: artículo 83. La LC de Madrid incluye las de iniciativa social dentro de las de trabajo asociado: artículo 107 y las de integración social como especiales: artículo 121. La Ley 8/2006 de 16-11 de cooperativas de Murcia, propone en los artículos 129 y sigs. las cooperativas de iniciativa social. La Ley 4/2010 de 29-6 de Cooperativas de Asturias, en sus artículos 183 y 184 regula tanto las cooperativas de iniciativa social como de interés social.

4. Se evita desvirtuar el sistema cooperativo, como así ocurre en el caso de utilizar el arrendamiento de la vivienda como fórmula de cesión de uso de la vivienda.
5. Las condiciones personales y familiares de los asociados se tienen en cuenta para facilitar el acceso a la vivienda, lográndose unas prestaciones más personalizadas.

Es cierto que esta fórmula presenta también ciertos inconvenientes prácticos: problemas de incremento de los servicios, o del número de asociados, o dificultad de responder a los cambios en las necesidades de estos: personales, familiares, de salud.

La hipótesis que resulta de admitir el derecho de usufructo como fórmula de cesión de uso de las viviendas en régimen cooperativo nos sitúa ante una Cooperativa propietaria de las viviendas, que las gestiona y administra y cede su uso, decide la adjudicación, los criterios de orden utilizados, la utilización para el fin establecido de vivienda, las obras de mantenimiento... Mientras tanto, los socios ostentan un derecho real de utilización de la vivienda, y para ello cumplen con los requisitos para ser socios, abonan una cuota de utilización de la vivienda y su mantenimiento, pueden recibir retornos, y su muerte o ausencia puede dar lugar al ingreso como socios de sus familiares siempre que cumplan con los requisitos para ser socios. Los socios no tienen derecho a optar a la propiedad de la vivienda en ningún caso, solo pueden usar y disfrutar de ella mientras sean socios. La fórmula de acceso al uso de la vivienda es el usufructo de la misma, aunque también podríamos estar cerca de un derecho de uso o habitación sobre la vivienda, o bien una fórmula atípica *sui generis* de utilización de la vivienda cooperativa.

1.2. La aplicación del derecho de usufructo a nuevos supuestos

Una vez presentado el supuesto de cesión de uso de vivienda que responden a un derecho real de usufructo, es preciso analizar las ventajas y dificultades de la aplicación de este derecho al régimen cooperativo. Se trataría de aplicar el derecho real de usufructo al supuesto de construcción en régimen de Cooperativa de viviendas. Así, se cedería al socio el uso y disfrute sobre la vivienda, permaneciendo la nuda propiedad en manos de la Cooperativa. La ventaja principal de esta fórmula consiste en la cesión del uso y disfrute de la vivienda mediante un vínculo más fuerte, al tratarse de un derecho real y no personal, con eficacia de protección y respeto *erga omnes*. Es ventajoso que los socios gocen de un derecho real sobre la vivienda o apartamento, ello favorece la creación de Cooperativas estables.

El usufructo de la vivienda cooperativa plantea algunas cuestiones que interesa resaltar:

1. Circunscribe la relación entre el socio y la cooperativa respecto de la vivienda en el marco del derecho real, y no de un contrato.
2. El usufructo es un derecho real en cosa ajena con sujetos en posiciones jurídicas diferentes. En el supuesto cooperativo, los socios forman parte de la Cooperativa y no son absolutamente ajenos a ella. Entiendo que ello puede salvarse, ya que la personalidad jurídica logra la ajenidad absoluta. Los socios usufructuarios pueden ser personas físicas o jurídicas. En el caso de las personas jurídicas se plantea el problema de la aplicación de la regla específica de un tiempo máximo de duración del usufructo para ellas, del artículo 515 del Código Civil (30 años). Este límite temporal puede plantear problemas en el supuesto cooperativo, ya que no parece lógico que personas jurídicas que aportan su participación para la vivienda dejen de ser socios por el mero transcurso del tiempo y pierdan la inversión realizada.
3. El supuesto cooperativo sería un usufructo voluntario, descartando en principio la constitución legal del mismo, así como otras formas de constitución como las disposiciones de última voluntad.
4. Con relación a la constitución del usufructo, el usufructo del socio cooperativo sobre la vivienda o apartamento sería un usufructo constituido por voluntad de los particulares *inter vivos*, a título oneroso. Podríamos entender que está sometido a una condición resolutoria tácita negativa: que el socio deje de ser socio, en relación con su pertenencia efectiva a la Cooperativa. La constitución del usufructo se produciría en el momento de ingreso como socio, al adherirse a la Cooperativa, obteniendo el uso y disfrute del inmueble mientras que la propiedad permanece en manos de la Cooperativa.
5. La Cooperativa ostenta derechos y obligaciones respecto de la vivienda, en su condición de persona jurídica con facultades de administración sobre su patrimonio, y su condición de nudo propietario.
6. La relación de la Cooperativa y el socio se mantiene en el tiempo, entendemos que con carácter vitalicio, ya que la obligación de ceder el uso de la vivienda es continuada mientras no se extinga la relación básica. El usufructo puede ser por tiempo cierto o no (vitalicio), es personal y transmisible; la Ley no quiere la vinculación indefinida en los derechos reales en cosa ajena. En las cooperativas el derecho del socio al uso de la vivienda es personal, pero con relación a la duración y transmisión queda sujeto a las reglas cooperativas, y así el socio no puede transmitir su derecho sobre la vivienda a cualquiera, aunque el derecho de usufructo lo permita en general. Además, la condición de socio cooperativo requiere el cumplimiento de los requisitos para serlo. Entendemos que el usufructo de la vivienda cooperativa sería vitalicio. Se extingue por: muerte del socio, cumplimiento de la condición resolutoria (dejar de ser

socio), pérdida de la cosa, resolución del derecho, o por prescripción (las normas cooperativas exigen que el socio habite la vivienda). Ahora bien, si fallece el socio: ¿finaliza el usufructo por consolidación, constituyéndose un nuevo derecho a favor de otro socio?, o bien, ¿el que fallece transmite su derecho?; en este último caso, de transmisión a otro, la duda es la aplicación del límite del 781 del Código Civil (personas vivas o un máximo de dos llamamientos). La regla del 781 del Código Civil está pensando en llamamientos a varias personas vivas, y no parece aplicable al supuesto de socio cooperativo, que fallece y en cuyo lugar se sitúa otro socio, que son dos usufructos distintos. Tampoco parece aceptable entender que se produce la transmisión del usufructo de un socio a otro. El usufructo del nuevo socio sería un nuevo derecho que se concede al socio de la Cooperativa de viviendas; son, por tanto, usufructos distintos sobre la misma cosa. En cualquier caso, hay que destacar que la regla de temporalidad del usufructo choca con el régimen de una cooperativa de mayores, en que las viviendas o apartamentos se mantienen en usufructo permanentemente con uno u otro socio. Con relación a la cesión del derecho de usufructo, las reglas cooperativas modulan las especialidades de la transmisibilidad de la vivienda, y en ningún caso permiten la hipotecabilidad de la participación del socio, y establecen especialidades respecto de la posibilidad de que el socio cooperativo transmita su derecho como facultad restringida en ciertos supuestos.

7. El objeto del usufructo es la vivienda o apartamento asignado a cada socio. Ahora bien, y con relación al usufructo de la vivienda cooperativa, hasta qué punto es posible la alteración de la vivienda asignada sin alteración del derecho real, alteración material por nuevas circunstancias imprevistas: alteración del estado de salud, cambios familiares..., o que cambie el objeto cuando un bien gravado es enajenado, expropiado, destruido..., y sea sustituido por otra vivienda o apartamento. En todo caso, el usufructuario de la vivienda cooperativa estaría como tal limitado a conservar la forma y sustancia del inmueble.
8. Respecto del contenido del usufructo y las facultades de uso y disfrute de la vivienda cooperativa, el uso no plantea problemas, no así el disfrute, que puede suponer la transmisión de facultades a un tercero. Así, mientras el usufructuario puede aprovechar por sí la cosa o disponer de su derecho, ello no parece compatible con el caso cooperativo. La normativa cooperativa es clara e impide un destino diferente del previsto: uso del socio que habita la vivienda. No es posible el arrendamiento de la vivienda o la enajenación del derecho sobre ella a un tercero; no se permite que el socio, sin cumplir los requisitos legales, transmita su derecho a otro sujeto. Asimismo, con relación a las obligaciones de contribución a gastos, son las reglas de administración de la persona

jurídica las que deben fijar el régimen para cubrir los desperfectos ordinarios, no extraordinarios, provocados por el uso de las cosas, para permitir que se puedan hacer mejoras útiles sin alterar la vivienda, y sin derecho a indemnización, pudiendo retirarlas después. En este ámbito, según las reglas del usufructo, el socio usufructuario abonaría los gastos necesarios, pero estos son susceptibles de recuperación; los desperfectos debe abonarlos o compensarlos con las mejoras; y son de su cuenta los gravámenes o cargas durante la duración del usufructo.

9. Respecto de la cooperativa como nudo propietario: Tiene facultades de alteración jurídica (enajenación, gravamen), y de alteración de hecho, todas ellas limitadas a no alterar la forma o sustancia ni perjudicar al usufructuario. Son de su cuenta los desperfectos extraordinarios, las contribuciones sobre el capital: impuestos, inversiones, construcciones). Sin embargo, el nudo propietario tiene la seguridad de que su propiedad será plena en el futuro, lo que no coincide con la idea de una cooperativa de viviendas en régimen de usufructo.

2. DERECHO DE USO Y HABITACIÓN DE VIVIENDA

2.1. *Sistemas de cesión de uso más utilizados*

- I. Evolución histórica y regulación actual de la cesión de inmuebles en nuestro ordenamiento jurídico

En nuestro ordenamiento jurídico las fórmulas de cesión del uso de las viviendas responden a modelos residenciales (48) de arrendamiento (49) o de propiedad colectiva (50).

(48) MUÑOZ GARCÍA, S., «Nuevos modelos residenciales», en *Las cooperativas de viviendas en España*, Publicaciones Universidad de Ávila, 2003, pág. 41 y sigs.

(49) Para jóvenes las opciones son: 1. Apartamentos colectivos. 2. Viviendas de alquiler mediante cooperativas de inversionistas que alquilan las viviendas durante un periodo de tiempo a precio protegido (COOP. SATSE PAVONES —VPO—, COOP. SABATINI; COOP. PROFIL); o mediante cooperativas de acceso diferido a la propiedad tras un periodo de alquiler (COOP. FLOR DE AZAHAR —VPO—). En el supuesto de PROFIL los socios e inversores son los padres, las viviendas son propiedad de la cooperativa durante la vida del préstamo hipotecario, y los socios presentan a uno o más arrendatarios según su participación y garantizan el pago del alquiler (alquiler establecido por la Administración y suficiente para el pago de préstamo, mantenimiento del inmueble, gestión de la cooperativa y los alquileres): BLANCO MONGE, M., «PROFIL, cooperativa de viviendas en alquiler para jóvenes. Notas para una reflexión», en *Las cooperativas de viviendas en España*, Publicaciones de la Universidad de Ávila, 2003, pág. 201 y sigs. Este régimen también beneficia a otros colectivos como discapacitados e inmigrantes.

(50) Para mayores: Por una parte conjunto residencial de propiedad privada del apartamento y propiedad colectiva de los espacios y servicios comunes. Existen cooperativas

Desde la legislación sobre viviendas baratas (51) iniciada en 1911 se han utilizado las fórmulas del acceso a la propiedad o el arrendamiento de las viviendas, o bien el acceso diferido a la propiedad a partir de este (52). La situación puede esquematizarse de forma sencilla según se ceda la propiedad de la vivienda o el uso. La cesión puede realizarse respecto de la propiedad individual de la vivienda, o de propiedad colectiva. Las de uso y disfrute pueden ser de alquiler simple o alquiler atribución —combinan alquiler y propiedad individual posterior—. Estas fórmulas son utilizadas especialmente en el régimen de Cooperativas de viviendas. A día de hoy las opciones que se ofrecen al socio cooperativo respecto del acceso al bien perseguido: la vivienda, son variadas (53), independientemente de

integrales de consumo y viviendas para mayores como JUBILAND, en VÁZQUEZ FRAILE, A., «La vivienda cooperativa y los colectivos con especiales dificultades (jóvenes, mayores, discapacitados, emigrantes)», en *Las cooperativas de viviendas en España*, Publicaciones de la Universidad de Ávila, 2003, pág. 47 y sigs.

(51) HIPÓLITO LANCHÁ, F., «El derecho constitucional a una vivienda digna. El antes y el después. Beneficios y limitaciones de las viviendas de protección oficial», en *Las cooperativas de viviendas en España*, Publicaciones de la Universidad de Ávila 2003, pág. 47 y sigs.

(52) GÓMEZ APARICIO, A. P., *Análisis de los aspectos financieros de la sociedad cooperativa de viviendas en España*, Comunidad de Madrid, Consejería de Economía, 1991, pág. 21 y sigs. Ofrece una clasificación y sintetiza la ofrecida por la ACI, la OIT y Laserre y que resumimos a continuación: El acceso a la propiedad de las viviendas se ha ordenado bajo las fórmulas de acceso a la propiedad individual, propiedad colectiva, alquiler simple, alquiler y atribución, ayuda personal mutua, crédito a la construcción y trabajadores de la construcción. También GÓMEZ APARICIO, A. P., y MIRANDA GARCÍA, M., «Vivienda social y sociedades cooperativas de vivienda en Europa», en *Las empresas de participación en Europa: el reto del siglo XXI*, EEC, UCM, Madrid, 2002, pág. 201 y sigs.

(53) Suiza, régimen de alquiler o derecho de ocupación ilimitado y transmisible; Alemania, Cooperativas generalmente de construcción, de distintas promociones, en propiedad individual (adquisición gradual de propiedad y desvinculación de cooperativa, salvo que esta se ocupe de servicios de gestión y mantenimiento) y propiedad colectiva con derecho de alquiler para el socio (socio participa en capital y adquiere derecho al uso, uso al que se aplican normas de arrendamiento; si causa baja se devuelve participación y cooperativa busca otro socio en su lugar); Francia, propiedad individual con Cooperativa dedicada a la gestión, y propiedad cooperativa con alquiler a terceros no socios; Italia, Cooperativas con propiedad dividida o individual de cada socio y con propiedad indivisa que adoptan una fórmula de propiedad cooperativa próxima al alquiler (en general se ha construido más en régimen de propiedad individual); Portugal, Cooperativas con propiedad individual de socios que continúan con la gestión de zonas comunes, y de propiedad colectiva que conceden derecho de uso, pudiendo coexistir ambas fórmulas en la misma sociedad cooperativa. Las modalidades de cesión del uso son dos: atribución de un derecho de habitación mediante escritura pública o contrato de arrendamiento de vivienda. También interesa el caso inglés, con cooperativas de viviendas para financiación de estas (ahorro y préstamo) y asociaciones de vivienda que intentan resolver el problema del alojamiento.

En Bélgica normalmente las Cooperativas promueven y administran viviendas en alquiler. En Austria también hay viviendas en alquiler y propiedad. En Dinamarca las Cooperativas ostentan la propiedad y el inquilino el derecho privilegiado de uso que se transmite con la participación de este. En Grecia las Cooperativas de viviendas tienen escasa relevancia, al igual que en Luxemburgo. En Holanda la vivienda social de alquiler se articula a través de las asociaciones de vivienda social. En Irlanda las cooperativas participan en la construcción de vivienda social, y la mayor parte se realiza en régimen de alquiler aunque también hay

que la más utilizada sea el acceso en propiedad (54). No obstante, la evolución económica y demográfica de nuestra sociedad hace necesario el desarrollo de la cesión del uso de las viviendas a los sujetos, procurando también servicios o instalaciones complementarias a los inmuebles (55).

Nuestra legislación, tanto estatal como autonómica, permite ambas hipótesis, tanto el acceso a la propiedad como al uso de la vivienda (56), en los términos del artículo 89.4 de la Ley de Cooperativas estatal 27/1999, de 16 de julio: «*La propiedad o el uso y disfrute de las viviendas y locales podrán ser adjudicados o cedidos a los socios mediante cualquier título admitido en Derecho*» (sin modificación respecto de la LGC anterior 3/1987, art. 129.3 —introducido por primera vez en las normas cooperativas en el Reglamento de desarrollo de la Ley de 1978: Real Decreto 2710/1978, de 16 de noviembre, art. 105—). Se añade, en el segundo párrafo que: «*Cuando la Cooperativa retenga la propiedad de las viviendas o locales, los Estatutos establecerán las normas a que ha de ajustarse tanto su uso y disfrute por los socios, como los demás derechos y obligaciones de estos y de la cooperativa, pudiendo prever y regular la posibilidad de cesión o permuta del derecho de uso y disfrute de la vivienda o local con socios de otras cooperativas de viviendas que tengan*

en propiedad, no obstante también existen cooperativas de viviendas con ánimo de lucro. En Suecia existen cooperativas de viviendas que no se identifican con vivienda social, y actúan para el acceso a la propiedad.

(54) La adquisición de la propiedad de la vivienda utiliza la adjudicación como fase de la adquisición de la propiedad de la vivienda por el socio cooperativo, en su condición de auto-promotor. A los efectos de su proyección futura es más que probable la continuidad del supuesto, tal y como se ha venido desarrollando hasta ahora. Responde a un criterio socialmente extendido: la pretensión de adquirir la propiedad de un inmueble, como base de seguridad o estabilidad socio-económica. A ello se añaden las ventajas de construcción dentro del régimen cooperativo, la capacidad de decisión de sus miembros, el menor coste... Sobre el tema puede consultarse, LAMBEA RUEDA, A., *Cooperativas de viviendas. Promoción, construcción y adjudicación de la vivienda al socio cooperativo*, 2.ª ed., Granada, Comares, 2007.

(55) Es evidente la incuestionable realidad del arrendamiento en las viviendas protegidas del tipo que sean, de promoción pública o privada. Sobre el tema: GONZÁLEZ ARRIBAS, M. A.; QUIRALTE PAREDES, P.; GARCÍA ESPARZA, C., y FERNÁNDEZ BRAVO, I., *El arrendamiento de viviendas de protección oficial. Doctrina jurisprudencial*, 1.ª ed., Madrid, Dykinson, 1998, 194 págs. ISBN: 84 8155 324 7; VÁZQUEZ DE CASTRO, E., *Precio y renta en las viviendas de Protección Oficial*, 2.ª ed., Navarra, Aranzadi, 2001, 239 págs. ISBN: 84 8410 635 7; SERRANO DE NICOLÁS, A., *Los arrendamientos de viviendas de protección oficial según la nueva legislación*, 1.ª ed., Barcelona, Cedecs, 1998, 150 págs. ISBN: 84 95027 01 1. No vamos a entrar, por razones de espacio, en la cita exhaustiva de todas las normas de protección vigentes en la actualidad.

(56) Algún autor entiende que las posibilidades de acceso a la vivienda cooperativa son tres: derecho de propiedad individual de cada socio, contrato de arrendamiento o derecho de utilización de la vivienda. KAPLAN DE DRIMER, A., *Cooperativas de vivienda*, Omeba, Buenos Aires, 1961, pág. 30 y sigs. Yo entiendo que las dos opciones últimas pueden resumirse en una: cesión de uso.

establecida la misma modalidad». En términos similares se expresan Asturias, Murcia, Madrid, Navarra, Cataluña, Baleares, Extremadura, Castilla-La Mancha, Aragón, La Rioja, País Vasco, Galicia y Castilla-León (57); mientras que

(57) Las últimas normas cooperativas mantienen la fórmula tradicional de las anteriores. *La Ley asturiana 4/2010, de 29 de junio*, más extensa, en su artículo 153.3 expone: «3. Las viviendas y locales promovidos por la cooperativa podrán, mediante cualquier título admitido en derecho, ser adjudicadas en propiedad a los socios o cedidos a los mismos para su uso y disfrute por ellos o sus familiares, con parentesco de hasta tercer grado, ya sea de forma habitual, ya sea para descanso o vacaciones, ya sea como residencia de personas mayores o discapacitadas. Cuando la cooperativa retenga la propiedad de las viviendas o locales, los estatutos establecerán las normas a que han de ajustarse tanto el uso o disfrute por los socios o sus familiares como los demás derechos y obligaciones de estos y de la cooperativa, pudiéndose prever la posibilidad de cesión o permuta del derecho de uso y disfrute con socios de otras cooperativas de viviendas que tengan establecida esta posibilidad. En el supuesto de viviendas de protección pública en la modalidad de alquiler con opción de compra, cuando la vivienda vaya a ser disfrutada por el familiar del socio, de acuerdo con lo establecido anteriormente, la cooperativa suscribirá el contrato de alquiler con opción de compra no con el socio sino con dicho familiar, que deberá reunir los requisitos exigidos en la legislación especial de viviendas protegidas». Así, la *Ley 8/2006, de Cooperativas de Murcia*, de 16 de noviembre, modificada en 2008, en su artículo 112.3 se refiere a: «La propiedad o el uso y disfrute de las viviendas y locales podrán ser adjudicados o cedidos a los socios mediante cualquier título admitido en Derecho». Cuando la *Ley 4/1999, de 30 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid*, se refiere a la adjudicación de vivienda a personas físicas o entes públicos o institucionales para sus empleados, en el artículo 114.3, mediante cualquier título admitido en derecho, destacando el uso habitual y permanente —en conexión con el supuesto de «aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles» (regulado por *Ley 42/1998, de 15 de diciembre*)—, ya sea para descanso o vacaciones, ya sean destinadas a residencias para personas de la tercera edad o disminuidas; pudiendo cederse o permutarse el uso y disfrute con socios de otras cooperativas. Más escueta que la Ley estatal es la *Ley Foral 12/1996, de 2 de julio, de Cooperativas de Navarra*, al referirse a la adjudicación de la propiedad de las viviendas en el artículo 65.3, similar al 89 de la Ley General, con adjudicación o cesión de la propiedad o el uso, el uso y disfrute regulado en Estatutos, sin contemplar la posibilidad de cesión o permuta del uso y disfrute con los socios de otras cooperativas. Bastante parecida a la LC es la *Ley 18/2002, de 5 de julio, de Cooperativas de Cataluña*; el artículo 107.3 de este texto dispone que la propiedad de las viviendas construidas en régimen de cooperativa puede adjudicarse mediante cualquier título admitido en Derecho, pudiendo adjudicarse «la plena propiedad o el pleno uso», y en el régimen de uso y disfrute —106.3— «ya sean para uso habitual y permanente, ya sean para descanso o vacaciones, ya sean destinados a residencias para personas de la tercera edad o con disminución». Muy similar el artículo 115.4 de la *Ley 1/2003, de 20 de marzo, de Cooperativas de Baleares*. También prevé la opción estatutaria de cesión o permuta de uso con socios de otras Cooperativas. En iguales términos se pronuncia la *Ley 2/1998, de 26 de marzo, de Sociedades Cooperativas de Extremadura*. En materia de adjudicación de las viviendas, el artículo 134.3 es idéntico al 89 de la LC, incluyendo la cesión o permuta con los socios de otras cooperativas. En el 134.1 incorpora la «cesión de uso y disfrute, ya sean para uso habitual y permanente, ya sean para descanso o vacaciones, ya sean destinadas a residencias para personas de la tercera edad o con disminución». Y de la misma forma, la *Ley 11/2010, de 4 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha*, artículo 116.3. La *Ley 9/1998, de 22 de diciembre, de Cooperativas de Aragón*, modificada por *Ley 4/2010, de 22 de junio*, sin embargo, presenta diferencias respecto a la adjudicación en propiedad o uso «mediante cualquier título legal», artículo 84.5, así como la cesión o permuta con los socios de otras Cooperativas de viviendas

Andalucía y Valencia (58) incluyen algún matiz diferente. Todavía no ha desarrollado su propia Ley la Comunidad Autónoma cántabra. Aunque el legislador estatal y los autonómicos plantean una dicotomía legal entre propiedad privada y cesión del uso, el sistema de cesión de uso más utilizado hasta ahora es el arrendamiento (59).

que establezcan la misma modalidad. También similar a la LC es el artículo 119.3 de la *Ley 4/2001, de 2 de julio, de Cooperativas de La Rioja*.

Claramente se manifiesta la *Ley 1/2000 y 8/2006, de 29 de junio, de Cooperativas del País Vasco* (cuyos artículos no se vieron modificados respecto de la Ley anterior: *4/1993, de 24 de junio*). La adjudicación de las viviendas, como servicio cooperativo prestado al socio, se produce por cualquier título admitido en Derecho, artículo 114.3. El uso y disfrute puede cederse habitual o por temporadas. Las normas de cesión de uso y disfrute pueden venir establecidas por los Estatutos o por el Reglamento de cada promoción, que pueden prever la permuta del derecho con los socios de otras cooperativas. E idéntico a la redacción del primer párrafo del 89.4 de la LC es el artículo 120, referido a viviendas de la *Ley 5/1998, de 18 de diciembre, de Cooperativas de Galicia, modificada por Ley 18/2008*, con adjudicación en propiedad o cesión de uso, prevista en estatutos, sin referirse a las circunstancias de permuta o cesión de uso con socios de otras cooperativas.

Similar es el artículo 118.4 de la *Ley 4/2002, de 11 de abril, de Cooperativas de Castilla y León*: «La propiedad o el uso y disfrute de las viviendas y locales podrán ser adjudicados o cedidos a los socios mediante cualquier título admitido en Derecho... pudiendo prever y regular la posibilidad de cesión o permuta del derecho de uso y disfrute de la vivienda o local con socios de otras cooperativas de viviendas que tengan establecida la misma modalidad».

(58) La *Ley 2/1999, de 31 de marzo, de Sociedades Cooperativas andaluzas modificada por Ley 3/2002, de 16 de diciembre*, en su artículo 133.3, en materia de viviendas, novedosamente, no habla de adjudicación sino de transmisión de la propiedad de las mismas, o de cesión de uso con «retención de la propiedad por la Cooperativa mediante cualquier título admitido en derecho». Es la única norma autonómica que distingue el término: transmisión de la propiedad. También, en el 133.4 incluye la regulación estatutaria de la materia e introduce la posibilidad de cesión o permuta del uso y disfrute con socios de otras cooperativas.

Un poco más allá se sitúa la *Ley de Cooperativas de la Comunidad Valenciana, 8/2003, de 24 de marzo*. Con una redacción diferente del resto de normas cooperativas, afirma, en su artículo 91.2, que «las viviendas serán adjudicadas en propiedad a cada socio en régimen de propiedad horizontal, o permanecerán en la propiedad de la Cooperativa que podrá cederlas a los socios en arrendamiento o por cualquier otro título permitido por el ordenamiento jurídico». No se alude a la posibilidad de cesión o permuta del uso y disfrute.

(59) El arrendamiento de viviendas se suele utilizar en supuestos de colectivos con recursos económicos escasos, siendo las autoridades municipales, autonómicas o nacionales quienes intervienen en la construcción y aportan los recursos, reservándose facultades sobre el control de las viviendas o de la elección de los socios. Es casi la única una opción de cesión de uso desarrollada aunque presenta ciertas desventajas. Los inconvenientes de la utilización del arrendamiento como fórmula de acceso al uso de la vivienda en régimen cooperativo son: 1. Desaparece el espíritu cooperativo. Pueden surgir conflictos entre la Cooperativa y el arrendatario ya que este se siente al margen de la realidad cooperativa. 2. La Cooperativa y el socio cooperativo no tienen intereses antagónicos, no son absolutamente independientes como ocurre en el arrendamiento en cuanto contrato. 3. La aplicación de disposiciones en materia de arrendamiento es imperativa en ciertas cuestiones relativas a plazo de duración, prórrogas, normas de protección del arrendatario. La utilización de la vivienda cooperativa se produce por tiempo indefinido mientras el socio cumpla con los requisitos requeridos y las obligaciones exigidas. Además, la Cooperativa no busca el interés especulativo del arrendador,

II. Derecho comparado

Asimismo, en el ámbito europeo más próximo a nosotros (Italia, Portugal y Francia) destaca también, junto a la propiedad individual de la vivienda, la utilización de la cesión de uso de la vivienda en manos y propiedad de la cooperativa. En el resto de ordenamientos de la Unión Europea existe actividad cooperativa en el ámbito de viviendas, pero no se regulan estos matices acerca del destino de las viviendas.

En Iberoamérica, por su parte, hay legislaciones que no aluden a cuestiones tan particulares como el destino de las viviendas en régimen cooperativo, mientras que otras sí lo hacen, y se refieren al tipo de propiedad, individual o cooperativa (60).

Por su parte, el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea no entra en cuestiones tan particulares, aunque estas son perfectamente admisibles en su ámbito de aplicación (61). Sin embargo, en el ámbito europeo, una institución: el CECODHAS (Comité Europeo de Coordinación de la Vivienda Social) participa en iniciativas concretas como el programa IGLOO (62), que pretende satisfacer

por lo que no se pueden aplicar al supuesto las reglas de protección del arrendatario. 4. La posibilidad de venta de las viviendas a los socios queda en manos del organismo propietario de las mismas, y tiene un carácter excepcional. Los arrendatarios deben saber que, salvo situaciones excepcionales, los pagos que realizan responden a un arrendamiento sin opción a propiedad futura. El arrendamiento con opción a compra es una posibilidad excepcional y no frecuente. 5. Los Estatutos de la Cooperativa deben restringir las circunstancias del arrendamiento: colectivo determinado, uso efectivo de la vivienda y reglas del mismo, imposibilidad de disponer a favor de terceros.

(60) No se refieren a esta cuestión de la propiedad de las viviendas: Argentina, Bolivia, Brasil, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, República Dominicana, Venezuela.

Sí lo hacen: Colombia, al referirse a la propiedad cooperativa, siendo los socios aportadores y usuarios con derecho a la utilización plena y exclusiva de la unidad asignada, y al uso de zonas comunes. Costa Rica, que alude al objeto de las Cooperativas de viviendas: construcción, adquisición, reparación o arrendamiento de las viviendas. Cuba contempla dos opciones: 1. El derecho de superficie del propietario de la vivienda, la propiedad de la misma del cooperativista, y el suelo propiedad de la cooperativa, y 2. Cesión en arrendamiento del uso de las viviendas propiedad de la Cooperativa. Perú se refiere a los socios de Cooperativas de viviendas como usuarios o propietarios de las mismas. Puerto Rico alude a las posibles actividades de las Cooperativas de vivienda: administración, compra, construcción, venta, alquiler y cualquier otra actividad relacionada con la vivienda.

Todo en SANZ JARQUE, J. J. y SALINAS RAMOS, F. (coord.): *Las Cooperativas en Iberoamérica y España. Realidad y legislación*. Publicaciones Universidad Católica de Ávila. 2002.

(61) Reglamento del Consejo 1435/2003, de 22 de julio, relativo al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea: DOCE L 207/2003, pág. 1 y sigs.

(62) El objetivo del Proyecto IGLOO es la inserción social y laboral de colectivos con desventajas o marginación, mediante actuaciones globales e integradoras en materias de formación, empleo, vivienda y servicios sociales. Es una iniciativa del CECODHAS, en colaboración con la FEANTSA (Federación Europea de Asociaciones Nacionales que Trabajan con los Sin Hogar) y la Confederación de Sindicatos Europeos. El Proyecto IGLOO se centra en cuatro

los problemas de vivienda, formación y empleo de los «sin techo», aquellas personas poco cualificadas que encuentran grandes dificultades para salir de su situación marginal (desarraigo con sus países de los emigrantes, procesos futuros de democratización de sus países) (63). La opción de uso (64) se ofrece como posibilidad que podría ser utilizada por personas jurídicas públicas o privadas como ayuda para la integración de sus profesionales, o de colectivos determinados, o por personas físicas con destino a familiares que precisen ocupar una vivienda sin ceder por el momento la propiedad de la misma.

En la Unión Europea (65), pocos países son un referente de regulación específica en materia de cesión de uso de la vivienda cooperativa. Los de origen latino son los más cercanos al nuestro en esta materia, como en tantas otras. Así Francia, Italia y Portugal. El resto de países, especialmente del Norte de Europa desarrollan la cesión de uso de viviendas no referida necesariamente a Cooperativas de viviendas, al no regular las distintas clases de Cooperativas en particular ni sus especialidades

1. Francia

En Francia (66) la Cooperativa de construcción se emplea en la construcción de inmuebles cuando la Cooperativa es propietaria del terreno, y su evolución,

pilares de actuación: alojamiento, acompañamiento social, formación y empleo. El primer protocolo del Proyecto se firmó en 1995. En el periodo 1997-1999 ha recibido financiación de la Comisión Europea. En España ha adoptado la forma jurídica de una Asociación, con plataforma nacional y autonómicas.

En enero de 1998 el CECODHAS publica la referencia a las organizaciones que pertenecen a él. Son miembros de pleno derecho: Bélgica, Dinamarca, Alemania, España, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Holanda, Austria, Portugal, Suecia y Reino Unido. Son miembros asociados: República Checa, Hungría, Noruega, Polonia, Rusia, República Eslova y Suiza. *Viviendas cooperativas*, núm. 38, pág. 14. En *Viviendas cooperativas*, núm. 52, pág. 14, se alude a la distinta presencia del cooperativismo de viviendas en estos países: escasa en Grecia, Holanda y Luxemburgo, relativa en España, Dinamarca, Austria y Bélgica, diluida entre las organizaciones sin ánimo de lucro en Francia y Reino Unido, y fuerte en Suecia, Alemania, Portugal e Italia.

(63) Presenta esta iniciativa, DIEGO I RAMÓN, VICENT, «Cooperativismo y solidaridad», en *Viviendas cooperativas*, núm. 48, pág. 26. Se propicia, entre otros, la creación de cooperativas de residencia secundaria mediterránea, entre países nórdicos y meridionales, como lo han hecho Portugal-Noruega.

(64) Así lo entiende VÁZQUEZ FRAILE, A., *Las cooperativas de viviendas en España. Desafíos de presente y futuro*. Publicaciones Universidad Católica de Ávila, 2003, pág. 33.

(65) MONTOLÍO, J. M., *Legislación cooperativa en la Unión Europea*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000.

(66) En Francia, la Cooperativa de construcción se emplea en la construcción de inmuebles cuando la Cooperativa es propietaria del terreno, y su evolución, inicialmente de alquiler con promesa de atribución, produciéndose la división o parcelación del inmueble total según el lote correspondiente a cada socio, se ha ido acercando a la admisión de la venta como

inicialmente de alquiler con promesa de atribución, produciéndose la división o parcelación del inmueble total según el lote correspondiente a cada socio, se ha ido acercando a la admisión de la venta como posibilidad. En la actualidad el ordenamiento jurídico francés recoge la división de lo edificado junto con el contrato de cambio celebrado entre la Cooperativa y el socio, como posibilidades legalmente admitidas respecto de distintos supuestos prácticos. No ocurre como en Italia, donde se desarrollan también doctrinalmente estas dos opciones.

En Francia, la existencia de una comunidad y su posterior división entre los socios tuvo aceptación en épocas pasadas, como fórmula por la que el socio adquiriría la propiedad de la vivienda. En 1971, el «Code de la construction et de l'habitation», iniciado en 1967 y sucesivamente modificado en 1971, 1978 y 1972 y fechas posteriores dentro del estatuto de los constructores, regula exhaustivamente las sociedades cooperativas de construcción y dentro de ellas distingue dos tipos, según el acceso a la propiedad: de atribución con división entre socios, y de venta. La regulación cooperativa se inspira en el derecho de la promoción inmobiliaria privada en materia de gestión, por lo que comienza a hablarse de cooperativas de construcción.

En la actualidad, dentro de las dos clases indubitadas de Cooperativas de construcción, de atribución y de venta, la posibilidad de división de lo edificado se manifiesta y admite respecto de un tipo, las de atribución —en lotes que se dividen entre los socios—.

Se desarrolla la transmisión de la posición cooperativa durante la construcción, también se contemplan la dimisión y exclusión de los socios durante el periodo de construcción, y sus efectos sobre las viviendas. Algún autor matiza que «mientras en las sociedades cooperativas de construcción-atribución, la unión entre derechos sociales y derechos inmobiliarios es perfecta, no es igual en las sociedades cooperativas de construcción-venta». Las normas cooperativas de construcción en Francia pueden ser útiles (67) para modificar e interpretar,

posibilidad. En el ordenamiento francés las Cooperativas de construcción pueden ser de dos tipos, de construcción-atribución, mediante la división en lotes, o de construcción-venta. Ambas son reguladas por el «Code de la construction et de l'habitation», iniciada en 1967 y 1971 y sucesivamente modificada e incorporada en parte al Code Civil.

Respecto de las Cooperativas de construcción en general puede afirmarse lo siguiente. Se expresa claramente en el artículo L. 213-1, que la construcción es su objeto, atribuyéndose la propiedad y no el goce de los inmuebles a los socios: en el caso de *venta* solo esta es la fórmula autorizada para transmitir la vivienda, que se someterá a las normas de la de acabado futuro, regulada en el artículo 1601 del Code Civil; mientras que en la de *atribución* debe realizarse mediante una división global implicando disolución-liquidación de la sociedad o por divisiones parciales o retractos. La atribución en propiedad está casi siempre precedida de una atribución en uso que es, salvo casos particulares, generalmente de corta duración. Por contradicción, la atribución solo de uso está prohibida en las sociedades cooperativas de construcción.

(67) Además de las interesantes cuestiones citadas, el Code de construction regula cuestiones importantes y aplicables a las Cooperativas de viviendas en nuestro país, como la

en lo posible, las nuestras, aunque se han ido alejando paulatinamente de los supuestos de cesión de uso.

2. Italia

Desde la reforma del Código Civil de 2003 (DL 6/2003 de 17-1-2003), en concreto desde su entrada en vigor el 1 de enero de 2004, el Codice Civile regula la relación entre la Cooperativa y los socios en la nueva redacción de sus artículos 2511 a 2545.

Al hilo de las Cooperativas de edificación (68) hay dos tipos: 1. Las Cooperativas subvencionadas de propiedad individual, en que la propiedad pertenece inicialmente a la asociación, que la transmite a los socios individualmente, en un proceso formado por varias fases (la propiedad de lo aportado para la obtención de las viviendas, y de estas, es de la Cooperativa que transmite las viviendas a los socios); y 2. Las Cooperativas de propiedad indivisa, que tienen una base comunitaria sujeta a indivisión, el edificio de viviendas en construcción, que pertenece a la Cooperativa. A priori, sus efectos sobre la propiedad de las viviendas pueden parecer similares a los del supuesto cooperativo que tenemos en nuestro país, pero los principios en que se basan son distintos, puesto que en las Cooperativas de propiedad indivisa no se permite la enajenación de la vivienda al socio, que se cede en régimen de alquiler.

responsabilidad de administradores y gerentes, las garantías de suscripción y financiación y las condiciones de admisión como socio, la dimisión y exclusión, el control cooperativo ejercido por la Asamblea en la redacción de documentos sobre la construcción, la diversidad de pagos según los distintos «programas», el momento de adquisición de la propiedad, así como disolución de la Cooperativa una vez lograda la construcción y entrega de las viviendas, dejando paso a una nueva organización de las mismas, la Propiedad Horizontal.

(68) En Italia, las Cooperativas de propiedad indivisa tienen una base comunitaria sujeta a indivisión, el edificio de viviendas en construcción, que pertenece a la Cooperativa. No se permite la enajenación de la vivienda al socio, que se cede en régimen de alquiler —puede transformarse en Cooperativa de propiedad individual, siempre que sea por medio de un acto de la Cooperativa, no de los socios singulares: TU 1938, art. 90; art. 9 del DL de 1965. Los aspectos sustanciales que pueden destacarse en ellas son los siguientes: la propiedad de las viviendas corresponde a la Cooperativa, antes, durante y después de la construcción; y las fases por las que atraviesa el procedimiento de atribución de la vivienda son: aspirante a socio, inscripción, reserva y atribución de la vivienda. Aunque el TU 1938 no se refiere a ellas, indirectamente pueden deducirse de él. El DL de 6 de septiembre de 1965 simplemente cita las Cooperativas de propiedad indivisa como clase, sin regular ningún aspecto de las mismas.

Por otra parte, en las Cooperativas de propiedad individual, tras la asignación de las viviendas e individualización del préstamo (TU, art. 201) —solo asignación en caso de cooperativas libres—, —solo asignación (subordinada al reconocimiento por la autoridad civil de determinados requisitos) en las sujetas al DL 1965 (art. 11)— se inicia el régimen de propiedad horizontal o «condominio» sobre el edificio, de igual forma que en España en el momento de adjudicación de la vivienda.

Aunque hay similitudes evidentes entre ambos ordenamientos, en Italia la solución es diferente puesto que la Cooperativa, como persona jurídica, adquiere la propiedad sobre lo aportado para la construcción desde su constitución, transmitiendo posteriormente la propiedad de las viviendas. Este ordenamiento logra la protección en las entregas de viviendas asimilándolas formalmente a los contratos de cambio o transmisión, como solución más práctica.

3. Portugal

Por último, el ordenamiento jurídico portugués está compuesto, también, por varias normas generales y especiales; una regulación general, incorporada a la Constitución de 1976 y al Código cooperativo —el derogado DL 454/1980 sustituido por la Ley 51/1996, de 7 de septiembre— además de un Estatuto Fiscal de Cooperativas de 1980, junto a la cual coexiste una regulación específica por sectores. Las Cooperativas de Viviendas se rigen por una norma especial, en defecto de la cual acuden a las normas generales citadas. El Decreto-ley 218/1982, sobre Cooperativas de viviendas y construcción, ha sido sustituido por el Decreto-ley 502/1999, de 19 de noviembre, que observa las dos posibilidades de adjudicación admitidas en nuestro país, en propiedad o en uso, con la peculiaridad de que la cesión de uso puede atribuirse mediante la fórmula de arrendamiento o derecho de habitación (69). La protección fiscal que concede el legislador portugués es similar a la nuestra, con exenciones y beneficios fiscales para las Cooperativas, entre otras las de viviendas.

La regulación específica del sector de construcción de viviendas (70) prevé dos modalidades o regímenes de propiedad de las viviendas que necesariamente deben constar en los Estatutos: la propiedad individual y la propiedad colectiva en manos de la Cooperativa. En el supuesto de propiedad colectiva de las viviendas, la atribución o cesión de las mismas puede observar cualquiera de las dos fórmulas siguientes: el inquilinato o arrendamiento y el derecho de habitación. Para el primero no se prevén especialidades, ya que el Real Decreto se remite

(69) MONTOLÍO, J. M., *Legislación cooperativa en la Unión Europea*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000, pág. 492 y sigs.

(70) El derogado Decreto-ley 218/82, de 2 de junio, compuesto por 28 artículos en los que se recogían algunas notas específicas sobre las cooperativas de viviendas, así como, de forma más concreta, los aspectos esenciales de la propiedad de la vivienda y su adquisición por la Cooperativa o por el socio, ha sido sustituido por el Decreto-ley 502/1999, de 19 de noviembre, de régimen jurídico de las Cooperativas de Viviendas de 32 artículos, en orden a la adaptación al Código Cooperativo 51/1996. Recoge este último: en el capítulo I, normas generales, con remisión al Código cooperativo, acerca del concepto, constitución, registro, socios, régimen económico; el capítulo II se ocupa de la propiedad de las viviendas, individual o colectiva en manos de la cooperativa atribuyéndose las viviendas mediante derecho de habitación o arrendamiento; y el capítulo III se destina a disposiciones finales.

a la legislación de arrendamientos urbanos. Para el segundo, los artículos 19 a 24 del RD concretan ciertas reglas:

1. Con relación a los sujetos, es beneficiario del derecho de habitación tanto el usuario como los que conviven con él, artículo 21.2.

En el artículo 22 se regulan varias circunstancias de modificación subjetiva: la transmisión del derecho de habitación *inter vivos* o *mortis causa*. En el supuesto de transmisión *inter vivos*, apartado 1, en función de si el adquirente puede ser socio y la Asamblea da su conformidad. En el supuesto de transmisión *mortis causa* del segundo apartado, sin necesidad de autorización, una vez que el sucesor se inscribe como socio no puede serle negada la admisión.

La extinción del derecho de habitación, prevista en el artículo 23, se produce en caso de fallecimiento sin transmisión *mortis causa* (el sucesor no quiere o no puede ser socio), y en los supuestos previstos en los estatutos. Se prevé el reintegro del derecho de habitación a la Cooperativa, y el reintegro de las cantidades aportadas por el socio al sucesor en base a las reglas de la baja.

De la baja y exclusión y sus consecuencias económicas se ocupa el artículo 24, distinguiendo el reintegro de las aportaciones al capital y sus intereses y del valor de los títulos de inversión del artículo 20 y sus intereses. No se reintegran en ningún caso las cantidades abonadas en concepto de precio del derecho de habitación del artículo 19, y la forma de reembolso puede establecerse en los Estatutos.

2. Respecto del objeto, se trata de la vivienda cooperativa cuyo uso se cede al socio en régimen de derecho de habitación. En el artículo 21.1 se ofrece la posibilidad de modificación del objeto del derecho, por alteraciones del esquema familiar, y se puede optar a otra vivienda adecuada a las nuevas necesidades.

El derecho de habitación se regula como indivisible, artículo 22.3.

Y la forma de constitución, expresada en el artículo 19, es la escritura pública para la atribución del derecho, con indicación de datos de precio y condiciones de modificación y extinción del derecho; también se incorporan ciertas limitaciones con relación al precio en función de la financiación. Las condiciones del derecho de habitación requieren la suscripción de títulos de inversión por el valor total del coste de la vivienda, que se van desembolsando periódicamente a medida que vence el capital que debe la cooperativa, artículo 20.

2.2. *Un supuesto práctico de cesión de uso*

Aunque el arrendamiento tradicional es la fórmula jurídica hasta ahora más utilizada para la cesión del uso de la vivienda, se están poniendo en marcha en nuestro país nuevas posibilidades desarrolladas en otros países de nuestro entorno. Así, la más novedosa es el proyecto de aplicación del modelo ANDEL en

Cataluña: Sostre-Cívic. Se trata de un modelo de Cooperativa de cesión de uso de la vivienda utilizado en otros países como Dinamarca (71), Noruega o Suecia.

Ciñéndonos a la perspectiva jurídica, las características del modelo son las siguientes:

Se adopta la fórmula de Cooperativa de viviendas como persona jurídico-privada sin ánimo de lucro, ni interés especulativo, para la cesión de uso de las viviendas, de las que la Cooperativa conserva la titularidad, la propiedad común para sus socios. La Cooperativa debe mantener el régimen de uso, y tiene prohibido transformarlo en una propiedad tradicional. La Cooperativa se mantiene en el tiempo, su duración es indefinida, como titular de los inmuebles, y cumple las funciones de administración y conservación del mismo, basándose en la autogestión. El mantenimiento de los elementos comunes corresponde a la Cooperativa. Se mantiene la democracia y participación de los socios en la Cooperativa como principio prioritario, ya que son miembros de los órganos de decisión. Se articulan las relaciones en torno a los estatutos de la Cooperativa que recogen normas de funcionamiento, órganos, procedimientos de decisión... Se reducen costes y se pueden aplicar criterios de sostenibilidad en la construcción y conservación de los inmuebles. También se prevé un reglamento interno con normas de funcionamiento, mantenimiento...

El modelo puede limitarse a una única promoción por Cooperativa o a Cooperativas con varias fases.

La iniciativa puede ser pública, cediendo suelo incluso en régimen de superficie, o privada. De hecho los poderes públicos se benefician de esta fórmula, ya que les ayuda a reducir recursos destinados a ayudas sociales teniendo en cuenta que colectivos, que no pueden económicamente acceder a la fórmula de propiedad, acceden al sistema de cesión de uso. No obstante en ocasiones otorgan subvenciones (llegando al 80 por 100) y otras veces ayudas (10 por 100). Hablamos tanto de construcciones nuevas como de rehabilitación de edificios.

Se dice que es una fórmula híbrida entre alquiler y propiedad, dada la disponibilidad indefinida del socio sobre el uso de su vivienda, a cambio de un depósito inicial y una renta mensual que desciende progresivamente en el tiempo a medida que se amortiza el inmueble (destinado a la devolución de la deuda de la construcción o rehabilitación del inmueble y al mantenimiento y gastos comunes del edificio). La entrada o depósito puede ser elevada, con lo que la renta mensual será más baja, o al contrario. En general la proporción es 20 por 100 de entrada, 80 por 100 el resto financiado con un crédito. La

(71) La primera cooperativa se creó en Dinamarca en 1866, aunque el primer tipo ANDEL de viviendas se desarrolla en 1911. Resumen del modelo en TURMO, R., «Andel: el model escandinau d'accés a l'habitatge», en *Finestra oberta*, 39, febrero de 2004, pág. 14 y sigs. Modelo de cesión de uso de la vivienda previa entrada, con fin de evitar la especulación. En la actualidad, cifras de 2004, en Dinamarca hay 125.000 viviendas en régimen ANDEL.

renta mensual guarda relación con el tipo de vivienda, superficie... Los titulares del derecho de uso también se obligan de forma personal y solidaria mediante una deuda hipotecaria, que junto con la entrada o depósito complementa la financiación del mismo. Los gastos de la vivienda ANDEL se establecen en función de su superficie, localización... Dichos gastos son menores que los de notaría, registro... de las Cooperativas de viviendas en propiedad en nuestro país. Suele ocurrir que parte de la entrada es abonada y otra parte (60 por 100) requiere el aval de la Cooperativa durante quince años, o antes si se transmite el derecho de uso de la vivienda. Es cierto que la renta mensual por el uso hace difícil considerar el modelo como un supuesto de derecho real limitado de uso o habitación, y distinguirlo de un arrendamiento; ya que no podemos en ningún caso admitir el fraude de ley para evitar la aplicación de las normas de arrendamientos urbanos. Por ello, para aplicarlo en nuestro ordenamiento quizá sea deseable orientar el uso de la vivienda cooperativa en la dirección de los derechos reales limitados, y prescindir de las rentas mensuales.

El socio ostenta un derecho de uso indefinido a su vivienda, que además puede transmitir tanto *inter vivos* (compraventa o intercambio entre socios por cambio en las necesidades de cada uno) como *mortis causa*. El socio es titular del derecho de uso, no propietario individual de la vivienda. En caso de venta o intercambio recupera su entrada o depósito inicial. En caso de deudas del socio no cabe el embargo de la vivienda en uso, sobre la que no tiene propiedad, si bien puede reclamarse la baja en su caso y la recuperación de la entrada o depósito inicial. Solo se admite, si la Cooperativa lo acepta, que la vivienda garantice el crédito para el pago de la misma. La venta del derecho de uso requiere proporcionar al comprador una copia de los estatutos de la asociación, el último balance y el precio de la vivienda (especificando incrementos si los hay por muebles o mejoras). El comprador debe ser reconocido por la Junta directiva de la Cooperativa. También se establece un sistema de listas de espera, con prioridad de que los más antiguos accedan a una vivienda en caso de venta del derecho de uso. La perversión y el problema del sistema es la práctica, utilizada en los últimos años, de transmisión de derechos por precios encubiertos superiores a los comunicados a la Junta directiva. El intento de control de esta situación pretendía una modificación legal en el sentido de limitar la transmisión de un particular a otro excepto en tres casos: ascendientes o descendientes, hermano o hermana o cónyuge del vendedor, o bien otra familia de la cooperativa ANDEL que precisara un intercambio. El sistema de listas de espera se articula en torno a dos listas, la primera interna entre los propios miembros del ANDEL, y la segunda de terceros. En nuestro ordenamiento parece que deberían mantenerse las restricciones de niveles máximos de renta y no ser propietario de otra vivienda en el mismo municipio para ingresar en las listas de espera, y así evitar la especulación.

Con relación a las reformas de la vivienda, hay obligación de comunicarlas a la Junta Directiva, y tanto estas como los desperfectos pueden repercutirse sobre

el precio de la vivienda en caso de venta del derecho de uso. En caso de venta se prevé un periodo de reclamación de desperfectos para el comprador. Tiene catorce días desde la compra para constatar su existencia, y la responsabilidad del vendedor acaba seis meses tras la venta. Se permite la reclamación, tanto contra el vendedor como contra la Cooperativa ANDEL según el origen del desperfecto. El aumento del valor de las viviendas revierte siempre en la Cooperativa ANDEL. El modelo ANDEL permite que un miembro alquile una vivienda a un tercero durante periodos cortos que no superan el año y por motivos concretos, con obligación de comunicarlo a la Cooperativa. En nuestro ordenamiento la LAU permite la prórroga de los arrendamientos sujeta a normas imperativas. Debemos hacer hincapié en la dificultad de conjugar esta característica del modelo con el régimen jurídico del derecho de uso, que impide la transmisión del mismo. En otro caso, si lo planteamos por la vía de los derechos de crédito, también hay que destacar las dificultades de compatibilidad de este supuesto con las normas civiles de arrendamientos, aparentemente incompatibles.

También se plantean problemas de compatibilidad con la legislación cooperativa con relación a los socios, ya que nuestras normas admiten las personas jurídicas y físicas y el modelo ANDEL se estructura con relación a personas físicas, cuya cualidad de socio no puede ser compartida. Como ventaja añadida, el modelo favorece la movilidad de los sujetos, caben los intercambios y existe un sistema de listas de espera.

Con relación a la legislación cooperativa, tanto la Ley estatal (72) como las normas autonómicas aceptan como válida la cesión de uso de la vivienda a través de cualquier fórmula admitida en Derecho, aunque por razones sociológicas y de mentalidad esta fórmula no ha sido desarrollada todavía. La práctica cooperativa se ha centrado en el acceso a la propiedad de la vivienda, y no en la cesión de uso de la misma.

2.3. Hipótesis de aplicación del derecho de habitación

El derecho de habitación, anteriormente en cierto desuso, ha cobrado nueva vigencia en supuestos relacionados con discapacitados, al punto de la reforma del artículo 822 del Código Civil, así como en otros supuestos de personas mayores autónomas, en que favorece una fórmula habitacional más económica que el régimen de propiedad, pero no por ello menos interesante, especialmente por lo que se refiere a los usos de anejos con servicios acorde con sus necesidades. Nos referimos, por ejemplo, al supuesto de la Sociedad pública de vivienda de Irún (IRUNVI) que ofrece apartamentos en régimen de habitación, que se adquieren

(72) En notas a pie 57 y 58.

mediante precio, con derecho de ocupación vitalicio, para domicilio habitual o permanente, sin posibilidad de transmisión por ninguna clase de título, que se extingue por fallecimiento o renuncia del titular.

2.4. *Aplicación del derecho de uso y de habitación a nuevos supuestos*

El Derecho de uso como derecho real en cosa ajena concedido de forma personal al usuario para obtener todos los servicios o frutos que pueda aprovechar, no parece la mejor opción aplicable a la utilización de la vivienda cooperativa por el socio, teniendo en cuenta que el Derecho de habitación es más específico de inmuebles con destino vivienda. En el uso el objeto puede ser mueble o inmueble, hay derecho de uso y frutos y, a diferencia del usufructo, la percepción de frutos viene determinada por el usuario y su familia que marcan la extensión del derecho. El uso de la vivienda permitiría utilizarla para habitarla o para otra finalidad, y permite utilizar la cosa totalmente, siempre dentro de la necesidad del usuario y su familia. No parece que el uso sea la mejor opción para el supuesto cooperativo, que determina la finalidad exclusiva del alojamiento, sin permitir otros fines.

Por otra parte, el Derecho de habitación es un derecho real en inmueble ajeno, la vivienda, con la finalidad exclusiva del alojamiento, con las mismas obligaciones que el usuario, pero a diferencia de este el objeto solo es un inmueble para habitarlo, y no hay posibilidad de disfrute, solo de uso. La habitación autoriza a ocupar las piezas necesarias, y no toda la casa como el uso. El objeto es la casa y el destino el alojamiento, excluyéndose los frutos civiles (renta). Es un derecho real temporal, gratuito e intransmisible. El supuesto cooperativo tiene más encaje en este Derecho, que en el usufructo o en el uso, ya estudiados.

La hipótesis de aplicación del derecho de habitación a la cooperativa de vivienda plantea alguna cuestión que debe exponerse:

1. Con relación a la normativa aplicable, la remisión a las normas del título constitutivo en primer lugar, debe ir seguida de las normas legales específicas sobre cooperativas, dejando en tercer puesto las reglas del Código Civil específicas del derecho de uso y habitación; y por último las reglas del usufructo del Código Civil.
2. En el supuesto cooperativo la constitución del derecho de habitación sería exclusivamente onerosa, e *inter vivos*, sin que podamos incorporar otros supuestos de constitución gratuita, ni *mortis causa*, ni a través de la usucapión.
3. Tanto el derecho de habitación como el de uso son inscribibles en el Registro de la Propiedad, como declara específicamente el artículo 2.2

de la LH, lo que da un «plus» de publicidad y rigor a la cesión del uso de la vivienda cooperativa.

4. Con relación a los sujetos, la normativa cooperativa abre la puerta a personas físicas o jurídicas como socios de la cooperativa. Observamos que la normativa del derecho de habitación es más restrictiva con el concepto de habitacionista, respecto del que hay duda que pueda ser persona jurídica.
5. El uso y la habitación son derechos estrictamente personales, en los que no cabe arrendamiento ni traspaso a otro (525 CC), ni su hipoteca (108 LH). La intransmisibilidad es clara en el supuesto de cooperativas de viviendas, que restringen su cesión a la condición de socio. Pero, respecto de la prohibición de hipotecar el derecho, ¿cómo conjugamos dicha prohibición con las hipotecas que el socio requiere para el pago de su derecho sobre la vivienda, en caso de no disponer de dinero suficiente? Debe considerarse positivo y favorable el hecho de que el derecho de habitación sea también inembargable en los casos de adquisición gratuita del mismo, pero no en los supuestos onerosos. Respecto a la indivisibilidad, mientras el uso sobre la vivienda es indivisible, aunque pueden coexistir varios derechos de uso sobre la misma cosa; el derecho de habitación depende de la disponibilidad de piezas susceptibles de ocupación. Entendemos que en el supuesto cooperativo el derecho de habitación de cada socio sería indivisible.
6. La variabilidad del objeto del derecho de habitación en cuanto a la cantidad por cambios en la familia, es difícil de aplicar en el supuesto cooperativo; a la cooperativa no le resulta fácil estar pendiente de la situación particular de cada socio.
7. Contenido y derechos y obligaciones de los sujetos. El cooperativista titular del derecho de habitación utilizaría el inmueble para habitarlo, alojarse, sin otra posibilidad. Se le conceden facultades de goce, careciendo de poder de disposición, y en principio no se paga renta. Antes del ejercicio del derecho, y respecto de las obligaciones de inventario y fianza, su exigencia en el derecho de habitación puede suponer un coste extra al cooperativista. En el desarrollo del derecho le sería exigible al socio la custodia diligente, comunicando posibles lesiones de terceros. Asimismo, es importante acudir al régimen de administración y gastos propio de la Cooperativa, y evitar el recurso al artículo 527 del Código Civil. En todo caso, en el supuesto de ocupación total de la casa, el habitacionista está obligado a abonar los gastos ordinarios de conservación, de obtención de frutos naturales y las contribuciones igual que el usufructuario; y si se trata de una ocupación parcial se le exime de gastos si el propietario puede abonarlos con lo que obtenga del disfrute, pero si estos no son bastantes requiere la participación

en lo que falte del habitacionista. El sistema de administración de la Cooperativa de viviendas en régimen de habitación debería resolver lo relativo a las mejoras, el cuidado de las cosas, la prohibición de alteraciones de forma y sustancia, y la obligación de notificación al propietario de actos lesivos de terceros. En el momento de devolución y entrega del inmueble y sus accesorios hay obligación del habitacionista de resarcimiento de daños por negligencia.

8. El derecho de habitación sobre la vivienda se extinguirá generalmente por muerte —debería valorarse la continuidad con la familia del titular, en casos excepcionales, si el familiar cumple con los requisitos para ser socio—, ya que son derechos otorgados con carácter vitalicio. También se extinguiría por fin del plazo previsto o cumplimiento de condición resolutoria, reunión con la nuda propiedad (no sería aplicable), y renuncia —que sería equiparable a la baja, pérdida total de la cosa, resolución del derecho del constituyente o prescripción—. A ellas se añade, expresamente, el abuso de la cosa y de la habitación, que favorece una conducta de respeto adecuada en el cooperativista habitacionista. Entendemos que se aplicaría de forma más estricta la inhabilidad de la casa para el supuesto de la habitación.

CONCLUSIONES

En una etapa histórica en que la vivienda sigue planteando problemas importantes, y en que los modelos ya desarrollados se muestran poco eficaces para dar respuesta a todas las necesidades sociales que van surgiendo, se impone una búsqueda de opciones nuevas.

En este marco social y jurídico se presenta este artículo, pretendiendo abordar nuevas perspectivas de derechos vigentes que permitan encauzar necesidades de vivienda no resueltas.

Así, se ha partido de un análisis previo, exhaustivo, de los derechos reales de goce en cosa ajena, usufructo, uso y habitación, presentando las características de cada uno de ellos en los ámbitos subjetivo, objetivo y de contenido; para, a continuación, presentar los supuestos prácticos que utilizan un esquema similar a estos derechos, de interés renovado. El estudio parte de la base de la regulación del derecho común, añadiendo las pinceladas adecuadas de los distintos Derechos Forales: navarro, catalán, vasco y balear. También se incorpora la visión de las regulaciones de los ordenamientos de derecho comparado de tradición latina: francés, italiano y portugués.

En el estudio de cada derecho, se advierte que son derechos reales de estructura similar aunque con diferencias en cuanto al objeto. Se observan algunas novedades como las siguientes: Con relación a la constitución, ante los nuevos

supuestos de constitución legal de habitación del 822 del Código Civil; respecto de los sujetos, es importante considerar como tales a personas físicas o jurídicas, de forma singular o en régimen de cotitularidad, y en el caso de la habitación habitando por sí mismo y no por otro; con relación a la transmisibilidad, es importante advertir que es un requisito que no puede eliminarse salvo, como advierte la doctrina, en algún caso excepcional previsto en el título de constitución.

Podemos resumir como ideas clave de cada uno de ellos las siguientes. El derecho de uso, concedido como goce y disfrute de cualquier bien mueble o inmueble, limitado por la necesidad del usuario, que podría aplicarse a los bienes inmuebles con destino vivienda para habitarla. La compatibilidad de tal derecho con los supuestos de vivienda requiere excluir en la constitución del derecho, es decir a priori, otras finalidades, y advertir claramente de la intransmisibilidad de los frutos. El derecho de habitación, atribuido sobre una casa, con finalidad exclusiva de alojamiento, sin percepción de frutos, autoriza a ocupar las piezas necesarias de la vivienda, de forma temporal, y en principio gratuita. La exigencia de gratuidad se presenta como un escollo a salvar en la constitución del derecho con finalidad de vivienda, que no debería exigirse en todos los supuestos, impidiendo necesariamente el pago de una renta. Se añaden al contenido del derecho el cumplimiento de las necesarias condiciones de habitabilidad exigibles en la actualidad respecto de cualquier vivienda. El usufructo, derecho real de uso y disfrute de un mueble o inmueble ajeno, temporal y transmisible, parece de menor utilidad en los supuestos estudiados.

Una vez presentado el análisis general de los derechos, se contrasta que algunos supuestos prácticos actuales de prestación de vivienda utilizan derechos reales limitados. No en vano, en paralelo a la cesión de viviendas en régimen de propiedad, hay una tendencia de cesión de uso del inmueble, de mayor desarrollo en el derecho comparado, aunque siempre presente en la evolución histórica de nuestro ordenamiento jurídico, en que las fórmulas de cesión de uso de inmuebles han sido tanto contractuales como a través de derechos reales.

En la actualidad, se ofrecen cooperativas de interés social, integrales, aunando el aspecto residencial y servicios complementarios. En ellas la prestación de vivienda se articula sobre un derecho real de uso y disfrute, vitalicio e intransmisible *inter vivos* y *mortis causa*, empleándose el término usufructo para referirse al derecho del socio. La utilización de este sistema es ventajosa por ser compatible con los principios cooperativos, evita la especulación aneja al derecho de propiedad, favorece la estabilidad de la cooperativa y la calidad de sus servicios, concede una protección mayor al usuario, no desvirtúa el régimen de cesión de uso como ocurre en los supuestos de arrendamiento, y proporciona prestaciones más personalizadas a los socios al tener en cuenta sus necesidades. No obstante, también podrían utilizar otro esquema jurídico, ya que el supuesto responde a un uso y disfrute limitado: las necesidades del usuario, y su finalidad es exclusivamente de residencia o habitación.

En otros casos, también se promueve la cesión de uso de la vivienda cooperativa a través del derecho real del mismo nombre, excluyendo absolutamente la propiedad individual del socio. El usuario ostenta un derecho real de uso, indefinido y personal, que no puede ser compartido pero es transmisible, tanto *inter vivos* como *mortis causa*. Se trata de supuestos de iniciativa pública o privada, que utilizan cesiones de uso onerosas, con depósito inicial y rentas mensuales. En este punto, debe advertirse que la transmisibilidad no es admisible en el derecho real de uso, y la renta mensual también plantea problemas, por la dificultad de distinguirlo del arrendamiento. El régimen de cesión de vivienda a través de un derecho real de uso se beneficia de todas las ventajas citadas con relación al usufructo: más estabilidad, mayor protección, ausencia de especulación, respeto a los principios cooperativos, pero requiere modificar en parte el objeto, presentando como condición inseparable del objeto el uso exclusivo del mismo para vivienda. También se utilizan en la práctica supuestos de cesión de derecho de habitación, oneroso, vitalicio e intransmisible. La habitación proporciona ventajas de estabilidad, protección... como derecho real indefinido y vitalicio pero temporal y, además, concreta la finalidad exclusiva de alojamiento y excluye el disfrute ajeno mediante la intransmisibilidad del derecho. No obstante, la gratuidad del derecho y la variabilidad del objeto, en función de las necesidades familiares, presentan algunas aristas difíciles de admitir en el régimen de cesión de uso del inmueble cooperativo.

En conclusión, se observan supuestos, todavía escasos en número en la práctica, cuyo desarrollo puede ser interesante para el sector inmobiliario, necesitado de nuevas vías de expansión. Se ha estudiado la viabilidad de la aplicación de los Derechos Reales de usufructo, uso y habitación a estas hipótesis, con las ventajas e inconvenientes que se presentan en cada caso. Realmente, el derecho real de habitación puede considerarse aplicable al supuesto cooperativo de cesión de uso de viviendas; parece el más adecuado, aunque también podrían utilizarse el usufructo o el derecho de uso para tales fines. Las hipótesis de cesión de uso pueden desarrollarse en base a estos derechos, logrando un vínculo más estable que el arrendamiento, y por ello más atractivo, y una protección más enérgica como derecho real. Su aplicación requiere un cambio de mentalidad, pero es más acorde a las nuevas necesidades sociales, económicas y demográficas.

El relanzamiento de Derechos de trayectoria histórica y legislativa ya conocida, y su adaptación a las nuevas necesidades, es la base de un ordenamiento jurídico coherente y estable, que construye el futuro sobre sus propias raíces, y se adapta a los cambios necesarios aportando ideas originales sobre sus propios recursos.

BIBLIOGRAFÍA

- AZNAR LÓPEZ, M.: *Internamientos civiles y derechos fundamentales de los usuarios de centros sanitarios, sociales y sociosanitarios*, Comares, Granada, 2000.
- «El internamiento de las personas con discapacidad psíquica y su relación con la incapacitación a la luz de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La protección jurídica del discapacitado*, I Congreso Regional, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 231 y sigs.
- DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A.: «Derechos de uso y habitación», en *Comentarios al Código Civil*, dirs.: ALBALADEJO, DÍAZ ALABART, tomo VII, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1992, pág. 595 y sigs.
- ESPIAU ESPIAU, S., y HERRERO OLIVER, M. E.: *Comentarios de Derecho Patrimonial Catalán*, Bosch, Barcelona, 2005, pág. 361 y sigs., derechos de uso y habitación.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A.: «Del uso y la habitación», en *Comentarios al Código Civil*, dir.: RAMS ALBESA, Bosch, Barcelona, 2004, pág. 869 y sigs.
- FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I.: *Los derechos reales de uso y habitación*, Dykinson, Madrid, 1994.
- FLORES RODRÍGUEZ, J.: «El nuevo artículo 822 del Código Civil: el derecho de habitación sobre la vivienda habitual como fórmula de tutela sucesoria preventiva en beneficio del discapacitado», en *Rev. Jur. del Notariado*, 54, 2005, págs. 37 a 100.
- «Algunas consideraciones sobre la actualidad del derecho real de habitación en el tráfico jurídico inmobiliario», en *RCDI*, 693, 2003, págs. 121 a 143.
- GABINETE LEYRE, *Usufructo, uso y habitación. Tanteo y retracto*, Thomson, Aranzadi, 2009.
- GALVÁN GALLEGOS, A.: «La tutela respecto de la tercera edad», en *AC*, 3/2001, núm. 1030.
- GALLEGO DOMÍNGUEZ, I.: «Las personas mayores y la propiedad horizontal», en *Actas de las primeras jornadas sobre problemas legales sobre tutela, asistencia y protección a las personas mayores*, Córdoba, CajaSur, 2001 pág. 133 y sigs.
- GÓMEZ APARICIO, A. P.: *Análisis de los aspectos financieros de la sociedad cooperativa de viviendas en España*, 1.ª ed., Madrid, Comunidad de Madrid, Consejería de Economía, 1991.
- GÓMEZ APARICIO, A. P., y MIRANDA GARCÍA, M.: «Vivienda social y sociedades cooperativas de vivienda en Europa», en *Las empresas de participación en Europa: el reto del siglo XXI*, EEC, UCM, Madrid, 2002, pág. 201 y sigs.
- GÓMEZ GÁLLIGO, J.: «La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado», en *RCDI*, enero-febrero, 2005, núm. 687, págs. 11 a 29.
- GONZÁLEZ ARRIBAS, M. A.; QUIRALTE PAREDES, P.; GARCÍA ESPARZA, C., y FERNÁNDEZ BRAVO, I.: *El arrendamiento de viviendas de protección oficial. Doctrina jurisprudencial*, 1.ª ed., Madrid, Dykinson, 1998.
- HIPÓLITO LANCHÁ, F.: «El derecho constitucional a una vivienda digna. El antes y el después. Beneficios y limitaciones de las viviendas de protección oficial», en *Las cooperativas de viviendas en España*, Publicaciones Universidad de Ávila, 2003, pág. 47 y sigs.
- KAPLAN DE DRIMER, A.: *Cooperativas de vivienda*, Omeba, Buenos Aires, 1961.
- LAMBEEA RUEDA, A.: *Cooperativas de viviendas. Promoción, construcción y adjudicación de la vivienda al socio cooperativo*, 2.ª ed., Granada, Comares, 2007.

- LERENA CUENCA, M.^a E., y MARTÍNEZ IMIZCOZ, S.: *Usufructo, uso y habitación, tanteo y retracto*, Thomson-Aranzadi, 2007.
- LINACERO DE LA FUENTE, M.: «Protección jurídica de las personas mayores», en *Actualidad Civil*, 19/2004, págs. 2262 a 2275.
- LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J.: «Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado», en *RCDI*, enero-febrero de 2005, núm. 687, págs. 31 a 60.
- LUNA SERRANO, A.: «Previsiones negociales de protección de las personas mayores», en *Actas de las primeras jornadas sobre problemas legales sobre tutela, asistencia y protección a las personas mayores*, Córdoba, CajaSur, 2001, pág. 35 y sigs.
- MANZANO FERNÁNDEZ, M.^a M.: *El uso de los inmuebles en el Derecho Civil moderno*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999.
- MARTÍNEZ ZURITA, L. F.: *Del usufructo, uso y habitación*, Marcial Pons, Barcelona, 1962.
- MONTOLÍO, J. M.: *Legislación cooperativa en la Unión Europea*, 2.^a ed., Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000.
- MORETÓN SANZ, M.^a F.: «Protección civil de la discapacidad: patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la Propiedad Horizontal», en *RCDI*, enero-febrero de 2005, núm. 687, págs. 61 a 115.
- MUÑOZ GARCÍA, S.: «Nuevos modelos residenciales», en *Las cooperativas de viviendas en España*, Publicaciones Universidad de Ávila 2003, pág. 41 y sigs.
- PADIAL ALBÁS, A.: «La regulación del contrato de alimentos en el Código Civil», en *RDP*, septiembre-octubre de 2004, págs. 611 a 638.
- PALERMO, A.: *Usufrutto. Uso. Abitazione*, UTET, 1966.
- PEREÑA VICENTE, M.: «El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado», en *AC*, 15/2004, págs. 1758 a 1772.
- RAMS ALBESA, J.: *Uso, habitación y vivienda familiar*, Tecnos, Madrid, 1987.
- «Del uso y la habitación», en *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, tomo I, Madrid, 1993, pág. 1282 y sigs.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *Comentarios de Derecho Patrimonial catalán*, Bosch, Barcelona, 2005, artículos 1 a 19.
- ROVIRA SUEIRO, M.: «Artículos 523 a 529», dir.: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios al Código Civil*, Thomson R.-Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 661 a 665.
- SALINAS QUIJADA, F.: *Derecho Civil de Navarra*, III, vol. 1.º, Gómez, Pamplona, 1973.
- SANZ JARQUE, J. J., y SALINAS RAMOS, F. (coord.): *Las Cooperativas en Iberoamérica y España. Realidad y legislación*, Publicaciones Universidad Católica de Ávila, 2002.
- SANZ VIOLA, A. M.: «El derecho de habitación legal a favor del discapacitado», en *Actualidad Civil*, núm. 2, enero de 2009.
- SERRANO GARCÍA, I.: «Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», en *Revista Jurídica del Notariado*, octubre-diciembre de 2004, págs. 231 a 270.
- SERRANO DE NICOLÁS, A.: *Los arrendamientos de viviendas de protección oficial según la nueva legislación*, 1.^a ed., Barcelona, Cedecs, 1998.
- TILLA, M.: *Il Diritto immobiliare. Le servitù. L'usufrutto, l'uso e l'abitazione. Il diritto di superficie*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2006, págs. 1901 a 1937.
- TURMO, R.: «Andel: el model escandinau d'accés a l'habitatge», en *Finestra oberta*, 39, febrero de 2004, pág. 14 y sigs.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: *Precio y renta en las Viviendas de Protección Oficial*, 2.^a ed., Navarra, Aranzadi, 2001.

VENEZIAN, G.: *Usufructo, uso y habitación*, Madrid, 1928.

VIVIENDAS COOPERATIVAS, Revista de la Confederación de Cooperativas de Viviendas de España —CONCOVI— (bimensual), años 1998-2010.

VV.AA.: *Las cooperativas de viviendas en España. Desafíos de presente y futuro*, Publicaciones Universidad Católica de Ávila, 2003.

— *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*. CAMPOY CERVERA, I. (ed), Dykinson, Madrid, 2004.

RESUMEN

USO Y HABITACIÓN. VIVIENDA CESIÓN DE USO DE INMUEBLES

La importancia de desarrollar nuevas fórmulas de convivencia se impone en una sociedad de integración pluricultural. La necesidad de vivienda no escapa a esta realidad, y el sistema de propiedad exclusiva como única solución está agotado. Deben estudiarse nuevos regímenes de cesión de uso de los inmuebles, a partir de los derechos reales de uso, habitación o usufructo, como alternativas a los modelos ya desarrollados, ya que estos no son eficaces para dar respuesta a todas las necesidades sociales que van surgiendo.

En este marco social y jurídico se presenta este estudio, que pretende abordar nuevas perspectivas de derechos vigentes y encauzar necesidades de vivienda no resueltas, a partir de los Derechos Reales de usufructo, uso y habitación. Además, se analizan supuestos, todavía escasos en número en la práctica, cuyo desarrollo puede ser interesante para el sector inmobiliario. Las hipótesis de cesión de uso pueden desarrollarse en base a estos derechos, logrando un vínculo más estable que el arrendamiento, y por ello más atractivo. Su aplicación no solo depende del cambio de mentalidad de nuestra sociedad, sino de las nuevas necesidades sociales, económicas y demográficas que se nos imponen si queremos progresar.

ABSTRACT

USE AND HABITATION. HOUSING TRANSFER OF PROPERTY USE

A society of multicultural integration is forced to accept the importance of developing new schemes of cohabitation. The need for housing is no exception to this reality, and the system of exclusive property ownership as the sole solution has reached the end of its tether. New regimes must be studied for assigning property use to non-owners, on the basis of the real rights of use, habitation or usufruct, as alternatives to the models already developed, since existing models are no longer able to respond effectively to all social needs as those needs arise.

This study is presented within this social and legal framework. The study's aim is to explore new perspectives on current rights and to find channels for handling unsolved housing needs on the basis of the real rights of usufruct, use and habitation. In addition, the study looks at certain cases (still few in practice) whose implementation may prove interesting for the real estate sector. These hypotheses involve assignments of use, and they can be implemented on the basis of these rights, forging a stabler and therefore more attractive link than the lease. Their application depends not only on a change in our society's mindset, but also on the new social, economic and demographic needs we will find thrust upon us if we want to make any progress.

(Trabajo recibido el 15-2-2011 y aceptado para su publicación el 15-9-2011)

Contrato condicional: incertidumbre, intangibilidad y manipulación de la condición

por

SERGIO LLEBARÍA SAMPER

Catedrático de Derecho civil de la Facultad de Derecho de ESADE (URL)

SUMARIO

- I. DIVERSA CONFIGURACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS Y ELEMENTOS DEL SUCESO CONDICIONAL. FUNDAMENTO DE LA ACTIVIDAD DE LOS CONTRATANTES.
- II. INTERÉS EN EL CONTRATO, EN EL SUPUESTO DE HECHO CONDICIONAL, Y MANIPULACIÓN DE LA CONDICIÓN:
 1. TEMPESTIVIDAD DE LA MANIPULACIÓN.
 2. OPERATIVIDAD DE LA MANIPULACIÓN.
 3. AUTORÍA DE LA MANIPULACIÓN.
- III. LA DENOMINADA CONDICIÓN UNILATERAL:
 1. TEORÍAS QUE LA EXPLICAN.
 2. SU (MEJOR) TRATAMIENTO CAUSAL.
- IV. MANIPULACIÓN DE LA CONDICIÓN Y FICCIÓN DE CUMPLIMIENTO:
 1. ÁMBITO, FINALIDAD Y FUNDAMENTO DEL ARTÍCULO 1119 DEL CÓDIGO CIVIL.
 2. LA ANTIJURIDICIDAD EN QUE CONSISTE LA MANIPULACIÓN.
 3. EFECTOS DE LA FICCIÓN LEGAL.
 4. LA FLEXIBLE APLICACIÓN *VERSUS* LA IMPERATIVA AUTOMATICIDAD DEL EFECTO FICCIÓN.
 5. LA FICCIÓN DEBE APLICARSE TAMBIÉN A LA CONDICIÓN POSITIVA.
 6. LA FICCIÓN ANTE LA INDETERMINACIÓN TEMPORAL DE LA CONDICIÓN.
 7. EL CUMPLIMIENTO POR EQUIVALENTE DE LA CONDICIÓN.

I. DIVERSA CONFIGURACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS Y ELEMENTOS DEL SUCESO CONDICIONAL. FUNDAMENTO DE LA ACTIVIDAD DE LOS CONTRATANTES

La estructura intrínseca del suceso condicional puede ser simple o compuesta, al menos desde la percepción que aquí se tiene de la actuación humana relevante, pues desde la justificación física es posible que se niegue la existencia de un suceso de producción simple. Pues bien, desde aquella percepción menos física, el suceso condicional será simple cuando en su estructura solo se percibe la participación de un hecho o acto, que de esta manera coincide con el evento mismo en que la condición consiste. Hecho o acto, además, en el que bien concurre una sola voluntad, bien ninguna. Es fácil, en este último caso, imaginar aquellos hechos externos, indomables desde la voluntad humana, cuya producción (o no producción) se escoge para que funcione como condición. Se dirá que tal hipótesis nos lleva a la condición casual, afirmación que sin dejar de ser cierta, no es del todo exacta. Hay condiciones casuales absolutamente ajenas a los contratantes (tanto en los presupuestos como en los elementos), y otras relativamente ajenas a ellos (solo en los elementos). Ejemplos de las primeras serían una helada, que una compañía alcance una determinada cotización, que un club quede primero del campeonato, o una boda entre dos famosos, mientras que de las segundas sería, por ejemplo, que el contratante gane un premio en la lotería. Para que el hecho en que consisten las primeras tenga o no lugar, nada hace falta que hagan las partes contratantes, pero para que el hecho contenido en la segunda se cumpla o tenga probabilidades de hacerlo, será presupuesto que el contratante en cuestión adquiera el número o bono que le da derecho a participar en el sorteo correspondiente. Si la complejidad la referimos aquí a la pluralidad de elementos (no de presupuestos), de entre los ejemplos citados posiblemente la misma solo puede apreciarse en la boda entre famosos, pues en un mismo plano se comprende tanto la voluntad de uno como de otro de formalizar su unión (necesidad de concurrencia de ambos elementos; y sin entrar en las razones y conductas que pueden influir o marcar aquella determinada cotización de la compañía).

Aceptando esta construcción, poco puede extrañar que si la condición es compleja cuando en su posible verificación están llamados a intervenir varios elementos, donde mejor puede apreciarse su dimensión sería en las denominadas condiciones mixtas, en las que alguno de esos elementos ya no es ajeno ni extraño a la esfera de actuación de uno u otro contratante. En la propia definición de condición mixta se halla su complejidad, al combinarse en ella ese elemento no extraño con otro necesariamente extraño. La perfección de un negocio bilateral entre el contratante y un tercero es el ejemplo más claro (matrimonio, compraventa, préstamo). Se comprende, finalizando así el repaso a la tradicional clasificación, que la complejidad de la condición vuelva a diluirse cuando avanzamos hacia la condición potestativa, caracterizada por depender de un solo elemento: la voluntad no arbitraria de una de las partes.

Este recorrido por la estructura de las tres clases de condición que nos presentan los artículos 1169 a 1171 del *Code* francés, nos permite, en síntesis, apreciar cómo hay presupuestos y elementos que dependen de la voluntad o conducta de algún contratante, y otros que son totalmente ajenos a la condición de parte contractual. Y a los efectos que ahora nos van a ocupar, poco importa si se trata de presupuesto o de elemento, pues lo decisivo va a ser, de un lado, que en él intervenga la voluntad o actividad del contratante, y, del otro, el grado de influencia que ella puede tener respecto del resultado final demostrativo del cumplimiento o no cumplimiento de la condición convencionalmente incorporada. En definitiva, siempre que estamos ante un presupuesto o elemento subjetivo (no extraño al contratante), nos preguntaremos acerca de cómo puede contribuir ese contratante a que la condición se cumpla o no.

Si por un momento, y aunque sea con pretensiones pedagógicas, recuperamos los ejemplos más barajados —y no solo porque puedan ser habituales, sino porque pueden ser extrapolables—, su análisis nos entrega a matices que conviene no inadvertir. Puro azar, consentimiento contractual y decisión de tercero reglada y rogada, arrojan en su dirección causologías y consecuencias bastante diversas. Del puro azar (o cálculo probabilístico) depende que se gane un premio de lotería, aunque sin olvidar que la voluntad del sujeto de comprar la participación correspondiente para jugar es *completamente necesaria*. Comportamiento necesario lo hay también en los otros dos casos, pero no solo. En el de la lotería, tal comportamiento se agota en la simple voluntad ejecutada de pretender participar; no exige querer ni hacer nada más. Sin embargo el comportamiento necesario que se da al prestar el consentimiento dirigido a contratar, encierra una voluntad mucho más amplia: querer el intercambio del bien o servicio, en el tiempo y condiciones pactadas; y querer, por tanto, asumir el compromiso de desarrollar el programa contractual (trátese de una compra-venta o de un préstamo, y con dimensión mucho más vital si se trata de una matrimonio). Pero aquel comportamiento necesario también obliga a más cuando la condición consiste, por ejemplo, en obtener una licencia para edificar; no bastará con presentar la petición, sino que habrá que defender su viabilidad en consonancia con el interés principal demostrado.

¿Qué muestra el panorama descrito con este triple ejemplo? Pensemos en la condición suspensiva y, *mutatis mutandi*, en la resolutoria. Primero, que el interés en el contrato principal va ligado al cumplimiento de una condición que en parte depende de un comportamiento necesario del sujeto. Segundo, que ese ligamen significa que se tiene interés en el contrato solo si la condición se cumple, y que se tiene también interés en que esta se cumpla (1). Y, tercero, que el interés de la

(1) Interés en la condición e interés en el contrato pueden, sin embargo, jerarquizarse de distintos modos. Por ejemplo, es distinto comprometerse a comprar si me caso, o a comprar si obtengo un préstamo, pues el interés en la condición excede en el primer caso del con-

otra parte se focaliza solo en el contrato, por más que de forma refleja suponga proyectarse sobre el cumplimiento de una condición que, abstracción hecha del contrato, le resulta del todo irrelevante. Estas tres conclusiones, con todo, son apriorísticas. Sirven para avanzar, pero, como se verá, admiten excepciones.

Si el interés por el contrato condicionado es común, y el interés por la realización del suceso condicional es compartido, aunque sea esto último por motivos diferentes (2), no extraña que puedan ensayarse distintas alternativas con el fin de fortalecer la cronología de aquel suceso condicional hasta su pretendida realización efectiva.

Establece nuestro artículo 1119 del Código Civil que: «[s]e tendrá por cumplida la condición cuando el obligado impidiese voluntariamente su cumplimiento». Como se irá comprobando, al menos en su letra este precepto es más limitado que buena parte de sus homólogos en ordenamientos extranjeros. Quizá por ello no sorprenda que convencionalmente se refuercen las alternativas a este 1119. Una posibilidad es enfatizando la trascendencia contractual de alguno de los presupuestos o elementos que configuran el itinerario del suceso condicional, lo que puede hacerse cuando ese presupuesto o elemento consiste en la voluntad o actividad de uno de los contratantes. Con la finalidad de presionar sobre esa voluntad o actividad, esta se aísla del itinerario condicional para otorgarle valor contractual por sí misma. De esta manera puede, bien elevarse a la categoría de obligación esencial del contrato, o bien a la de un deber accesorio (de cooperación). En ambos casos su incumplimiento o defectuoso cumplimiento arrastraría a las consecuencias típicas de responsabilidad contractual, reservando incluso la resolución para la primera hipótesis. Pertenecer a cada caso juzgar la utilidad de este modelo, y saber si en verdad añade mucho más a las consecuencias que se derivarían de la aplicación del artículo 1119. Pero con carácter general sí procede detenernos en alguna que otra reflexión.

De entrada, la transformación convencional de un presupuesto o elemento de la condición en una auténtica obligación topa con un límite infranqueable, que no es otro que el que define lo que no puede ser objeto de obligación contractual. Así, por ejemplo, el matrimonio de un contratante, por más que

trato condicionado, pero es instrumental de él en el segundo. Pido el préstamo para devenir comprador, pero no me caso para tal fin.

(2) La aposición de una condición a un contrato bilateral supone la perfección de este, por lo que no puede dudarse del interés de ambas partes en dicho contrato (lo que variaría tratándose de un acto unilateral). Ello absorbe el interés también de ambas por que se cumpla la condición. Pero en el sentido y valor intrínseco de la condición los motivos por su interés pueden ya ser distintos para cada parte. Los motivos del comprador por que le concedan la licencia para edificar poco tendrán que ver con los del vendedor. Ambos desean que la licencia se otorgue, pero el vendedor seguro que estaría dispuesto a vender en las mismas condiciones aunque la licencia se denegase, aunque ni tan siquiera se solicitara por el comprador. Es esta la diferencia que trazará la frontera, en lo sucesivo, entre *el interés en el contrato* y *el interés en la condición*. Vid. *infra* § III.

figure en la descripción secuencial del suceso condicional, no podrá reforzarse convirtiéndolo en una obligación para ese contratante (arg., arts. 10, 14, 32 CE, y 42, 43, 44 y 45 CC). En general, dificultades también se encuentran para convertir en obligación al elemento potestativo de la condición, pues en la medida en que eso ocurra se estará mutando la naturaleza de la voluntad o conducta humana en que consista dicho elemento, sacrificando su incertidumbre, lo que provocará bien que no pueda ya hablarse de condición (si se trata de una condición simplemente potestativa), bien que cambie su carácter (si se trataba de una mixta) (3). Por razones obvias, tampoco lo que en esencia pertenece al azar, puede dejar de ser aleatorio para convertirlo en obligatorio.

La advertencia anterior deja en el aire la configuración que puede hacerse de lo que he denominado «presupuesto» de la condición. Por tal seguimos entendiendo aquí aquellos comportamientos de parte contratante necesarios para que luego los elementos que configuran el suceso condicional puedan desarrollarse, en un sentido o en otro. La ausencia de ese comportamiento necesario impedirá siempre que el cumplimiento de la condición sea posible, mas su presencia no bastará para que se produzca. En la condición que consiste en ganar un premio, obtener la licencia de obras o el préstamo bancario, la adquisición de la oportuna participación, la solicitud de la licencia o del préstamo constituyen presupuestos de la condición en cada caso estipulada. En estos supuestos, y dado que estamos ante comportamientos exigidos y no ante decisiones o conductas discrecionales en donde el juicio de conveniencia goza del ámbito de autonomía propia del acto en sí, no nos encontramos ante las dificultades reseñadas a la hora de pretender reformar aquellos comportamientos exigidos convirtiéndolos en auténticas obligaciones *ex contractu*.

Pero la obviedad de lo afirmado es tanta que nos hace tropezar con su necesidad y hasta con su utilidad. Si se tratan de comportamientos «necesarios» o «exigidos», ¿no serán por naturaleza vinculantes para quien tiene que desplegarlos? ¿Se puede sostener que solo son «necesarios» para que los elementos de la condición puedan jugar, sin sostener al tiempo que son también «necesarios» para el contratante? Todo apunta a que tratándose de comportamientos necesarios para la condición contractual, la parte a la que van referidos asume el deber implícito de desarrollarlos. Ese contratante queda obligado a comprar la participación para concursar al premio, a solicitar la licencia o a pedir la correspondiente financiación bancaria. ¿La fuente? ¿*Ex lege*? ¿*Ex contractu*? ¿Qué principio inspiraría dicho deber?

(3) Si la eficacia de un contrato se hace depender de la condición de que uno de sus contratantes compre un inmueble a un tercero (si vende), la condición será mixta si aquel contratante dispone de la libertad razonable para comprar o no, pero se convertirá en casual si depende solo de que el tercero quiera vender, por haber previsto como obligación contractual la decisión de entonces comprar por el contratante.

Imaginemos (hipótesis *a*) que el contrato queda sujeto a la condición suspensiva de que el contratante 2 obtenga la licencia de obras, o (hipótesis *b*) a la condición suspensiva de que el contratante 2 obtenga una sentencia desestimatoria para él en el pleito ya iniciado. La actitud del contratante 2 de no solicitar la licencia o de allanarse a las pretensiones de la otra parte procesal impide que el hecho condicional tenga la oportunidad de verificarse (o no). Estamos en la antesala de la fase en que la condición podrá o no cumplirse, antesala en la que la actitud del contratante 2 impide pasar a la fase subsiguiente. La actitud del contratante 2 aborta la incertidumbre y la causa condicional del contrato mismo. Y es evidente que si a algo viene obligado, es precisamente a lo contrario. ¿Por qué? No creo que la explicación deba asociarse al deber de diligencia que atañe a todo deudor, pues el mismo discurre más vinculado a la *actividad de prestación*. Sin embargo aquí no estamos propiamente en la actividad de prestación, sino en la de *relación*, por lo que la explicación sin gran esfuerzo merece identificarse mejor con la buena fe del artículo 1258 del Código Civil (4). Poco importa discutir esa fuente si las consecuencias no se ven por ello alteradas, pero con todo no estará de más sugerir que el origen de esa obligación quizás no deba buscarse fuera de la voluntad de los contratantes («lo expresamente pactado» del 1258), sino que pertenece a la propia declaración de voluntad contractual por la que libremente deciden aponer una condición y diseñar su contenido. La obligación del comportamiento necesario presupuesto de la condición forma parte y es consecuencia indefectible de la voluntad expresa de someter el contrato a aquel elemento accidental. No hace falta acudir a la (hetero)integración para defender que el pacto contractual abraza todas las consecuencias que presupone, de ahí que se sobreentienda que el contratante que

(4) Así, enérgicamente, LÓPEZ FERNÁNDEZ, *La condición suspensiva en los contratos*, Madrid, 2000, págs. 94 y 95. Se deduce —con las reservas oportunas— que tal criterio fue también el defendido por la SAP de Palencia, Sección única, 14 de febrero de 2000 (*ArCiv* 423), al confirmar la obligación que adquirieron los compradores de un tractor de solicitar el préstamo al ICO (cosa que no hicieron), en la medida en que la obtención de dicho préstamo funcionaba como condición suspensiva de la compraventa del tractor. CHIESI ha subrayado esa distinción entre actividad de prestación y actividad de relación, enmarcando la conducta que estamos tratando dentro de la fase *pendente conditione*, en la que cualquier comportamiento de las partes vendría presidido por el respeto a la regla de la buena (*La buona fede in pendenza della condizione*, Padova, 2006, págs. 3 a 6, 21 y 32). BELLIZZI va más lejos proponiendo que una conducta dirigida a interferir o manipular el proceso causal de la condición atentaría contra el principio *venire contra factum proprium non valet*, al proceder de un contratante que quiso y consintió aquella condición («La finzione di avveramento della condizione quale tecnica di tutela», en ALCARO, *La condizione nel contratto. Tra “atto” e “attività”*, Padova, 2008, págs. 182 y 183). La distinta proyección, según la clase de actividad, del deber de diligencia o de buena fe, puede comprobarse en la regulación del derecho de opción en el Código Civil de Cataluña, en donde por tratarse de una actividad vinculada al bien objeto del contrato (actividad, por tanto, de prestación), se impone a su propietario, en la fase de pendencia de la opción, actuar conforme a la diligencia debida (art. 568-10).

asume aquel comportamiento necesario queda obligado al mismo como una obligación contractual más. A diferencia del elemento, el presupuesto es así la única parte cierta en la estructura de la condición (al menos desde la óptica del deber jurídico). En el contrato bajo condición lo único cierto es la incertidumbre de la condición, y la voluntad de las partes de hacer depender de ella (de esa incertidumbre) la eficacia del contrato.

¿Con qué valor queda tal obligación —presupuesto de la condición— incorporada al contrato? Mayor interés parece plantear este interrogante, aunque solo sea por las diferentes soluciones que pueden asociarse al valor previamente concedido a tal obligación. Así, ¿qué sentido y alcance habrá que otorgar al incumplimiento de esa obligación presupuesto de la condición? Varias circunstancias susceptibles de configurar —para algunos— su naturaleza, pueden provocar la consideración final de que tal obligación no sea esencial en el contexto del contrato (una suerte de deber accesorio de cooperación). Esas circunstancias suelen situarse en torno a estas tres: la primera, que tal obligación pertenece a lo que es un elemento accidental del contrato, sin formar parte de las prestaciones principales del mismo; la segunda, que su construcción es adicional por venir añadida merced a la integración dispuesta en el artículo 1258 del Código Civil, lo que refuerza su carácter no esencial, pues en otro caso no superaría la exigencia del artículo 1273 (como posible obligación esencial que no vendría determinada por el contrato) (5); y la tercera, que se trata de una obligación instrumental o accesorio, pues no supone el desplazamiento de un dar, de un hacer o de un no hacer de un contratante hacia el otro. Nada de lo anterior me parece correctamente enfocado.

En lo decisivo: ya he argumentado cómo creo que la obligación de cumplir con el presupuesto de la condición no nace de ningún elemento integrador del contrato, sino de la voluntad misma de ponerle la condición. Y no es voluntad distinta, sino que pertenece a ella. Es obvio que tal obligación no perfila las prestaciones principales del contrato, como que tampoco atribuye un contenido patrimonial directo al contratante no obligado. Y es así porque dicha obligación no tiene que ver con el objeto del contrato, sino con su causa. Que el contrato haya quedado voluntariamente sometido al cumplimiento de una condición, significa que de esta se hace depender la voluntad misma de querer o no el contrato. Bajo tal entendimiento la obligación de cumplir con el presupuesto de la condición deviene imprescindible para saber si la existencia o no del contrato se ajusta a las voluntades que le dieron vida. Las propias prestaciones principales del contrato solo tendrán sentido si la condición se cumple. En conclusión, la obligación del contratante de desarrollar el comportamiento conducente al presupuesto de la condición, es una *obligación esencial*.

(5) Valor residual de un deber derivado de la buena fe basado en una lectura inapropiada de ese «sino también» del artículo 1258.

La conclusión a la que se ha llegado no aconseja invertir esfuerzos en elevar el comportamiento en que consiste el presupuesto de la condición, en un expreso deber u obligación esencial del contrato. Nada añade si consideramos —como considero— que tal carácter ya le viene dado por formar parte (nada más y nada menos que como presupuesto) del elemento condicional voluntariamente incorporado. Su reforzamiento convencional, si se pretende, solo será útil cuando vaya dirigido a concretar esa obligación sobrentendida. Estoy pensando, por ejemplo, en una concreción dirigida a imputar el deber de cumplimiento a un determinado contratante, para el caso de presupuestos/deberes neutros susceptibles de ser cumplidos por cualquiera, o en aquella otra dirigida a ponerle un plazo de cumplimiento a dicho presupuesto/deber.

II. INTERÉS EN EL CONTRATO, EN EL SUPUESTO DE HECHO CONDICIONAL, Y MANIPULACIÓN DE LA CONDICIÓN

Nuestro ordenamiento reacciona cuando el «obligado» impide voluntariamente el cumplimiento de la condición (art. 1119). De nuevo se extrae que el legislador pensó en una relación unilateral crédito-deuda, en la que, además, el cumplimiento de la deuda quedaba sujeta a condición suspensiva. En ese contexto es natural suponer que será el obligado quien tendrá interés en que la condición no se cumpla, única vía para quedar liberado de la deuda —se pensará—. Más extraño, y desde luego más intrascendente, sería el supuesto en que fuese el acreedor quien dejase de tener interés en que la condición se cumpliera. Como también insólito sería el otro caso en que fuese el deudor que ya ha pagado, el interesado en impedir una condición resolutoria por la que recuperaría lo entregado. El enfoque unilateral y parcial de nuestro Código simplifica las posibilidades a imaginar *dentro* de él. Pero, claro está, complica las que puedan imaginarse *a partir* de él.

Ese salto irremediable a lo que a partir del 1119 del Código Civil se nos presenta, exige *ab initio* ordenar unas cuantas premisas para adaptar la reacción legal a toda posible manipulación de la condición apuesta a un contrato bilateral. Saber, en suma, por dónde podemos empezar a trazar los límites entre la manipulación imputable generadora de responsabilidad, y el simple ejercicio de una libertad permitida en el entrecruzamiento de los distintos intereses contractuales. Para seguir avanzando en esta dirección, podemos empezar por adentrarnos algo más en estas tres cuestiones: *cuándo* es posible aquella supuesta manipulación, *cómo* se lleva a cabo, y por *quién*.

1. TEMPESTIVIDAD DE LA MANIPULACIÓN

La respuesta a la primera cuestión se revela demasiado obvia: la manipulación es posible durante todo el periodo de pendencia de la condición. Esta obviedad presenta dos planos de posible tratamiento problemático. El primero tiene que ver con aquellos casos de indeterminación temporal de la condición, y en el que confluirían *a priori* tanto la previsión del artículo 1118 como la del 1119. Jerarquizar una u otra o tratar de armonizarlas, será cuestión que abordaré más adelante (vid. *infra* IV.6). El segundo plano problemático nos conduce al análisis de lo que es objeto susceptible de manipulación; bien un presupuesto, bien un elemento —primero o último— del proceso que desarrolla el evento condicional, y si tales distinciones provocan consecuencias matizadamente dispares o no. De ello trataré ahora.

Según la disección efectuada, una manipulación incipiente en el recorrido natural de aquella pendencia nos llevará probablemente a influir sobre el presupuesto de la condición, mientras que si es más avanzada recaerá seguramente ya sobre alguno de sus elementos. ¿Dará lo mismo impedir el cumplimiento de la condición influyendo sobre su presupuesto que haciéndolo sobre sus elementos? La respuesta no puede ser absoluta, pues dependerá de la óptica desde la que se valore.

Desde la óptica de la intencionalidad del contratante apto para impedir que la condición se verifique, muy posiblemente dará lo mismo. Tráigase como ejemplo el supuesto del comprador que debe obtener el préstamo bancario para poder financiar su adquisición, y que a tal obtención queda suspensivamente condicionada la compraventa. Si el comprador se arrepiente del compromiso asumido, ¿no dará lo mismo que se niegue irrazonablemente a aceptar las distintas ofertas bancarias o que simplemente se limite a no solicitar ninguna de ellas?; ¿por qué hay que exigirle que su actitud impeditiva se manifieste al final si desde el comienzo ya la pretende? También desde la óptica del otro contratante la situación poco varía: que el comprador se obstine en no aceptar o en no solicitar, no constituye matiz que pueda alterar el grado de frustración del interés del vendedor (a salvo las posibles expectativas creadas).

De lo que antecede podría concluirse que *el cuándo* se manipula la condición es cuestión irrelevante. Sin embargo algo se pasa por alto, y no es otra cosa que el parámetro de certidumbre/incertidumbre de que puede disfrutar el evento condicional en cada caso. Si la manipulación es inicial (sobre el presupuesto), es muy posible que el suceso en que consiste la condición cuente con mayor incertidumbre que si la manipulación es final (sobre el elemento). ¿Habría obtenido el comprador de nuestro ejemplo un préstamo bancario razonablemente aceptable según condiciones de mercado? La respuesta puede conjeturarse más o menos si ni tan siquiera solicitó préstamo alguno, pero podrá precisarse más si se cuenta con varias ofertas rechazadas. Y desde luego este cálculo probabilístico

puede complicarse aún más: si la condición consistía, por ejemplo, en obtener una sentencia firme favorable, ¿qué cálculo puede hacerse ante la hipótesis de haber recurrido la resolución de instancia desfavorable que devino firme por no apelar?; si la condición consistía en ganar un premio en una apuesta, ¿tendrá alguna influencia la escasa probabilidad de haberlo ganado si el contratante hubiera decidido participar en ella, tal como debía? Estos ejemplos no hacen sino poner en relación el nexo de causalidad entre el no cumplimiento de la condición y la manipulación consumada por el contratante obligado a desarrollar una determinada conducta. En definitiva: manipulación, como infracción de un deber contractual, la hay en todos los casos expuestos, pero no en todos la no-manipulación garantiza el cumplimiento de la condición que se pretende impedir. Retengamos por ahora esta idea.

2. OPERATIVIDAD DE LA MANIPULACIÓN

Sobre *el cómo* puede llevarse a cabo la manipulación, se hace necesario distinguir tres hipótesis, la tercera, además, divisible a su vez. Si la condición consiste en un suceso pasado desconocido, la manipulación del contratante será toda aquella dirigida a obstruir su averiguación o conocimiento. Las posibilidades serán tantas como las que ofrezca la naturaleza del suceso a descubrir. Tratándose de un evento futuro, la manipulación puede dirigirse, como se ha visto, contra su presupuesto, bastando aquí las más de las veces la simple omisión (tratándose de una condición positiva). La manipulación más complicada de valorar es la que, en último lugar, atenta contra los elementos de la condición. A su vez estos elementos pueden participar de una doble naturaleza: casual, cuando sea por completo ajeno a la voluntad de los contratantes (dependiente del azar, de la naturaleza, de la voluntad de un tercero), o potestativo (dependiente de la voluntad no arbitraria del contratante). El elemento casual del todo extraño al comportamiento y voluntad humanos es absolutamente no manipulable —con permiso de la ciencia—. No sucede lo mismo con el elemento casual que no sea del todo extraño a ese comportamiento y voluntad, mas entonces estaremos en presencia de un daño causado por tercero o de un caso de complicidad entre este y el contratante. Retengamos también esta idea.

Si lo que se manipula es el elemento potestativo, la cuestión deviene más compleja. Para empezar se pensará quizá que si el contratante puede impedir la condición manipulando su elemento potestativo, es decir, con su voluntad o conducta, la condición parecerá a la postre depender de ella. En tal caso, ¿no estaríamos dentro del ámbito del artículo 1115? ¿Es que el artículo 1119 sirve para controlar aquellas condiciones potestativas que indebidamente escapan al 1115? ¿Puede una manipulación posterior del evento condicional retrotraernos al ámbito del 1115, declarando nula una condición que parecía válida? La tensión

debe quedar resuelta de la siguiente forma: la naturaleza de la condición debe valorarse al comienzo, es decir, según la voluntad que la incorpora al contrato; si no supera entonces el 1115, será nula la obligación que de ella dependa; pero si lo supera, será válida la obligación y la condición apuesta. Precisamente por ser la condición válida podrá luego ser susceptible de manipulación, y la reacción ante ella no podrá explicarse recurriendo a su nulidad (6).

El elemento potestativo que supera el artículo 1115 y que —entonces y solo entonces— cae en el ámbito del artículo 1119, es aquel que depende de la voluntad o conducta no arbitraria del contratante, es decir, que descansa sobre un interés merecedor de tutela por moverse en un espacio de autonomía que no reproduce la elección libre de vincularse o no (7). Claro que ese mismo espacio de autonomía es el que permite que el sujeto impida voluntariamente o manipule el cumplimiento de la condición. La arbitrariedad y la discrecionalidad no son conceptos que gocen de absoluta separación, sino que la primera se manifiesta a partir de la segunda, pues es disponiendo de discrecionalidad que puede llegarse a la arbitrariedad. La potestatividad que queda prohibida (por el 1115) es aquella en la que el cumplimiento de la condición no ofrece resistencia alguna a la arbitrariedad, lo que significa de paso que la potestatividad tolerada no puede descartar tal manifestación extrema, pues es ella inherente a la existencia de discrecionalidad que justifica dicha tolerancia. La arbitrariedad aquí no es que quede impune, solo que la respuesta del ordenamiento suele ser distinta. En el nuestro, como en la mayoría de los continentales más próximos, esta arbitrariedad que desde la tolerada discrecionalidad impide la condición, se ignora, se tiene por no hecha (vid. art. 1119 CC), lo que precisamente realza la validez y eficacia de la condición apuesta y de lo que de ella se ha hecho depender, todo lo contrario de lo que le sucede a aquella condición que no ofrece resistencia alguna a la arbitrariedad, pues la respuesta legal a esta es su nulidad y la de la obligación que de ella dependa (vid. art. 1115).

Esta frontera entre lo discrecional y lo arbitrario, entre la potestatividad permitida y la prohibida, es tan sutil que se diría que ha confundido a la doctrina, entregándola a un enfrentamiento del que se derivarían consecuencias radicalmente opuestas. Sin embargo tal enfrentamiento es más aparente que real, pues la mayoría de las opiniones vertidas se alinean en la misma dirección. Lo que sucede, y eso explica lo que tan solo es aparente, es que los distintos autores dan por sobrentendido (o lo sobrentendemos equivocadamente quienes les leemos) un concepto de potestatividad que o bien descansa solo en lo discrecional,

(6) Delimitando correctamente el ámbito de estas dos disposiciones, cfr. SSTs de 25 de marzo de 1957, de lo Social (*RJA* 1366), y 31 de octubre de 1992 (*RJA* 8359).

(7) Es prácticamente unánime la opinión de que la aplicación del artículo 1119 exige previamente haber superado el artículo 1115 (ya desde MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, VIII, Madrid, 1901, pág. 124).

o bien se extiende a lo arbitrario, derivando a partir de esa implícita posición consecuencias necesariamente diferentes (8). De ahí que parezca irreconciliable la defensa de que el artículo 1119 funciona respecto del elemento potestativo de la condición, con la otra defensa de que lo potestativo, por discrecional, no puede ser controlado ni por el artículo 1115 ni por el 1119. Y no obstante la conciliación existe: lo que de entrada abraza la arbitrariedad queda vetado por el 1115; pero lo que de entrada abraza lo discrecional queda permitido cualquiera que sea el resultado a que llegue, salvo que se tuerza hacia la arbitrariedad, donde entonces actuaría el 1119. Sobre esto me parece entender que existe más consenso que disenso (9).

(8) Pues no es lo mismo referirse a una potestatividad que se queda en el legítimo ejercicio de lo discrecional, que referirse a aquella otra en la que la arbitrariedad asoma.

(9) En la doctrina italiana RESCIGNO ya se planteó el interrogante de si el artículo 1359 (equivalente a nuestro 1119) resultaba de aplicación al elemento potestativo de una condición simplemente potestativa. Admitiendo seguir la respuesta de la doctrina germana, concluyó que solo era posible en un supuesto: cuando la actividad dependiente del deudor (elemento potestativo de la condición) era continuada, y una vez iniciada se interrumpía sin fundado motivo (voz «Condizione», en AA.VV., *Enciclopedia del Diritto*, VIII, dir. y coord. por CALASSO, Varese, 1961, págs. 796 a 798). Este mismo ejemplo, con su conclusión, fueron importados por DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, 4.ª ed., Madrid, 1993, pág. 361), y seguidos por ÁLVAREZ VIGARAY («Artículo 1119», en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, dirs.: R. BERCOVITZ/DÍEZ-PICAZO/PAZ-ARES/SALVADOR, II, Madrid, 1991, pág. 86), y MONTÉS («Artículo 1119», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirs.: ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, XV-1, Madrid, 1989, pág. 1090). Nótese que el ejemplo no hace más que recoger una manifestación de la posibilidad aquí defendida: que en el ámbito de la discrecionalidad permitida el deudor la infrinja adentrándose en lo arbitrario. Es esto último lo que importa.

Volviendo a la doctrina italiana, parecía esta mayoritariamente decantada hacia la inaplicación del artículo 1359 a la condición simplemente potestativa y a la mixta (vid. TRIMARCHI, «Finzione di avveramento e finzione di non avveramento della condizione», en *RTDPC* [1966], pág. 827; GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, Padova, 1990, pág. 224, n. 16; y VITUCCI, «Condicio est in obligatione: ex lege [sulla finzione di avveramento e la condizione potestative]», en *RDC* [1998], págs. 9 a 17). Claro que ello se hace desde la premisa de que el ámbito de discrecionalidad permitido es inherente al elemento potestativo de la condición, resulta incontrolable, por lo que no puede entonces entenderse como una discrepancia la opinión de BRUSCUGLIA, cuando defiende que el control sí es posible; precisamente cuando asome la arbitrariedad (*Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*, Milano, 1975, págs. 75 a 77). En esa línea interpretativa, y con los matices oportunos, entiendo aquí a BLASCO, *Cumplimiento del contrato y condición suspensiva (Aspectos doctrinales y jurisprudenciales)*, Valencia, 1991, págs. 82 y 83, y ARIJA, *Los efectos de las obligaciones sometidas a condición suspensiva*, Granada, 2000, págs. 154 y 176.

La SAP de Valladolid, Sección 3.ª, 12 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003/35618) aplica el artículo 1119 al elemento potestativo de una condición simplemente potestativa: autorización para la instalación de gas condicionada al acuerdo de la junta general de la comunidad previo informe que debía emitir una comisión reglada (existió el informe, seguido de una inactividad de la junta). Y la SAP de Cádiz, Sección 8.ª, 10 de marzo de 2003 (*ArCiv* 1975) también lo aplicó, en este caso, al elemento potestativo de una condición mixta (erróneamente calificada de simplemente potestativa): pago condicionado a la venta de un edificio, que pertenecía en copropiedad al deudor y a otros dos sujetos.

3. AUTORÍA DE LA MANIPULACIÓN

Paso a ocuparme de lo último: *por quién* puede ser manipulada la condición, o *por quién* ha de ser manipulada para que se active la respuesta consistente en la ficción de cumplimiento cuando este se ha impedido por aquella manipulación. Nuestro Código, siguiendo de nuevo la estela del francés, nos habla del «obligado», lo que denota una visión reducida del supuesto, no solo porque parece estar pensando únicamente en la relación unilateral, sino porque, instalados en ella, desconoce la posible manipulación que de la condición pueda hacer el «no obligado», el acreedor. No extraña pues que el resto de ordenamientos se haya mayoritariamente inclinado por emplear una expresión más neutra a la vez que más amplia: la de «interesado» (10).

Buscar qué parte contratante es la interesada en el no cumplimiento (o no) de la condición, seguramente nos conduce a averiguar qué contratante es el interesado en que —suponiendo una condición suspensiva— el contrato despliegue su completa eficacia solo si la condición se cumple. Instintivamente ello nos traslada al momento genético del contrato, al momento en que se propuso y aceptó la aposición de esa determinada condición. ¿Quién manifestó entonces su interés por defenderla? Tratándose de un contrato del que se derivan recíprocas prestaciones, todas ellas libremente consentidas, debe reconocerse que el interés último en que el contrato se desarrolle según el programa estipulado lo comparten todas las partes contratantes, tal y como sucede con cualquier otro contrato por puro que sea. Desde esta perspectiva todas ellas tienen un *interés secundario* (común) en que el contrato sea eficaz una vez la condición se cumpla. Pero con mayor detenimiento es perceptible tanto un *interés directo* como un *interés indirecto* en la condición. Este interés indirecto contempla aquella otra orilla desde la cual se quiere el cumplimiento de la condición en tanto en cuanto se quiere el contrato, por lo que, en abstracto, se sigue queriendo el contrato aun con ausencia del cumplimiento de la condición. La utilidad de esta es solo para que el contrato querido despliegue el efecto deseado. Este interés es distinto de aquel otro según el cual el contrato solo es querido si la condición se cumple, pues sin esta aquel interés se desvanece *ad casum*. Este otro sería, pues, el *interés directo*. Acudamos a los ejemplos.

Si la compraventa de una vivienda se condiciona suspensivamente a que el vendedor sea trasladado por su empresa a otra ciudad, el comprador aquí ostenta tan solo un interés indirecto en la condición contractual, pues es razo-

(10) Vid. § 162 *BGB*, artículo 156 del Código suizo de obligaciones, artículo 1359 del *Codice*, artículo 275 del Código portugués, o artículo 23 del holandés. El artículo 1114 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos publicada por el Ministerio de Justicia (enero de 2009), se refiere a «las partes». Sin embargo habla de «deudor» el artículo 1503 del Código Civil de Quebec.

nable pensar que seguirá interesado en la compra aunque el vendedor no sea a la postre trasladado. Sin embargo el interés que define la posición vendedora queda directamente vinculado a ese traslado. Si la compraventa del terreno se condiciona a que se conceda la licencia para edificar según el comprador pretende, el interés aquí del vendedor no pasa de ser indirecto, pues poco imaginable será su rechazo a esa misma venta si el comprador decide adquirir el terreno a pesar de no obtener la licencia. Y de la misma manera acontece con la venta de una casa en proyecto condicionada al matrimonio del comprador. Comprador —en el primer caso— y vendedores —en los dos restantes— ostentan en estos ejemplos, respectivamente, tan solo un interés indirecto en la condición contractual y, por ende, en el contrato así condicionado.

Ello demuestra que en esas mismas situaciones el interés directo en el contrato condicionado manifestado en la génesis del mismo, se asocia al presupuesto o elemento potestativo de la condición misma. Nótese que el interés directo que tiene el vendedor en vender solo si le trasladan de ciudad, o el comprador en comprar solo si obtiene la licencia, o solo si contrae matrimonio, goza de tal naturaleza en la medida en que para el cumplimiento de la condición participa la actividad o la voluntad de ese contratante (11). Interés directo y elemento potestativo aparecen así especialmente ligados.

De los muchos matices que esta exposición es susceptible de merecer, conviene advertir de un par. El primero nos hace caer en la cuenta de que ciertas condiciones contractuales nivelan el interés que por ellas puede imputarse, en esa fase genética del contrato, a cada uno de los contratantes. Es decir, que ambos podrían compartir ese mismo interés, bien indirecto, bien directo, por la condición contractual. Suele extenderse un interés solo indirecto y común a ambas partes en aquellos casos en que la condición rinde una utilidad meramente instrumental, que se agota en la eficacia del contrato mismo por contribuir al cumplimiento de las obligaciones derivadas de él (12). Tal sucede cuando la compraventa se condiciona a la obtención de un préstamo por el comprador. Si la condición no se cumple, el interés de cada una de las partes por el contrato no se disloca, dado precisamente aquel carácter instrumental de la condición. Sin financiación para el comprador, el contrato deja de importar porque no puede ser cumplido (y no por otra razón). El incumplimiento de la condición,

(11) En esas hipótesis suponemos: que la oferta o propuesta de traslado laboral será aceptada o rechazada por el contratante implicado en función de las condiciones del mismo y otras circunstancias; que el otorgamiento de la oportuna licencia descansa en el presupuesto de que sea diligentemente solicitada por ese contratante; y que para contraer matrimonio deberá prestar su libre y consciente consentimiento *ad hoc*.

(12) Aclaro: entiendo aquí y ahora por condición instrumental aquella que consiste en la verificación de un suceso que contribuye a la capacidad para asumir la personal ejecución del contrato, de tal manera que si la condición no se cumple el contrato deviene ineficaz, pero no por dejar de interesar su finalidad y contenido, sino por no poder cumplirlo.

la no obtención del préstamo, imposibilitará o arriesgará el cumplimiento de una de las obligaciones contractuales (el pago del precio), por lo que es más probable que vendedor y comprador despidan en tal caso su incipiente relación negocial. Pero, ¿y si a pesar de no cumplirse la condición la operación no cae en aquel riesgo (por sobrevenida solvencia del comprador, prestación de garantías, pago por tercero, etc.)? En tal caso, y puesto que no parece que la condición contractual respondiera a motivos distintos del de asegurar el pago del precio, es factible deducir que comprador y vendedor seguirán interesados en el contrato a pesar de no haberse cumplido la condición. Ante una condición de valor instrumental, el interés de los contratantes por la condición contractual se iguala y pierde intensidad (deviene indirecto).

Pero cuando la condición no es instrumental sino funcional, es posible en algún caso notar que ambas partes también comparten un interés —ahora— directo por el contrato condicionado. Esto puede suceder en aquellos supuestos en que el contenido de la condición sirve para atribuir al objeto de la prestación una cualidad o aptitud sin la cual ambas partes no pueden o no quieren contratar: por ejemplo, la descalificación legal de un bien que permite liberalizar su transacción, o el levantamiento por tercero de una prohibición de disponer, permitiendo así la enajenación que interesa tanto al propietario como al adquirente. En estos casos ambas partes comparten el mismo interés por querer la eficacia del contrato solo si la condición se cumple (interés directo que la aproxima a una especie de *conditio iuris*).

El segundo matiz advertido nos lleva a no confundir *interés en el contrato condicionado* e *interés en el supuesto de hecho condicional*. El primero (hasta el momento el examinado) integra esa voluntad contractual de querer los efectos del contrato (o dejar de quererlos) solo si la condición se cumple. Puesto que la voluntariedad en la aposición de la condición es en todo contrato necesariamente bilateral, me ha parecido oportuno distinguir aquí entre un interés directo y otro indirecto, según que la voluntad del contratante por querer los efectos del contrato pueda ser incompatible o compatible con el no cumplimiento de la condición. Sin embargo el *interés en el supuesto de hecho condicional* no admite clasificaciones apriorísticas, pues hay tantos como supuestos fácticos puedan oponerse como condición. El interés aquí se proyecta principalmente en querer el cumplimiento del evento condicional. Y respecto del anterior le separa, aunque no lo parezca, una sutil diferencia: quien tiene interés directo en el contrato condicionado quiere que los efectos del contrato se produzcan (o se resuelvan) solo si la condición se verifica, pero sin necesidad de desear esta por sí sola; sin embargo quien tiene interés en el supuesto de hecho condicional desea que este acontezca, deseo al que luego se vincula el interés por querer la eficacia del contrato. En el ejemplo antes citado del vendedor y comprador que condicionan el contrato a que el primero sea trasladado por su empresa, es posible tanto que el interés directo del vendedor por el contrato condicionado

comprenda también su interés por el supuesto de hecho condicional, como que no. Sucederá lo primero si el vendedor desea el traslado que sus superiores cavilan, y lo segundo si no le queda más remedio que resignarse a regañadientes ante la decisión efectiva de traslado. En definitiva, bien podría decirse que quien tiene un interés directo en el contrato condicionado puede, a su vez, tener interés en que el evento condicional suceda (interés positivo) (13), tener interés en que no suceda (interés negativo) (14), o serle indiferente que suceda o no (interés neutro) (15).

Toda la construcción anterior no sirve tanto para entender quién puede manipular una condición, sino quién es más esperable que lo haga, es decir, cual de los contratantes está más cerca de interferir el curso del evento condicional. Y para mejor esquematizarlo se ha partido de jerarquizar el interés depositado en un contrato *bajo* condición, y en asociar a partir de ahí el interés directo en él con el elemento potestativo de la condición y con el interés *extranegocial* que pueda tenerse sobre el cumplimiento o no del supuesto de hecho condicional. Es en esta línea donde tal suceso puede verse tentado de mayor manipulación por un sobrevenido cambio de interés del contratante.

III. LA DENOMINADA CONDICIÓN UNILATERAL

1. TEORÍAS QUE LA EXPLICAN

Retomando las conclusiones vertidas, así como la relación (por parte del sujeto de quien depende el elemento potestativo de la condición) entre interés en el supuesto de hecho condicional e interés en el contrato, estamos en situación de abordar las hipótesis que siguen. Supongamos la compraventa de un piso en Barcelona condicionada suspensivamente a la posible aceptación de una probable oferta de trabajo al comprador, residente ahora en Valencia y

(13) El interés que puede tener un contratante en casarse con su novia, matrimonio que funciona como condición suspensiva de la adquisición de una vivienda.

(14) El escaso interés que puede tener un contratante en sufrir un accidente, condición a la que se liga la eficacia de un contrato asistencial o prestación reparadora.

(15) El interés neutro parece el más difícil de identificar, pues ningún contratante permanece indiferente respecto de la eficacia del contrato que ha consentido. Se mezcla y confunde así el interés en el contrato e interés en el suceso condicional, y como el primero siempre existe, parece complicado neutralizar el segundo. En realidad para saber qué tipo de interés subyace en el cumplimiento del supuesto de hecho condicional, sería necesario despojarle de su valor de condición y de su implicación contractual. ¿Interesa entonces ese suceso al sujeto en cuestión, o le resulta indiferente? Está claro que aún así la boda con la novia es un acontecimiento futuro que le interesa, al contrario de un posible accidente. Y sin embargo el viaje de un famoso por tierras cercanas puede traerle sin cuidado; y sin embargo tal suceso aponerse como condición para encargarle un reportaje fotográfico.

que lo trasladaría a Barcelona. Supongamos también que, al perfeccionarse el contrato, el comprador está más que interesado en esa probable oferta laboral. Y supongamos las siguientes posibles evoluciones:

- a) El comprador sigue interesado en la probable oferta y sigue interesado en el contrato a ella condicionado (la compra del piso en Barcelona). No es difícil imaginar que el comprador hará lo posible para que la oferta se haga realidad, aceptarla, y desencadenar todo ello la completa eficacia del contrato suscrito.
- b) El comprador sigue interesado en la probable oferta, mas ya no en el contrato condicionado, lo que puede obedecer, por ejemplo, a que ha encontrado otro piso en Barcelona que le conviene más (por zona, superficie, acabados, precio, etc.), o porque prefiere ahora, llegado el caso, vivir en alquiler antes que en propiedad. Si le es posible, imagino que este comprador intentará aceptar la oferta cuando esta deje de integrar el supuesto de hecho condicional. Pensemos ahora que se estipuló que la oferta debía consumarse en un periodo de tiempo determinado, transcurrido el cual sin haberse producido se tendría la condición por decaída. En tal caso no será difícil sospechar la intención del comprador por retrasar y desplazar fuera de aquel periodo la oferta de venirse a Barcelona, desligándose así del contrato condicional y quedando en libertad para negociar la compra o el alquiler de aquello que ahora más parece convenirle.
- c) El comprador ya no está interesado en una probable oferta que lo trasladaría a Barcelona, pero sin embargo, y a pesar de ello, continúa por otros motivos interesado en adquirir el piso objeto del contrato condicionado (por inversión, para un hijo suyo, etc.). La voluntad del comprador aquí se divorciará: se cerrará en banda ante cualquier oferta laboral, pero intentará que ello no afecte a la adquisición del piso en Barcelona, que renegociará bajo un escenario distinto.
- d) El comprador ya no está interesado en una probable oferta que lo trasladaría a Barcelona, y tampoco en comprar el piso de esta ciudad. Es de suponer que los esfuerzos del comprador se dirigirán ahora a evitar que la oferta laboral nazca, o, si nace, a rechazarla de plano.

Manipulación del supuesto de hecho condicional, en el sentido de influir en su no cumplimiento, podría darse en los tres últimos casos. En los tres, por razones y finalidades distintas, nuestro comprador va a intentar que la condición no se cumpla tal y como se pactó, intención que quizás pase por negarse (o retrasar en el caso *b*) irrazonablemente a aceptar una oferta que era previsible que aceptaría según los términos contractuales convenidos. En los tres casos la condición no llegará a cumplirse por esa causa imputable a la sola voluntad del comprador.

De estos tres casos el segundo (letra c) presenta unas características peculiares que lo distinguen de los otros dos. En él el interés directo del comprador por el contrato condicionado sigue coincidiendo con el interés indirecto del vendedor por él, a pesar del desinterés sobrevenido del comprador por el supuesto de hecho condicional. Podrá decirse que se mantiene una línea de encuentro entre la voluntad del comprador y la del vendedor, pero ahora pura, sin la condición, pues, en nuestro ejemplo, no cuesta mucho imaginar que el interés del comprador por adquirir el piso de Barcelona a pesar de no querer ya el traslado laboral, puede corresponderse con el interés del vendedor por enajenarlo. Pero es también sensato suponer que, ante sobrevenidas circunstancias, al vendedor ya no le interese ahora vender, o vender a ese comprador.

Ha sido la doctrina italiana la que con mayor insistencia ha venido ocupándose de esta cuestión, bajo el tratamiento de lo que se conoce como la *condizione unilaterale* (condición apuesta en interés de uno de los contratantes). Mediante construcciones diversas se llega, sin embargo, a una conclusión prácticamente unánime: es posible mantener la eficacia del contrato así condicionado, aunque la condición no se cumpla, siempre que así lo quiera el contratante en cuyo interés se apuso la condición. Se acude así a la renuncia de un hecho contractual previsto en beneficio exclusivo del renunciante, a una opción implícita, a una facultad de desistimiento, o a hechos alternativos integrantes de una misma y sola condición (16).

Algún ejemplo. Si la compraventa queda condicionada a que el comprador sea trasladado laboralmente a Barcelona, ¿qué le importa al vendedor que esto no suceda cuando, aun así, sigue el comprador interesado en consumir la compra? Si la venta de una vivienda queda condicionada a que su actual propietario contraiga matrimonio, ¿no es de suponer que el comprador seguirá interesado en adquirirla aunque aquel no se case? Que más le da al arrendador alquilarle el piso al arrendatario que, a pesar de no ser aceptado en la universidad (condición de la que dependía el contrato), persiste en dar cabal cumplimiento a lo convenido. ¿Deberá el comprador obtener el préstamo para financiar la adquisición de un bien (adquisición condicionada a tal obtención) cuando ya no lo necesita por

(16) La renuncia, solo para hacer eficaz lo ineficaz y no a la inversa, es defendida por CRICENTI, con repaso a otras construcciones más clásicas («In tema di condizioni unilaterale», en *RDCom* [1997], *passim*, especialmente, págs. 232 a 234), y por BACIN («La condizione unilaterale: un test dell'autonomia contrattuale», en *RDC* [1998], págs. 347 a 350, y 352 y sigs.). Para un contrato condicionado suspensivamente, el recurso a la opción es el que más convence a COSTANZA (*Della condizione nel contratto*, en AA.VV., *Comentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, *Libro cuarto*, Bologna, 1997, págs. 28 y 29) y a SETTESOLDI («Note in tema di condizioni unilaterali», en *RassDC* [1999], págs. 412 a 417). CARBONE distingue según la renuncia tenga lugar *pendente conditione* (en donde el hecho casual y la voluntad del contratante interesado son hechos alternativos de una misma condición), o fuera de dicha fase de pendencia (en donde funciona como un derecho de opción) («I tanti volti della cd. condizioni unilaterali», en *CI* [2002], págs. 280 a 283).

haber recibido un golpe de fortuna? Enfrentarnos a estas cuestiones arroja de entrada ciertas dudas: la causalización de los motivos que representa la condición, ¿se independiza por ello del interés individual a que responde, exigiendo toda conversión posterior en contrato puro el mutuo acuerdo entre las partes?; ¿conserva el contratante en cuyo interés prioritario se apuso la condición la alternativa de renunciar o prescindir de ella?; ¿puede la otra parte negarse a que el contrato devenga eficaz al no cumplirse precisamente la condición? (17). Pensemos, por ejemplo, que el vendedor puede desear que al comprador no le trasladen finalmente a Barcelona, o que no obtenga el préstamo, para de esta forma defender el no cumplimiento de la condición y, en consecuencia, la rotunda ineficacia del contrato. Interés que en el fondo podría obedecer a que ese mismo vendedor recibió en el intervalo una oferta de compra más atractiva, o bien porque, mejor pensado, ya no desea enajenar. Es decir, lo que ahora le interesa pasa por desligarse de ese primer contrato que se condicionó. No se trata de saber si ambas partes pueden permitir la eficacia del contrato pese a no cumplirse la condición (algo de lo que no hay duda, sin perjuicio de la naturaleza y eficacia asignables a este nuevo acuerdo), sino si esa eficacia basta que pueda ser exigida por aquel contratante en cuyo interés unilateral la condición se apuso.

Una cuestión inicial aquí a resolver me parece que se dirige a averiguar si esa condición en origen unilateral pierde esta naturaleza una vez se incorpora voluntariamente al contrato, o si la conserva durante su vigencia. En otras palabras, si aceptada y consentida la condición por los contratantes, el interés —unilateral— que la mueve se causaliza cristalizando así en motivo común determinante, o si sobrevive y se mantiene en su unilateralidad ante cualquier proceso de causalización a que contribuya la condición negocial. Si se defiende lo primero, el interés originario que impulsa la condición se independiza, una vez apuesta, de esta, deviniendo intrascendente ante el funcionamiento autónomo y abstracto de la condición, desapegado ya de aquel originario interés. En tal caso, el no cumplimiento de la condición se objetiviza rechazando cualquier pretensión unilateral dirigida a sostener una eficacia contractual impedida definitivamente por aquel no cumplimiento. La alegación de un interés exclusivo de parte sería incompatible con la defensa de un interés común representativo de querer la eficacia/ineficacia del contrato dependiendo del cumplimiento/incumplimiento de la condición suspensiva. Con este entendimiento, ni siquiera al contratante bajo cuyo interés inicial se apuso la condición podría, una vez incorporada esta al contrato, perseguir la eficacia de este último renunciando o prescindiendo del evento condicional. Solo el mutuo acuerdo podría validar tal posibilidad.

Defendiendo la segunda tesis se llega a una solución antagónica. Entonces la condición, aunque en un negocio bilateral, fue y seguiría estando puesta en

(17) *Mutatis mutandi* para la condición resolutoria.

interés exclusivo de una de las partes. No se confundiría aquí la voluntad que consiente incorporar como condición un suceso de interés unilateral y ajeno (querer el contrato bajo condición), con la voluntad en la producción o no del suceso (querer el hecho objeto de condición). El contratante que acepta la incorporación de una condición cuyo hecho en que consiste interesa solo a la otra parte, no tiene ni deja de tener más o menos interés en dicho evento por haberlo incorporado al negocio. Es más, si tiene interés en que la condición se cumpla es precisamente porque constituye el presupuesto para que el contrato despliegue su eficacia. El interés, pues, lo tiene y lo mantiene en el contrato, y no en el hecho condicional. De ser así, no habría inconveniente en que la otra parte pretendiera la eficacia del contrato prescindiendo de la condición, pues de ninguna manera atentaría, antes al contrario, contra el interés del cocontratante. El interés unilateral en la producción de un evento (condicional) no desaparece ni se transforma por la incorporación como condición del mismo al contrato, sino que queda más protegido y reforzado. La causalización del motivo (18) no permite ni supone otra función precisamente que la de ensalzar la naturaleza y valor del interés/motivo subyacente en la producción del hecho condicional, y si ese interés/motivo respondía originariamente a la exclusiva y unilateral voluntad de uno de los contratantes, así quedará ordenado en el contrato a través de la condición apuesta.

2. SU (MEJOR) TRATAMIENTO CAUSAL

Si se sigue la estela causal se convendrá que en estos supuestos el motivo común determinante es de composición más diversa y heterogénea. Se compondrá, de un lado, de ese interés exclusivo de una parte contratante que vincula la eficacia del negocio al cumplimiento del evento condicional y que, por ese carácter exclusivo, define la naturaleza forzosamente neutral del interés —ahora— del otro contratante. En efecto, el interés de este es neutral por cuanto, aun aceptando que la eficacia del negocio dependa de la condición, su interés por tal eficacia se mantiene aunque la condición no se cumpliera. Solo puede reconocerse un interés *exclusivo y unilateral* en el hecho condicional por uno de los contratantes, si el interés del otro *es y permanece neutral*.

(18) La causalización del motivo que se produce mediante la condición es el fenómeno descrito por la jurisprudencia para enfatizar la relevancia del motivo. Puede dudarse sobre si ello incide o no en la causa del contrato, pero sea como fuere nadie duda de su esencialidad: de «*elemento esencial adicional del negocio*», habla LACRUZ (§ 71. Aspectos subjetivos de la causa», en *Elementos*, II-2.º, 2.ª ed., Barcelona, 1987, pág. 167), o de «*ser parte integrante del contenido preceptivo del negocio*», MONTÉS («Artículo 1113», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirs.: ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, XV-1, Madrid, 1989, pág. 1013).

Esta construcción causal del problema, en el fondo íntimamente enraizada con el consentimiento contractual del artículo 1261 del Código Civil (19), permite despejar algunas dudas y disensiones entabladas en la doctrina italiana. Así la facultad con que cuenta el contratante en cuyo interés exclusivo se apuso la condición, de pretender la eficacia del contrato aun en el caso de que esta no se cumpla (o con independencia ya de ella), es una facultad inherente a la estructura causalizada del negocio, poco importando ya que quiera atomizarse su naturaleza como opción o como un acto de renuncia. Desde esta explicación no es necesario acudir a la mala fe ni al abuso de derecho para negar al otro contratante (el no «interesado») la posibilidad de impedir la eficacia del negocio prescindiendo ya de la condición por parte de quien en su exclusivo interés se apuso. Se trata sencillamente de una conducta no amparada por la causa ni por el consentimiento contractual fundamento de ese negocio en cuestión. Se trataría, en nuestra especial composición normativa, de una conducta contraria al artículo 1256 del Código Civil.

La buena fe sí serviría, sin embargo, para delimitar el ejercicio de esa facultad de marginación o supresión del hecho condicional por parte del contratante «interesado». Así, difícilmente podría prescindir de la condición si ha contribuido a crear la expectativa razonable en la otra parte de que no prescindirá de ella. Algo que deberá valorarse atinadamente, pues no importa tanto aquí la demostración de que sigue interesado en que la condición de la que depende el negocio se cumpla (interés evidente desde el principio y que no es preciso reiterar), como la certeza de que no está interesado en la eficacia del negocio si la condición no se cumple. Esto último, que no podrá presumirse por lo primero, requerirá caso por caso analizar el comportamiento del sujeto, su interés o motivación, la naturaleza del evento condicional, su relación con el tipo contractual, y el valor de posibles alternativas aptas para satisfacer el interés o motivación de ese contratante. Por otra parte, tampoco podrá esta facultad ejercitarse extemporáneamente, cosa que sucedería si se pretendiese en momento posterior al efectivo no cumplimiento de la condición (dada la automaticidad de la eficacia negativa que el mismo desplegaría), pero no necesariamente si aquella facultad se pretendiera *pendente conditione*, salvo que, en este último caso, la probabilidad de cumplimiento de la condición viniera vinculada al respeto explícito o implícito de un determinado plazo (20).

(19) Entiendo que aquí se penetra en esa parte del causalismo contractual que se confunde y bien puede explicarse desde el dogma del consensualismo.

(20) A mí me parece que esta facultad que se le reconoce al contratante «interesado» exclusivamente en la condición, no tiene sentido ejercerla cuando se ha verificado el no cumplimiento de la misma. En tal caso se abre un escenario distinto, y la posibilidad de impulsar la eficacia del contrato antes condicionado, pasa ahora por un nuevo acuerdo entre las partes que perfeccione un nuevo contrato, y no por convertir en puro uno anterior condicionado. Aquella facultad, pues, debe ejercerse *pendente conditione*, porque es precisamente esta fase

No se olvide que estamos en todo caso contemplando una facultad que gravita sobre el contratante que ostenta un interés exclusivo en la condición, y que en atención a este resultó aceptada su aposición al negocio. Poco importa que a esta facultad se la configure como una opción, una renuncia, u otro acto de similar naturaleza. Siendo una facultad, será necesario insistir en el límite que la buena fe impone a su ejercicio. ¿Merecería el ejercicio de esta facultad igual tutela si se desarrolla, llegado el caso, respondiendo a un sobrevenido interés que nada tiene que ver con aquel interés que justificó el reconocimiento de dicha facultad?

Como colofón a lo analizado bien podría admitirse que a aquel que ignore la tradición jurídica en esta materia, le sorprendería la excesiva atención que no pocos textos legales dispensan a la condición potestativa (trazando esa frontera entre lo permitido y lo prohibido), cuando resulta una problemática abordable desde la teoría del consentimiento contractual, y sin embargo se pase por alto toda referencia a la condición unilateral, cuyo tratamiento resulta más delicado articular. No parecería muy fuera de lugar, si se patrocina la solución aquí defendida, que una disposición como nuestro artículo 1114 del Código Civil contuviera un inciso final que permitiera entender que los efectos de las obligaciones condicionales «dependerán del acontecimiento que constituya la condición [...], o, tratándose de una condición unilateral, de la voluntad del contratante en cuyo interés exclusivo se apuso la condición, manifestada tempestivamente».

Pero conviene no cerrar todavía el tratamiento a esta condición unilateral. Hay, al menos, dos aspectos que no pueden descuidarse. El primero incide en lo esencial, es decir, en el concepto o constatación de la unilateralidad de la condición. He afirmado que la misma pasa por admitir que la aposición de la condición obedece a la satisfacción de un interés exclusivo y unilateral del contratante, mientras que el interés del otro, en cuanto a la condición —que no en cuanto al contrato—, es y permanece neutral. Ello obliga a defender que la unilateralidad de la condición solo puede reconocerse cuando ese interés exclusivo aparece en la aposición de la condición y no desaparece en la fase de su verificación (21). Poca duda cabe que para constatar tal realidad lo más aconsejable será una previsión expresa y en tal sentido en el contrato,

la que le da sentido y vida, sin necesidad de alargarla para forzar lo que luego resulta explicable desde una perspectiva distinta. Sin embargo BACIN ha defendido la posibilidad de que la «renuncia» a la condición quepa una vez no cumplida esta, aunque siempre dentro de un tiempo razonable, lo que le lleva a destronar la automaticidad típica de la condición y a mantener la situación de incertidumbre hasta que la «renuncia», o su ausencia, tenga lugar (RDC [1998], págs. 345, y 353 a 355).

(21) V. BALDINI, «La condizione unilaterale: implicazioni e problema», en ALCARO, *La condizione nel contratto*, págs. 120 a 122.

pues en otro caso obligaría a una complicada tarea de averiguación de la intención común (22).

El segundo aspecto nos remite a la eficacia de la renuncia de la condición unilateral frente a terceros. A diferencia del cumplimiento de la condición, la renuncia a ella no debe gozar de efectos retroactivos (el art. 1120 merece en esto una interpretación restrictiva). Bajo tal premisa, la renuncia de la condición y la consecuente eficacia del contrato (transformado en puro) no serán oponibles a terceros de buena fe.

IV. MANIPULACIÓN DE LA CONDICIÓN Y FICCIÓN DE CUMPLIMIENTO

1. ÁMBITO, FINALIDAD Y FUNDAMENTO DEL ARTÍCULO 1119 DEL CÓDIGO CIVIL

La explicación anterior se ha orientado a tratar de legitimar la voluntad del contratante dirigida a querer la eficacia del contrato prescindiendo del cumplimiento o no de la condición, cuando se trata del contratante depositario del interés exclusivo directo en el supuesto de hecho tomado como condición. Desde luego la hipótesis inversa no merece sino una respuesta absolutamente contraria; me refiero ahora a la pretensión del contratante dirigida a no querer la eficacia del contrato a pesar de haberse verificado el cumplimiento de la condición suspensiva (de nuevo *mutatis mutandi* para la resolutoria). Concedor de esta tajante e irremediable respuesta, pero ignorante acaso de lo que previene el artículo 1119 del Código Civil, la astucia del contratante en tal supuesto tratará de impedir el cumplimiento de la condición, para de esta forma enervar sin tantas suspicacias la eficacia de un contrato ya no deseada. Impidiendo voluntariamente dicho cumplimiento, el mencionado artículo 1119 declarará tener por cumplida la condición.

Esta manipulación de la condición no puede confundirse con la condición que consiste en la exclusiva voluntad del contratante. Ha quedado claro que el artículo 1119 no constituye un segundo filtro distinto porque estamos ante «condiciones» también distintas. El artículo 1119 presupone una condición lícita, por lo que el comportamiento manipulador del contratante es del todo ajeno a ella, no forma parte de ninguna de sus posibles alternativas. Todo lo contrario sucede con la «condición» puramente potestativa, en la que una solución conforme a la sola voluntad del contratante es, precisamente, una de las posibles alternativas. La manipulación que reprime el artículo 1119 es extraña al desarrollo del suceso condicional, interfiere en su curso legítimo (en el sentido de hipótesis

(22) Sobre el particular, más extensamente, BALDINI, en *La condizione*, págs. 120 a 148.

esperables), mientras que si se trata de la «condición» prohibida por el 1115, aquella eventual manipulación no sería tal por integrar y ser consustancial a lo puramente potestativo. No es preciso insistir más en ello (23).

Tampoco hay que esforzarse mucho para presentar los problemas y objeciones que la letra de este artículo 1119 despierta. El tratamiento doctrinal y jurisprudencial dispensado a la norma ha ido descubriendo todos ellos de manera sistemática y cristalina, por más que en las soluciones luego aportadas no reine la unanimidad. De hecho este panorama lo compartimos con otros ordenamientos, pues las dudas y hasta críticas que encierra aquella norma parecen tributarias de la recepción de un innegable influjo francés (24). No extraña, pues, que el mayor número —en esto— de textos de inspiración germana aliente posiciones que traten de superar la literalidad de nuestro 1119 del Código Civil. A saber si caben se han dirigido no pocos esfuerzos (25).

No cuesta mucho superar la referencia al «obligado» que recoge el artículo 1119, comprensible dada la inclusión del régimen de la condición en las «diversas especies de obligaciones». Llevado al terreno contractual, la referencia debe adaptarse al contratante interesado en el no cumplimiento de la condición (26). Sentado pacíficamente lo anterior, lo prioritario quizás sea indagar la finalidad del precepto para, a renglón seguido, explorar su fundamento. Respecto de la primera, la posible desproporción entre la conducta del sujeto

(23) Solo en nuestra incipiente doctrina al Código Civil pueden encontrarse asomos de cierta confusión, como aquella que llevó a SÁNCHEZ ROMÁN a declarar que el artículo 1119 es corolario del 1115, bajo el fundamento de la ausencia de vínculo obligatorio (*Estudios de Derecho Civil y el Código Civil e historia general de la legislación española*, IV, *Derecho de obligaciones. Derecho de la contratación*, 2.^a ed., Madrid, 1899, pág. 132).

(24) Cfr. artículo 1178 del *Code* francés, artículo 679 del Código portugués de 1866, y artículo 1503 del *Code* de Quebec. Se ha escrito que nuestro Código, en esto, bebió del argentino de 1869, y si bien es cierto que la redacción de nuestro artículo 1119 a la que más se asemeja es a la de este (cfr. art. 538), no puede menospreciarse que sus precedentes señalan directamente a aquel artículo 1178 francés.

(25) Cfr. § 162 *BGB*. Si bien existen diferencias entre ellos, en esta línea de inspiración —aun parcial— pueden ubicarse los artículos 156 del Código de obligaciones suizo, 1359 del *Codice* italiano, 275 del Código Civil portugués, 23 del holandés, 52 del Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía (vid. AA.VV., *Código Europeo de Contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos [Pavía]. Comentarios en homenaje al Profesor don José Luis de los Mozos y de los Mozos*, VATTIER/DE LA CUESTA/CABALLERO [dirs.], Madrid, 2003, pág. 61), y 16:102 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos de la Comisión Lando. La línea de conexión de todos estos textos lo es, sobre todo, en cuanto a la fundamentación del criterio de imputabilidad sobre el que descansa la ficción de cumplimiento de la condición, que se conecta a una conducta contraria a la buena fe. En esa línea se inscribe el artículo 1114 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos.

(26) Adaptación que ya tienen presente esos otros textos citados al amparo de la inspiración germana (nota anterior). Eso sí, debe ser contratante, pues caso de que no lo fuera la tutela debería en principio encauzarse por la vía *aquiliana* del artículo 1902 del Código Civil (así MONTÉS, en *Comentarios*, XV-1, pág. 1092).

y el efecto normativo (fingir todo lo contrario de lo obtenido ilícitamente), llevó a la jurisprudencia italiana más temprana al *Codice* de 1942 a reconocer el carácter sancionador de su artículo 1359 (27). Pero la insistencia en este pretendido carácter sancionador parece haberse diluido con el paso del tiempo, hasta el punto de orillarse su debate. Sin embargo, y entre nosotros, la defensa sancionadora de la norma no aparenta estar del todo aplacada, pues suele leerse tal calificativo en los tratamientos que este artículo 1119 va mereciendo en nuestra bibliografía, incluso reciente (28). Mas la adecuada comprensión de esta lectura requiere alguna aclaración. Sin mucho esfuerzo ya se ha superado todo intento por asociar esta pretensión sancionadora a la naturaleza —que no tiene— penal del precepto (29). La sanción es civil, lo que no significa otra cosa que aplicar un remedio privado (circunscrito a la eficacia contractual del acto) como reacción a una conducta antijurídica de una parte contratante (30).

Tampoco reina discordia en lo que respecta al fundamento de este artículo 1119. Las razones de la antijuridicidad de la conducta del contratante interesado en el no cumplimiento de la condición que impide su cumplimiento, se asocian al deber que asume de respetar el curso natural del evento condicional y de no adular el riesgo de incertidumbre que voluntariamente ambas partes decidieron imprimir a su interés contractual. Ello se explica desde la exigencia de observar un comportamiento leal y honesto con el desarrollo del itinerario condicional, lo que se justifica desde la buena fe (31). El artículo 1258 del Có-

(27) V. MESSINEO, *Il contratto in genere*, en CICU/MESSINEO, *Trattato di Diritto Civile*, Libro IV, Tomo secondo, Torino, 1967, pág. 185.

(28) V. SCAEVOLA, *Código Civil. Comentado y concordado extensamente con arreglo a la edición oficial*, XX, 2.^a ed., Madrid, 1958, págs. 647 y 648; LUNA, «§ 75. La condición», en AA.VV., *Elementos de Derecho Civil*, II-2.º, 2.^a ed., Barcelona, 1987, reimp. 1990, pág. 210; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, pág. 360; ARIJA, *Los efectos de las obligaciones sometidas a condición suspensiva*, Granada, 2000, pág. 152; y GIL, «Capítulo VII. Circunstancias de la relación obligatoria», en PUIG FERRIOL/GETE-ALONSO/GIL/HUALDE, *Manual de Derecho Civil*, II, *Derecho de obligaciones. Responsabilidad civil. Teoría general del contrato*, 3.^a ed., Madrid, 2000, pág. 176.

(29) De los autores citados en la nota anterior, tal asociación solo puede leerse en SCAEVOLA, *ibídem*. Naturaleza penal no porque estemos en presencia de una norma penal, sino porque su finalidad no es otra que la de castigar al infractor.

(30) Con claridad LUNA, en *Elementos*, II-2.º, pág. 210, n. 15; Díez-PICAZO, *ibídem*.

(31) A la buena fe aluden PÉREZ/ALGUER, en ENNECCERUS/KIPP/WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*, I-II, Barcelona, 1935, pág. 334; ALBALADEJO, *Derecho Civil*, I-2.º, 8.^a ed., Barcelona, 1983, pág. 318; MONTÉS, en *Comentarios*, XV-1, págs. 1084 a 1086; GARCÍA PÉREZ, «Comentario a la sentencia de 11 de abril de 1996», en *CCJC*, 42 (1996), pág. 1003; ARIJA, *Los efectos*, págs. 150, 178 y 184; y LÓPEZ FERNÁNDEZ, *La condición*, pág. 95. E. VALPUESTA, *La prohibición de la arbitrariedad en el ámbito contractual privado*, Pamplona, 1989, pág. 285, y LASARTE, *Principios de Derecho Civil*, III, *Contratos*, 7.^a ed., Madrid, 2003, pág. 101, vinculan el artículo 1119 al fundamento que encierra el artículo 1256, lo que, como ya demostraron PÉREZ/ALGUER, no supone otra cosa que retornar al principio de la buena fe (*ibídem*).

digo Civil es suficiente para ello, haciendo innecesaria una específica declaración de exigencia de buena fe en la conducta de las partes *pendente conditione*, algo nada inusual, sin embargo, en los Códigos europeos del siglo XX (32). Y en la medida en que la buena se imponga como límite general a la libertad civil, a idéntica conclusión llegaríamos (33).

2. LA ANTIJURIDICIDAD EN QUE CONSISTE LA MANIPULACIÓN

A partir de aquí son un par de cuestiones las que más llaman la atención a todo intérprete que se enfrente a nuestro artículo 1119 del Código Civil. La primera se refiere a la clase o manifestación de conducta que sanciona el precepto, y, la segunda, al contenido de la sanción misma, esto es, al alcance y valor de esa ficción de cumplimiento de la condición manipulada. Quizás convenga precisar algo previo empezando por esto último. Que el tener por cumplida la condición *ex* artículo 1119 consista, como unánimemente se acepta, en una ficción, significa disociar la dimensión real de la jurídica, pues mientras en la primera ninguna condición se habrá verificado, en la segunda procederá actuar como si se hubiera dado (34). La sanción contemplada es simple: ratificar aquello que se quiso ilícitamente impedir, «dotar de efectividad a la estipulación» condicionada (STS de 6 de marzo de 1989 [RJA 1998]). La duda de si se trata de una sanción proporcionada y razonable flota en el aire, pero, para proseguir, más vale ocuparnos ahora de la primera cuestión apuntada; aquella que se refiere al comportamiento necesario para desencadenar la ficción prevista en la ley.

El artículo 1119 exige que el obligado impida «voluntariamente» el cumplimiento de la condición. En el empleo de esta expresión nuestro Código se

(32) El Código de obligaciones suizo (arts. 152.1 y 156), el italiano (art. 1358), y el portugués (arts. 272 y 275) imponen expresamente ese deber de buena fe *pendente conditione*. La misma línea inspira el Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos de la Academia de Pavía (art. 51). Sin embargo, de todos estos textos únicamente el suizo obvia cualquier referencia más a la buena fe aplicable con carácter general a las relaciones contractuales. El resto, además, la acogen como elemento de integración contractual (vid. art. 1375 del italiano, art. 239 del portugués, y art. 32.1.b del de Pavía), algo —esto último— a lo que el nuestro se limita (en la línea del *Code* francés).

(33) No aparece directamente la buena fe recogida como límite de la autonomía privada en los códigos suizo, italiano, portugués, ni en el Anteproyecto de Pavía. Lo hace, sin embargo, en los Principios de Derecho Contractual Europeo de la Comisión Lando (art. 1102.1), en el que, por cierto, sus referencias se multiplican: también aparece la buena fe como elemento de integración contractual (art. 1106.1), y como obligación imperativa y general de las partes contratantes (art. 1201). En esa dirección se inscribe el artículo 111-7 del *Codi Civil* de Cataluña (propagación a toda relación jurídica privada de la exigencia de buena fe).

(34) La STS de 6 de marzo de 1989 (RJA 1998) explica convincentemente que no se tiene por pagada una deuda, aunque conforme al artículo 1119 se tenga por cumplida la condición que en ello consistía.

desmarca de cualquier precedente típico (35) para fraternizar con el texto del Código Civil argentino de 1869 (art. 538). El término «voluntariamente» por sí solo poco dice; y poco dice también en el contexto de la frase. Su incorporación podría dirigirse bien a reforzar el grado de libertad inherente a la conducta del sujeto, bien a reforzar la exigencia de un nexo de causalidad entre esta y el no cumplimiento de la condición (36). Si es lo primero, además, ese pretendido refuerzo admitiría tonalidades, según se acepten unos u otros criterios de interpretación de la norma. El engarce con el precedente argentino, tributario a su vez de la tradición histórica más europea (37), parece permitir que el sentido de nuestro artículo 1119 no rompa con esta, aunque ello suponga dejar de alinearse con la tendencia mayoritaria que los distintos sistemas europeos adoptaron tras la codificación. Sin embargo esta, como no tardaremos en comprobar, tampoco quedaría exenta de toda discrepancia.

Escarbar en los precedentes para encontrar una explicación histórica a la expresión «voluntariamente» de este artículo 1119, no es tarea que proporcione completa satisfacción. Y no lo es porque no me parece concluyente que esa conexión con el Código argentino supusiera reverenciar los más estrictos principios del derecho romano, en un contexto —finales del XIX— en el que la propia doctrina de POTHIER (38) empezaba aquí a desdibujarse. Los apoyos que suelen citarse al artículo 538 argentino no hacen sino demostrar la existencia ya de un giro en el estado de la doctrina: de la inicial y rigurosa exigencia de dolo para la aplicación de la ficción normativa, se va dando entrada a la culpa (39).

(35) Así del *Code* de 1804, del Código italiano de 1865, del portugués de 1866, o de nuestro Proyecto de 1851 (los tres últimos de directa inspiración francesa).

(36) En esta última dirección se sitúa la explicación de GIL, cuando descarta «cualquier comportamiento del deudor que, indirectamente, merme la probabilidad del suceso» (en AA.VV., *Manual*, II, 3.^a ed., pág. 176). No son pocos los textos legales que, dando por supuesta esa exigencia de causalidad, nada disponen sobre el criterio de imputación: desde el *Code* (vid. art. 1178), hasta el Anteproyecto de Pavía (vid. art. 52), pasando por los Códigos italiano (vid. art. 1359), quebequés (vid. art. 1503), y holandés (vid. art. 23).

(37) Lo que se comprueba a través de las notas facilitadas por SEGOVIA, que le autorizan a apoyar el artículo 538 argentino en el 1178 francés, así como en la doctrina europea imperante (*El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, I, Buenos Aires, 1933, pág. 140).

(38) Portadora, en esto, de esta justificación histórica del artículo 1178 francés.

(39) Entre los autores que se citan (vid. SEGOVIA, *El Código Civil*, pág. 140), SAVIGNY precisa que el dolo y la intención fraudulenta son aquí decisivos (*Sistema del Derecho Romano Actual*, trad.: MESÍA/POLEY, pról.: DURÁN Y BAS, II, Madrid, 1879, pág. 241). POTHIER, en efecto, recordaría la esencialidad de ese deseo del deudor por impedir el cumplimiento de la condición (*Oeuvres, Traité des obligations*, I, París, 1825, pág. 219). COLMET DE SANTERRE se refiere al «fraude», aunque el ejemplo que ofrece es claramente doloso (en DEMANTE/COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code Napoléon*, V, París, 1865, pág. 157). Opinión opuesta es la que se lee ya en LAURENT. Para este autor el *Code* se limita a exigir el nexo causal, pero sin requerir ni tan solo la culpa, extremo este que le parece en exceso riguroso, por lo que termina defendiendo la aplicación de los criterios generales de responsabilidad (*Principes de*

¿Pretendió el legislador español ser respetuoso con la exigencia histórica del dolo, o apostar ya por una solución que parecía inclinarse a recoger también la culpa? La inclusión del adjetivo con función adverbial «voluntariamente», puesta a añadir algo que en el texto francés no aparecía, no debió proponerse valer en lo relativo al nexo de causalidad. Eso queda claro, como no podía ser de otra manera, incluso en la más parca redacción del texto del país vecino. Entonces, si lo pretendido fue terciar en lo del criterio de imputación, su utilidad es algo frustrante, pues no logra aclarar de forma inequívoca la solución que se preconiza. Si acercamos el término «voluntariamente» a «conscientemente», y damos por supuesto que la consciencia comprende la valoración de las consecuencias de un determinado comportamiento, es posible que la exigencia de dolo merezca ser atendida. Pero presuponiendo también la culpa un comportamiento voluntario, no es disparatado entender que la inclusión de aquel adverbio se hiciera con el propósito de excluir el caso fortuito y la fuerza mayor (40).

Sigamos la evolución comparada. Ella nos muestra cómo la indefinición propia de los Códigos del XIX avanza, en su aplicación, hacia una «normalización» del criterio de imputación exigible. «Normalización» en el sentido de acercar la conducta del «obligado» a las reglas propias de la responsabilidad contractual (y civil en general). Así, la negligencia del «obligado» se extiende como criterio suficiente en el desencadenamiento de la consecuencia normativa (la ficción), tanto al amparo del Código francés, como del italiano y portugués (41), y sin

Droit Civil français, XVII, París-Bruxelles, 1875, pág. 90). Y LAROMBIÈRE ya insiste en que la culpa o negligencia bastan para activar la consecuencia del precepto (*Théorie et pratique des obligations*, II, París, 1885, págs. 429 y 432). Entre otros no contenidos en aquella cita, MARCADÉ no abandona la línea defendida por POTHIER (*Explication théorique et pratique du Code Napoléon contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après de commentaire de chaque titre*, IV, 5.^a ed., París, 1852, pág. 440), DEMOLOMBE se refiere a la violación de la intención común, insistiendo más bien en la actuación que excluye la sanción de la norma: actuar en el ejercicio de un derecho (*Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, II, 2.^a ed., París, 1871, pág. 340), mientras que MOURLON alude escuetamente a la «faute» del deudor (*Répétitions écrites sur le Code Civil contenant l'exposé des principes généraux leurs motifs et la solution des questions théoriques*, II, 12.^a ed., París, 1885, pág. 671).

(40) El artículo 1036 del Proyecto de 1851 parecía más claro en su redacción, pues se refería a la *culpa de la parte obligada*. Sin embargo, sin dedicar especial comentario a este aspecto, no se aprecia en la explicación de GARCÍA GOYENA suficiente claridad: en el ejemplo que muestra del albañil, acaba mencionando como criterio de imputación tanto la «falta» como la «malicia», comprensión amplia que corrobora cuando a continuación excluye de la consecuencia de la norma el no cumplimiento de la condición *por un medio indirecto y ejerciendo un derecho legítimo* (lo primero podría afectar a la causalidad, y lo segundo a la antijuridicidad-culpabilidad). Pero el comentarista despidió todo lo anterior con una cita del Digesto sancionadora del dolo (*Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, III, Madrid, 1852, reimp. Barcelona, 1973, págs. 73 y 74).

(41) Para PLANIOL/RIPERT basta el hecho del deudor, incluso exento de fraude (*Traité pratique de Droit Civil Français*, VII, *Obligations*, II, con el concurso de ESMEIN/RADOUANT/GABOLDE, París, 1931, pág. 342). La culpa y la negligencia también serán suficientes para MAR-

que parezca que tampoco escape de esta evolución la aplicación del propio Código argentino (42). El camino que va a adoptar la mayoría de los códigos europeos del siglo XX, contrariamente a lo que pudiera suponerse, no calmará las dudas existentes. Y es que la propagación y énfasis del principio de la buena fe provocará que, en una de sus manifestaciones, penetre y presida con mayor protagonismo las relaciones contractuales; en su consecuencia, lo que vendrá a exigirse como conducta sancionada por la norma es un comportamiento contrario a la buena fe (43). Pero su adecuada construcción, que se pretende desde otra dimensión o plano, deja sin sencilla correlación la dualidad buena y mala fe con los criterios clásicos de responsabilidad contractual (culpa y dolo) (44). La conducta contractual conforme a la buena fe ya no se sustenta tanto (o tan solo) en los parámetros de diligencia exigible a un contratante, como en el grado de esperanza que el otro contratante puede alimentar en cuanto a la conducta ajena. En esta acepción «moderna» de la buena fe, no hay una equivalencia exacta entre esta y los criterios clásicos de imputabilidad, sin que ello suponga negar ahora

TY/RAYNAUD/JESTAZ, *Droit Civil. Les Obligations*, 2, *Le regime*, 2.^a ed., París, 1989, págs. 73 y 74. En Italia, PACCHIONI seguirá aferrado a la exigencia de dolo o culpa *lata* (*Diritto Civile italiano*, parte seconda, *Diritto delle obbligazioni*, II, *Dei contratti in generale*, 3.^a ed., Milano, 1939, pág. 176); pero FADDA/BENSA defendieron aquí la simple culpa, pues con ella se asiste a un comportamiento contrario al programa contractual (en Windscheid, *Diritto delle Pandette*, 1-I, trad. Fadda/Bensa, Torino, 1902, págs. 960 y 961); línea defendida también por STOLFI, «Culpa pro impleta condicione est», en *RDC* (1926), págs. 68 a 74; y BETTI destaca que no estamos ante norma general contra una conducta dolosa, y que la jurisprudencia italiana anterior al *Codice* de 1942 ya venía conformándose con la concurrencia de culpa (*Teoria generale del negozio giuridico*, reimp. 2.^a ed., int. G. B. FERRI, a cargo de CRIFÒ, Napoli, 1994 —sobre el texto originario de 1943—, pág. 528). Y en Portugal, DA CUNHA admite caber tanto el dolo como la culpa (*Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, IV, Coimbra, 1931, pág. 401).

(42) Tras admitir ser cuestión *delicada* la de descifrar el significado del voluntariamente del artículo 538, SALVAT opta por distanciarse de SAVIGNY y patrocinar una interpretación más acorde con Las Partidas y con una utilidad intrasistémática, lo que le lleva a defender un valor meramente causal de aquel «voluntariamente» y a admitir la operatividad tanto del dolo como de la culpa (*Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones en General*, I, 6.^a ed. por Galli, Buenos Aires, 1952, págs. 565 y 566).

(43) De manera expresa, § 162 *BGB*, artículo 156 del Código de obligaciones suizo, y artículo 275 del Código portugués de 1966. De manera indirecta puede incluirse al Código italiano de 1942, pues si bien no menciona criterio alguno de imputabilidad en su artículo 1359, bien puede deducirse del 1358 cuando exige un comportamiento conforme a la buena fe *pendente conditione*. Expresa y últimamente también, vid. artículo III-I: 106(4) del *Draft Common Frame of Reference* (DCFR).

(44) Un planteamiento al respecto, centrado en lo que ahora nos ocupa, puede verse en FLUME, contrario a ese parecer doctrinal que asocia aquí la buena fe con un comportamiento leal y partidario, por tanto, de no desconsiderar los criterios culpabilísticos tradicionales (*El negocio jurídico*, II, *Parte general del Derecho Civil*, 4.^a ed., trad. J. M.^a MIGUEL GONZÁLEZ/GÓMEZ CALLE, Madrid, 1998, págs. 835 a 838 y 841 y 842). Entre otros, esta crítica va por LARENZ, que entendió que actuar contra la buena fe es algo distinto que no encaja en el tradicional planteamiento culpa/dolo (*Derecho Civil. Parte General*, trad. y notas de IZQUIERDO/MACÍAS-PICAVEA, Jaén, 1978, pág. 685).

toda posible traslación del significado de las conductas contractuales, que no de su concepto jurídico, a los patrones de valoración derivados de aquella buena fe. Es decir, que son distintos los elementos que revelarán si un acto es o no conforme a esa buena fe, sin negar por ello que el tradicional acto doloso —pero no solo— seguirá siendo de mala fe. Nuestro actual artículo 1107 del Código Civil, por ejemplo, no estaría pensando en aquella acepción «moderna», y su significado solo es válido dentro del sistema clásico (el codificado) de imputación, esto es, sin extenderse más allá de la exégesis del propio precepto (45).

Tras lo expuesto, la conclusión que puede extraerse obliga a seguir avanzando. El contexto y precedentes más próximos a la elaboración de nuestro artículo 1119 no permiten, sin lugar a dudas, identificar el término «voluntariamente» a un comportamiento exclusivamente doloso, como tampoco permiten lo contrario, y la inclusión aquí del parámetro de la buena fe (¿suficiente para esto desde el art. 1258?), en su acepción más actual tampoco aceptaría aquella sola identificación (46). En nuestro sistema vigente obliga ello a seguir preguntándonos por el criterio de imputación necesario para activar la consecuencia prevista en el artículo 1119, planteamiento, por otro lado, común incluso en la doctrina entre cuyos textos positivos la ficción de cumplimiento de la condición se vincula a un comportamiento contra la buena fe, que, de manera bastante extendida, concluye aceptando ser aquí suficiente la culpa (47). Esta parece ser también la opinión mayoritaria entre nuestros autores, por más que no falten defensores de exigir necesariamente una conducta dolosa (48).

(45) La mala fe de nuestro vigente artículo 1107 se equipara al dolo. Pero en ese otro sentido más «moderno» de la buena fe (y del que nuestro art. 1258 constituiría una tímida muestra), la equiparación buena fe-culpa sería hartamente discutible. En contra, utilizando el artículo 1107 para defender aquí que actuar contra la buena fe es actuar dolosamente, ARIJA, *Los efectos*, págs. 178 y 184.

(46) PÉREZ GONZÁLEZ/ALGUER, tanto desde el artículo 1258 como desde el 1256, insistieron en que la conducta que sanciona el 1119 es una conducta contraria a la buena fe, pero sin especificar más allá de tratarse, pues, de una conducta ilícita (en *Tratado*, I-II, págs. 334 y 335).

(47) En Italia vid. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, pág. 258; RESCIGNO, en *Enciclopedia*, VIII, pág. 798; TRIMARCHI, en *RTDPC* (1966), pág. 827; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, 2.ª ed., en *Commentari del Codice Civile*, Libro IV, Tomo secondo, Torino, 1967, pág. 222; MESSINEO, *Il contratto in genere*, pág. 184; SACCO, «La condizione», en SACCO/DE NOVA, *Trattato di Diritto Privato*, 10, *Obbligazioni e contratti*, II, dir.: P. Rescigno, Torino, 1982, págs. 291 a 300; C. M. BIANCA, *Diritto Civile*, III, *Il contratto*, Milano, 1987, pág. 527; MAIORCA, «Condizione», en AA.VV., *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*, pres. Sacco, III (com-cons), 1.ª ed., Torino, 1988, ristampa, 2001, págs. 315 y 316; COSTANZA, *Della condizione nel contratto*, pág. 108; CHIESI, *La buona fede*, págs. 3 a 29; y BELLIZZI, en *La condizione nel contratto*, págs. 182 y 183. En Alemania, vid. FLUME, *El negocio jurídico*, págs. 835 a 838 y 841. Y en Suiza vid. GUGGENHEIM, *Le droit suisse des contrats. Principes généraux*, II, *Les effets des contrats*, Genève, 1995, pág. 330.

(48) La culpa o negligencia ha sido suficiente para BELTRÁN DE HEREDIA, «En torno a la condición potestativa», en *RDP* (1963), pág. 223; GETE-ALONSO, en ENNECCERUS/KIPP/

Así las cosas no encuentro argumento determinante que permita excepcionar o especializar la aplicación del artículo 1119 en lo que se refiere a los criterios de imputación. En esto, la norma se enmarca y es plenamente respetuosa con nuestro sistema de responsabilidad civil: la «voluntariedad», como conducta libremente decidida, sirve para excluir el caso fortuito y la fuerza mayor, en perfecta sintonía con los artículos 1101 y 1105 del Código Civil (49). ¿Es entonces una disposición inútil en tanto que redundante? En absoluto, pues su utilidad no hay que buscarla tanto en el criterio de imputación seleccionado, sino en el efecto previsto para el incumplimiento. Que un comportamiento dañoso del contratante incurriendo en culpa o dolo constituye un incumplimiento contractual, es afirmación por la que no haría falta precepto alguno añadido al 1101 y 1105. Pero sí hace falta tal añadido si la consecuencia derivada de tal incumplimiento debe consistir en tener por cumplida la condición de la que dependía el contrato. Gracias a ello, el contratante perjudicado se sitúa en un estado de *conditio existit*, y no en el de *conditio deficit*, por lo que la realidad de su perjuicio adquiere así una dimensión distinta en la que ya no vale especular con la eventual eficacia de un contrato sometido a un suceso incierto. Este se tiene ya por cierto, y el contrato por eficaz. El incumplimiento contractual será, con los matices que ahora se verán, el incumplimiento propio de un contrato perfecto, puro y eficaz. Esta es la singularidad que aporta nuestro artículo 1119. Y esta singularidad se justifica más por la tutela de la confianza a no ver interferido o manipulado un devenir de los acontecimientos que se ha querido y pactado incierto (en tal sentido coopera también el art. 1121), que por reservar esa tutela a los casos de manipulación más grave.

Esta solución también me parece defendible bajo la órbita de un deber de dirigirse conforme a la buena fe, como sucede en los ordenamientos —ya examinados— en que explícitamente se impone. Llevar a cabo actos o conductas voluntarias que impidan el cumplimiento de la condición, aun sin propósito de impedirlo, significará actuar en contra de la buena fe cuando sea razonable la confianza de la otra parte en que dichos actos o conductas tratarán de ser evitados *pendente conditione*. Estamos ante la buena fe que nada tiene que ver con la del artículo 1107 del Código Civil (50). Resuelta mi posición, subsiste

WOLF, *Tratado*, I-II, pág. 689; MONTÉS, en *Comentarios*, XV-1, págs. 1085 a 1091; ÁLVAREZ VIGARAY, en *Comentario*, I, pág. 86; y LÓPEZ FERNÁNDEZ, *La condición*, págs. 96, 97, 135 y 136. Abogan por ceñirlo al dolo BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, 1987, págs. 961 y 962; y ARIJA, *Los efectos*, págs. 176 a 185. Con menor contundencia, por esto último parece inclinarse también Díez-Picazo, *Fundamentos*, II, 4.ª ed., pág. 360, y 6.ª ed., pág. 417.

(49) Expresamente GETE-ALONSO, *ibídem*; y MONTÉS, en *Comentarios*, XV-1, pág. 1091.

(50) No obstante la armonía entre los artículos 1107 y 1258 del Código Civil no ha sido del todo pacífica. Para LACRUZ la buena fe del artículo 1258 puede ir más allá de su origen romano (equiparación al dolo), entrañando una serie de deberes para las partes: de honestidad, de cooperación («§ 83. Integración del contrato», en AA.VV., *Elementos de Derecho Civil*, II,

una apreciación que no parece encajar demasiado bien en todo esto. Me refiero, de nuevo, a la pretendida *singularidad* de la norma.

Son los partidarios de aplicar el artículo 1119 solo al comportamiento doloso quienes ensalzan más su singularidad (de norma excepcional, se tacha) (51), mientras que los defensores de incluir también el comportamiento negligente prefieren explicar la disposición desde parámetros de más «normalidad», esto es, sintonizando y no quebrando las reglas generales de responsabilidad (52). Todo dependerá de la óptica con que quiera verse aquella disposición, pero me temo que las cosas suceden a la inversa. Veo más singularidad (que no excepcionalidad) si el artículo 1119 se activa tanto con culpa como con dolo, y menos si se activa solo con este último. Si en nuestro sistema de responsabilidad civil contractual el dolo es susceptible de generar una responsabilidad diversa y posiblemente mayor (arg. arts. 1102 y 1107 CC), el artículo 1119 se alinearía con esta concepción si reservase la ficción que contiene (efecto más grave) para el dolo, remitiendo la culpa al tratamiento general (53). Pero la singularidad del 1119 se dimensiona si se aplica tanto ante el dolo como ante la culpa, pues en ambos casos supondrá considerar al contratante inocente dentro de la eficacia del contrato pudiendo, según el caso, exigirla o no, mas, si procede lo segundo, permitiéndole aferrarse a un daño distinto (el propio de un incumplimiento de un contrato eficaz) (54). Y ello también mediando culpa. La singularidad, insisto, radica en lo que supone el efecto ficción: no se finge la realidad porque el suceso ha sido impedido y no ha acontecido, pero sí se finge el escenario contractual, provocando todas las consecuencias asociadas al mismo. Ciertamente que este efecto ficción se produce tanto bajo una teoría (la del dolo) como bajo la otra (la del dolo más culpa), pero precisamente la singularidad no está tanto en reservarlo para el dolo como en prescindir del criterio de imputación, o, lo que es lo mismo, en reservarlo tanto para el dolo como para la culpa. No discriminando criterios de imputación, la singularidad de la norma me parece más altamente llamativa cuando ese efecto ficción a todos ellos comprende.

Derecho de obligaciones, 2.º, *Teoría general del contrato*, 2.ª ed., Barcelona, 1987, reimp., 1990, pág. 303). Sin embargo para ROCA GUILLAMÓN la buena fe del 1258 no excluye la culpa del sujeto, adquiriendo el sentido de inexistencia de dolo («Artículo 1258», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XVII-1-A, dirs.: ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, Madrid, 1993, pág. 455).

(51) V. ARIJA, *Los efectos*, págs. 152 y 178.

(52) V. MONTÉS, en *Comentarios*, XV-1, págs. 1086 a 1088; y LÓPEZ FERNÁNDEZ, *La condición*, págs. 96, 97, 108 y 136.

(53) A los artículos 1101 y sigs. del Código Civil. Lo admite ARIJA, *Los efectos*, págs. 184 y 185.

(54) La explicación del favorecimiento de la posición de la parte inocente a través de la ficción fue ya ofrecida por LAURENT: sin ficción, el daño consiste en la eliminación negativa del *aleas*, algo muy difícil de valorar, mientras que con la ficción el acreedor ve reforzada su posición al adquirir el daño una mayor certeza en relación con la prestación contractual no satisfecha (*Principes*, XVII, pág. 89).

¿Es entonces, y así entendido, el artículo 1119 una norma excepcional? Especial sí, excepcional no. Especial por descansar en una ficción legal, pero ficción obediente y que en nada altera el fundamento, naturaleza y principios del sistema de responsabilidad contractual: solo excluye el caso fortuito y la fuerza mayor, y, una vez fingido el cumplimiento de la condición vendrá regido por lo dispuesto en los artículos 1101 y concordantes; por cierto, también de acuerdo con el 1103 y el 1107 (la distinción entre culpa y dolo puede ser intrascendente para desencadenar la ficción, pero no para tratar las consecuencias derivadas de un incumplimiento provocado por esa ficción) (55). El artículo 1119, en conclusión, es una norma de responsabilidad civil y, en esa medida, nada tiene de excepcional ni de especial: su fundamento es la reparación del daño causado si se dan los ordinarios criterios de imputabilidad (además, con esos matices de los arts. 1103 y 1107). ¿Qué aporta al régimen general? Pues un refuerzo de la tutela de la parte frustrada consistente en una presunción legal. Lo primero no es extraño al fundamento tuitivo de la responsabilidad civil (la indemnización no es la única vía reparadora), y el empleo de la presunción legal sí es especial en cuanto a técnica normativa, pues la misma solo puede reconocerse allí donde expresamente se establezca (56).

3. EFECTOS DE LA FICCIÓN LEGAL

Estas conclusiones, que asoman ya al contenido mismo de la sanción prevista en el artículo 1119, nos llevan a otros dos interesantes problemas. El primero relativo al carácter inflexible o no de la ficción, y el segundo referente

(55) Pocas oportunidades ha tenido la jurisprudencia para pronunciarse sobre este particular. La STS de 4 de julio de 1980 (RJA 3083) rechazó la aplicación del artículo 1119 al no apreciar *confabulación o artera maniobra del demandado*, expresión que nos acercaría al terreno del dolo, aunque lo cierto es que ni tan siquiera se observa un comportamiento negligente por parte del interesado. La STS de 10 de octubre de 1987 (RJA 6933) se limita a confirmar, sin mayores aclaraciones, que el artículo 1119 exige un *acto o conducta voluntaria del obligado en orden a impedir la condición*. La STS de 24 de junio de 1993 (RJA 5382) descarta la aplicación del 1119 porque no encuentra criterio alguno de imputabilidad hacia ninguna de las partes (más bien falla el nexo). Por otra parte, en la doctrina argentina también SALVAT se mostró partidario de conectar la ficción del artículo 538 al sistema de responsabilidad civil, conclusión que le permitiría justificar la inclusión tanto del dolo como de la culpa (*Tratado*, I, págs. 565 y 566).

(56) La condena a indemnizar el daño irrogado se aprecia con mayor claridad cuando el hecho condicional se asumía como prestación dentro de la relación contractual supuestamente condicionada, y su «cumplimiento» se impide por el contratante (condición vestida de obligación). Así, vid. la STS de 9 de marzo de 1987 (RJA 1423), en la que la cobertura del patio de un inmueble por los permutantes dependía de la «condición» consistente en el volumen de edificabilidad establecido por el promotor-constructor. Un volumen superior al previsto para el resto de la edificación provocó, según el tribunal, un incumplimiento de la «condición» imputable al constructor, por lo que resolvió acceder a la pretensión indemnizatoria.

a la idoneidad o no de la ficción como instrumento de tutela, lo que, en el fondo, sigue relacionado con aquel carácter más o menos flexible de la ficción instaurada en el 1119.

Abordando lo primero, la cuestión de mayor trascendencia radica en saber si la ficción se desencadena de manera automática y, sobre todo, irremediable para aquel contratante que ha impedido voluntariamente el cumplimiento de la condición. ¿Es posible oponerse al efecto ficción demostrando que el suceso en que consistía la condición igualmente no se hubiera producido sin la manipulación del sujeto, o que contaba con mayores probabilidades de no hacerlo? El interrogante ha sido escasamente tratado por nuestra doctrina, y quizás alguno pueda pensar que en buena lógica se debe a que solo puede impedirse aquello que seguro va a suceder. Es decir, que la estructura de la ficción exigiría un nexo de causalidad entre la conducta del contratante y la no producción del evento condicional, lo que, dicho a la inversa, supondría admitir que, sin esa conducta, el evento se habría producido con toda certeza. Y es que, desde esta perspectiva, parece razonable pensar que un contratante solo tratará de impedir el cumplimiento de la condición cuando, al menos para él, esta indefectiblemente vaya a realizarse (o cuente con extraordinarias probabilidades de hacerlo).

Sin embargo el anterior planteamiento adolece de alguna que otra incorrección. Para empezar se estará en la práctica arrinconando la conducta del contratante al terreno del dolo, pues no otra cosa supondrá vincular la previsibilidad del cumplimiento de la condición con la actuación dirigida a obstaculizarlo. Pero, y acaso más importante, dejarían de considerarse aquellos sucesos condicionales complejos, en los que interviene un presupuesto u otros elementos que, solo sucesivamente encadenados, son susceptibles de provocar el cumplimiento final y definitivo de la condición. Queda claro que una actuación del contratante producida en los inicios de esa sucesión encadenada, será compatible con un grado de incertidumbre de la condición final todavía no limitado ni reducido. Su actuación quedaría fuera del 1119 por llevarse a cabo en un momento en que el evento condicional se mantenía incierto. Poco convence esta solución, que no haría sino incentivar la precipitación de comportamientos dolosos o (raramente) culposos, dejando la técnica especial de la ficción sin mucho sentido desde el fundamento que la inspira.

No; por «impedir» debe entenderse otra cosa. Cabe en esa acción, desde luego, el comportamiento que evita la segura producción del evento condicional. Pero también cabe cuando aborta el curso natural y legítimo de su desarrollo. Y esto nada tiene que ver con la certeza de la condición. El artículo 1119 protege la *intangibilidad* de la incertidumbre como elemento esencial de la condición, y por tanto protege la fundada confianza de la otra parte en que la incertidumbre causal incorporada al contrato contará con el devenir propio de esa incertidumbre en cuanto tal. Y ello exige tanto reaccionar ante la conducta que anula la devenida certeza, como reaccionar ante aquella otra que impide a

la originaria incertidumbre evolucionar. Porque admito esto último, es entonces por lo que el interrogante antes planteado cobra su interés: ¿puede el contratante responsable desactivar la ficción demostrando que la condición igualmente no se habría producido?

Una respuesta negativa justificaría la ficción desde la conducta del contratante que ha «impedido» la condición, desde la idea de reprobarla por constituir *per se* un acto ilícito. Así nos acercamos al carácter sancionador y punitivo del precepto. Por el contrario, una respuesta afirmativa atendería a las expectativas reales del contratante inocente, que no podrían así quedar adulteradas por la ficción jurídica. Si el artículo 1119 merece —como he sostenido— ser comprendido en clara sintonía con nuestro sistema de responsabilidad civil, es difícilmente conciliable su operatividad cuando no existe daño o este es de diversa determinación, lo que sucedería si la actuación negligente o dolosa del contratante se ha limitado a adelantar la certeza negativa de la condición. Si así se defendiera, el artículo 1119 estaría atacando aquella intangibilidad de la incertidumbre condicional (al dar por cierto jurídicamente lo que realmente será incierto) y, de paso, contraviniendo la elemental estructura y finalidad del sistema de responsabilidad (reparación del daño). En tal caso el artículo 1119 sí sería una norma excepcional. Pero como no lo es, el único daño ahí posible tendrá que ver con la anticipación de la certeza negativa de la condición por obra de uno de los contratantes, si es que lo hay (57).

En conclusión, y por lo general, no veo obstáculo alguno para negar al contratante la posibilidad de demostrar que, pese a su conducta, la condición igualmente no se habría cumplido (58), lo que, de probarse, impediría la aplicación de la ficción contraria. Suya será la carga de la prueba. La ficción no presume un daño donde no lo hay. Ni tan siquiera presume un daño distinto a partir de un daño incipiente. La ficción, que por eso así se llama, permite considerar no causado este daño incipiente, lo que acarreará una seria dificultad para el contratante culpable cara a cumplir según el programa contractual acordado. Y el daño entonces a resarcir derivará de este incumplimiento (59).

(57) Ya en LAURENT se puede leer la inexistencia de daño alguno (y por tanto la no necesidad de la ficción) cuando el deudor demuestra que, sin su intervención, la condición tampoco se habría cumplido (*Principes*, XVII, pág. 91). Más acá, vid. MAIORCA, en *Digesto*, III, págs. 316 y 317.

(58) Por ejemplo: la condición consistía en que mi caballo ganara la carrera; decido arbitrariamente no presentarlo a la carrera en cuestión, pero finalmente esta se acaba suspendiendo por otras circunstancias ajenas a mi actuación, o, sin suspenderse, resulta que mi caballo acaba de ser descalificado por motivos que tampoco me son imputables.

(59) Como señalé, la ficción permite situar al contratante inocente en un estadio distinto, en donde el daño que sobrevenga será también diferente, pero todo ello a partir de una lesión incipiente incontestable: la pérdida del *aleas* por culpa del otro contratante (así LAURENT, *Principes*, XVII, pág. 89). Esto último desencadena la ficción, pero esta en puridad lo que presume es, precisamente, un no-daño.

4. LA FLEXIBLE APLICACIÓN *VERSUS* LA IMPERATIVA AUTOMATICIDAD DEL EFECTO FICCIÓN

Otra cuestión antes planteada procede ahora examinar: ¿es esta ficción de cumplimiento el instrumento de tutela más apropiado para el contratante perjudicado? El interrogante, por genérico y abstracto, no admite una respuesta contundente. Pero lo que sí admite es un par de reparos que a la estructura normativa del artículo 1119 puede objetarse. El primero nos lleva a descender al concreto interés en la condición y en el contrato que mantiene (o no) la parte defraudada tras la obstaculización del hecho condicional. Baste *a priori* con detenernos en una doble situación:

- a) Imaginemos un contrato bajo condición suspensiva (*mutatis mutandi* para la resolutoria) en el que una parte tenga el interés directo en el contrato, mientras que el interés directo en la condición recae en la otra. Por ejemplo, vendedor y comprador acuerdan someter la compraventa de un inmueble a la condición suspensiva de que el comprador se traslade a trabajar a la ciudad donde el inmueble está ubicado. Llegado el caso, al comprador ya no le interesa trabajar en esta ciudad ni adquirir el inmueble, por lo que provoca el no cumplimiento de la condición de manera imputable. Por algún autor se ha llegado a proponer para este supuesto el tratamiento propio de la renuncia a la condición, pues quien impide su cumplimiento es aquel contratante en cuyo exclusivo interés se apuso (60). Teniéndose la condición por renunciada, el contrato devendría puro y, como tal, exigible desde luego por el contratante inocente. Como se observa, la solución desde la práctica apenas varía, pues el contrato desplegaría la eficacia prevista tanto si la condición se entiende renunciada como si se entiende cumplida, con los matices inherentes a la retroactividad en este último caso. Sin embargo, desde el tratamiento técnico que merecen los hechos concurrentes no parece que estemos ante una renuncia. La renuncia, bien sea expresa o tácita, debe ser siempre inequívoca. En nuestro ejemplo, no hay actos concluyentes que permitan deducir la voluntad inequívoca de renunciar a la condición, pues es difícil apreciarla cuando lo que se desprende es una voluntad totalmente opuesta a los efectos asociados a la renuncia como acto: el contratante no quiere la condición porque tampoco quiere el contrato. La condición pertenece y forma parte del entramado contractual, por lo que resulta incompatible defender que se quiera renunciar a la condición no queriendo tampoco el contrato. La conducta del contratante manipulador no va dirigida a renunciar por no interesarle la condición,

(60) COSTANZA, *Della condizione nel contratto*, págs. 104, y 118 a 120.

sino a querer su no cumplimiento, única vía para lograr la ineficacia de un contrato que tampoco se quiere. Y el no cumplimiento es un acontecimiento probable que exige como presupuesto la vigencia (y no la renuncia) de la condición. En estos casos, valorar la conducta impeditiva del contratante como una renuncia no nos lleva a una renuncia expresa ni tácita, sino presunta (61). Y para entender que existe la presunción haría falta una disposición legal que así lo estableciera. Y no solo esta no existe en tal sentido, sino que la única que existe lo que finge es el cumplimiento de la condición.

- b) Imaginemos ahora un contrato bajo condición suspensiva en el que es la parte no interesada directamente en la condición la que impide su cumplimiento. La compraventa del terreno se somete a la condición suspensiva de obtener su edificabilidad, situación que interesa directamente al comprador por el proyecto que tiene planeado. Llegado el caso, el vendedor, movido por una oferta más suculenta, decide obstaculizar la concesión de edificabilidad de su terreno. Merced a la ficción la condición se tendrá por cumplida, pero ¿interesará al comprador pagar por un terreno en el que no va a poder edificar? Se dirá que no, y que con algún que otro remedio contará para desligarse de la relación. Pero ese otro remedio, ¿pasará por destruir lo que se ha provocado con aquella ficción, es decir, pasará por impugnar un contrato de compraventa que se considera válido y eficaz? No faltan voces que apuestan aquí por conceder al contratante perjudicado la libre opción de considerar la condición por cumplida o por no cumplida, con la correspondiente indemnización de los daños causados (62). No falta razón a la solución propuesta, justificada por el mismo fundamento del efecto ficción, que no es otro que el de tutelar los intereses del contratante perjudicado. Y tan solo la letra del Código holandés parece permitirlo (63). Para no desvirtuar su funcionalidad como instrumento de tutela, debería accederse a la renuncia del efecto ficción por el contratante inocente a quién el mismo pretende favorecer, permitiendo así un ejercicio extrajudicial del interés que mejor le pueda convenir dadas

(61) Cercana a la renuncia como sanción, de estructura similar a la aceptación pura como sanción del artículo 1002 del Código Civil.

(62) CARUSI, «Appunti in tema di condizioni», en *RassDC* (1996), págs. 87 y 88; PETRELLI, *La condizione «elemento essenziale» del negozio giuridico. Teoria generale e profili applicativi*, Milano, 2000, págs. 195 y 196. Entre nosotros, LÓPEZ FERNÁNDEZ, *La condición*, págs. 102 a 106.

(63) El artículo 23 del Libro 6-5 prevé el efecto ficción cuando *la razón y la equidad* lo exijan (tomo la traducción de VAN REISGERSBERG VERSLUYS, *Derecho Patrimonial neerlandés. Traducción de los Libros 1, 3, 5, 6 y 7 del nuevo Código Civil*, pról.: B. MORENO QUESADA, Málaga, 1996). También artículo III-I: 106(4) DCFR.

las circunstancias. Sin embargo el mosaico de posibilidades que puede darse obliga ante todo, y como punto de partida, a calibrar el valor y alcance de la ficción contenida en el artículo 1119. Empiezo por la conclusión: la ficción del artículo 1119 debe ser activada como *último remedio*. Esta conclusión es a la vez el corolario de dos razonables premisas. La primera, que la ficción no puede dar por hecho lo que todavía cuenta con probabilidades de verificarse o no. Y, la segunda, que la ficción no puede perjudicar al contratante que no ha manipulado la condición. Examinémoslas.

La ficción no puede dar por hecho lo que todavía cuenta con probabilidades de verificarse o no, y estas se siguen justificando desde la causalización del contrato mediante la condición. Tal reflexión nos adentra en algo sobre lo que ya he tenido oportunidad de detenerme: la complejidad del proceso que configura el hecho condicional. Presupuesto/s y elemento/s del evento condicional ofrecen varias posibilidades de interferencia en su curso natural, y si bien hay que admitir que la manipulación de un presupuesto o de este o de aquel elemento es capaz de arrojar la condición a un mismo escenario de frustración (el no cumplimiento), también se convendrá en que esa frustración no presenta en todos los casos el mismo grado de firmeza. El cumplimiento de la condición se ha impedido, pero la causa de este impedimento quizá pueda admitir remedio o subsanación. Para ello será necesario que la acción u omisión en que consista tal manipulación sea susceptible de poder ser corregida, y que su corrección devuelva al evento condicional la incertidumbre que le era consustancial. Un ejemplo nos aclarará al respecto.

Supongamos que la condición consiste en un determinado acuerdo que puede adoptar una persona jurídica, y que compete a uno de los contratantes, por su cargo, convocar en junta al órgano deliberante de aquella e introducir la adopción del posible acuerdo en el orden del día. Supongamos que la condición no llega a cumplirse porque ese contratante no convoca al órgano o porque, haciéndolo, no incluye dicho punto en el orden de la sesión. ¿Habrá que tener entonces y de acuerdo con el artículo 1119 la condición por cumplida? Según lo argumentado me inclino por la negativa, siempre que sea posible y razonable obligar al contratante a que cumpla con lo que es el presupuesto desencadenante del hecho condicional en sí: constreñirle a aquella convocatoria *ad hoc*. Esa fue la solución patrocinada por la STS de 6 de febrero de 2004 (RJA 217), al condenar al alcalde (parte contratante) a que el Ayuntamiento sometiera a la ratificación por el Pleno Municipal del contrato de cesión de terrenos objeto de esta última condición (la ratificación) (64). Esta solución, respetando los

(64) La solución ha sido también compartida por NÚÑEZ, si bien criticando otras argumentaciones de la sentencia que no inciden en lo que nos ocupa («Comentario a la sentencia de 6 de febrero de 2004», en *CCJC* 66 [2004], págs. 1127 a 1132).

límites advertidos, contribuye además a esclarecer la naturaleza de la conducta del contratante que forma parte o se dirige a la consecución del presupuesto del evento condicional, pues al hacerla susceptible del cumplimiento forzoso está sin duda desvelando su carácter de auténtica obligación contractual, sobre lo cual ya tuve oportunidad de manifestarme en páginas atrás.

Por otra parte es preciso no olvidar que la ficción del artículo 1119 no puede perjudicar al contratante que no ha manipulado la condición. Creo que poco puede sorprender que la consecuencia a un atentado contra la buena fe debe situar al contratante inocente en condiciones favorables, y no al contrario, si comulgamos con la finalidad tuitiva y no sancionadora de aquella consecuencia (65). Ello nos lleva a la adecuada valoración del equilibrio contractual que posiblemente se rompe con ocasión de la manipulación de la condición. ¿Se logra con la ficción de cumplimiento o de no cumplimiento proteger en todo caso el interés del contratante víctima de la manipulación? Pues no tiene siempre que ser así. La ficción es capaz de devolver a este contratante inocente a la eficacia de un contrato cuya ejecución razonablemente ya no le interesa. En esta hipótesis no se niega la idoneidad de ofrecer otras alternativas a ese contratante inocente (66). El problema radica en cómo justificar la desvinculación de un contrato que ya no le interesa. Y aquí me convence más militar en la tesis que entiende que la ficción no puede tener un efecto automático, o, expresado más correctamente, que la desvinculación debería descansar en una resolución por incumplimiento (art. 1124), consistiendo este incumplimiento precisamente en la manipulación de la condición. Así, de un lado, el efecto ficción cedería ante el efecto resolución, y, de otro, la obligación de respetar la incertidumbre y la intangibilidad del evento condicional y de no interferir en su desarrollo se elevaría a la categoría de obligación esencial del contrato condicionado, consideración perfectamente apoyada desde la construcción causal del mismo que han querido las partes.

Quien sostenga que la ficción se activa sin remedio de forma automática, la resolución del contrato ahora plenamente eficaz gracias a la ficción, tendrá que justificarse en un incumplimiento posterior del contratante que manipuló la condición, y debiendo de escarbar otro tipo de argumentación si el contrato plenamente eficaz por culpa de la ficción no interesa ya al contratante inocente con independencia de que pueda ser cumplido por el contratante manipulador. Soluciones mucho más forzadas y sacrificadas que pueden ser evitadas con la que preferentemente he defendido: entender que la manipulación constituye un incumplimiento contractual que legitima a resolver la relación. Para ello,

(65) Cfr. artículo 1288 del Código Civil, o artículo 80.2 TRLCU 1/2007.

(66) CHIESI defiende decidir en función del equilibrio o sinalagma contractual (*La buona fede*, págs. 38 y 39), y BELLIZZI admite la resolución del contrato cuando la ficción nada aporta (en *La condizione*, págs. 180 y 181).

cierto (y de nuevo), no hay que ver en el artículo 1119 una norma excepcional que descarta otros remedios, sino que precisamente no ofrece resistencia ante aquellos que sean posibles y que *ad casum* protejan mejor el interés de la parte que ha venido cumpliendo con sus obligaciones contractuales.

5. LA FICCIÓN DEBE APLICARSE TAMBIÉN A LA CONDICIÓN POSITIVA

Un segundo y último reparo a la letra del artículo 1119 consiste en una objeción bastante generalizada: ¿*quid* si el interesado provoca el cumplimiento de la condición? La solución debe ser la misma (aquí, ficción de no cumplimiento) según el *BGB* (§ 162), el Código Civil portugués (art. 275), el holandés (art. 6-5.23), el Código Europeo de Contratos de Pavía (art. 52.2), los Principios de Derecho Contractual Europeo de Lando (art. 16:102 [2]), y el artículo III-I: 106(4) DCFR. Fuera del alcance de estos textos legales, la cuestión ha dividido a la doctrina italiana (67), y ha inclinado a la nuestra a favor de aceptar el supuesto inverso (68). El argumento formal de la restrictividad de una ficción legal con valor de presunción se enfrenta aquí al fundamento y finalidad de la norma contenida en nuestro artículo 1119. Y esto significa que será la posición que se defienda acerca de estas dos últimas cuestiones la que, por coherencia, permitirá o impedirá avalar la solución del no cumplimiento para el caso en que el contratante lo provoqué. Defendiendo, como he hecho, la naturaleza especial —que no excepcional— de la norma, negar su interpretación extensiva —que no aplicación analógica— poco se avendría con el fundamento y finalidad del sistema al que el contenido del 1119 no deja de pertenecer y reverenciar (69). Esta conclusión, junto con aquella otra relativa al criterio de imputabilidad exigible, parte del apriorístico análisis del encaje y naturaleza de la norma, algo que, desafortunadamente, no parece suficiente para defender una mayor flexibilidad en las opciones del contratante perjudicado.

(67) Niegan la aplicación al supuesto inverso, RESCIGNO, en *Enciclopedia*, VIII, pág. 798; MESSINEO, *Il contratto in genere*, pág. 185; C. M. BIANCA, *Diritto Civile*, pág. 528; y COSTANZA, *Della condizione nel contratto*, pág. 111. A favor, TRIMARCHI, en *RTDPC* (1966), pág. 809; MIRABELLI, en *Commentario*, págs. 221 y 222 (solo cuando se provoca un hecho-condición que es extraño al comportamiento de las partes); MAIORCA, en *Digesto*, III, págs. 315 y 316; CARUSI, en *RassDC* (1996), págs. 91 a 94; y CHIESI, *La buona fede*, pág. 85.

(68) Así PÉREZ/ALGUER, en *Tratado*, I-II, pág. 335; MONTÉS, en *Comentarios*, XV-1, pág. 1087; ARIJA, *Los efectos*, págs. 163 y 168; y LÓPEZ FERNÁNDEZ, *La condición*, págs. 112 a 115. En contra, GETE-ALONSO, en *Tratado*, I-II, pág. 689 (con base en el carácter excepcional de la norma).

(69) Declaró expresamente la aplicación de la ficción de no cumplimiento la STS de 17 de marzo de 1941 (*RJA* 314).

El principio de buena fe, inspirador del artículo 1119, justifica que la solución para una conducta inversa (provocar en vez de impedir) no quede absurdamente huérfana de la misma sanción. La razón por la cual la letra de la ley es tan restrictiva no se sabrá con certeza, pero no han ofrecido mucha resistencia los esfuerzos por ensanchar el estrecho marco que el legislador decimonónico dispuso en el contenido de la Sección 1.^a de este Capítulo III (arts. 1113 a 1124). Buenos ejemplos son la extrapolación al régimen del contrato (con pluralidad de obligaciones, incluso sinalagmáticas) de una regulación centrada en la obligación unilateral, o la extensión del artículo 1118 a la condición positiva (70).

6. LA FICCIÓN ANTE LA INDETERMINACIÓN TEMPORAL DE LA CONDICIÓN

Retomando la aludida doctrina jurisprudencial que entiende aplicable el artículo 1118.II del Código Civil tanto a la condición negativa como a la positiva, surge una última cuestión relativa a la influencia de la indeterminación del plazo de cumplimiento de la condición en el comportamiento de los contratantes conforme a la buena fe, o dicho de otro modo, a la relación existente entre los artículos 1118 y 1119. A la luz de los artículos 1117 y 1118 no cabe duda que la fase *pendente conditione* debe venir temporalmente limitada, límite que habrán previsto las partes o que al juez, en su defecto, le corresponderá exprimir atendiendo a la voluntad implícita de aquellas y en consonancia con la naturaleza de la obligación. Esta última situación supondrá en no pocas ocasiones que al juez le competirá decidir si el cumplimiento de la condición se ha verificado dentro o fuera de plazo y, respectivamente, si el contrato deviene eficaz o no.

La indeterminación temporal de la condición no puede sumir a los contratantes a una espera indefinida, pues pese a aquella indeterminación el interés que causaliza al contrato exige que este último se quiera —o no— si la condición se cumple —o no— en un plazo razonable. El conflicto puede quedar servido de la siguiente manera: tiempo después de la perfección del contrato la condición suspensiva se cumple, interesando a una de las partes la eficacia entonces del vínculo, mientras que la otra sostiene que el cumplimiento de la condición es extemporáneo, interesando la ineficacia del vínculo. El juez, en una primera fase del conflicto, centrará sus esfuerzos en argumentar si la condición se ha

(70) Tras la confirmación de que el artículo 1118.II se refería solo a la condición negativa y no a la positiva realizada por la STS de 28 de diciembre de 1984 (RJA 6298), la doctrina ha sido abandonada para pasar a defender de manera consolidada una lectura extensiva que incluye a aquella condición positiva: SSTS de 5 de octubre de 1996 (RJA 7041), 24 de julio de 1998 (RJA 6393) y 25 de marzo de 2002 (RJA 2854). Esta última tesis también goza del beneplácito de los autores: por todos vid. MONTÉS, «Artículos 1117 y 1118», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirs.: ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, XV-1, Madrid, 1989, págs. 1075 a 1077.

cumplido dentro o no del plazo que razonablemente cabía asignar al supuesto de hecho, de acuerdo con el artículo 1118.II. Imaginemos que el juez declara que dicho cumplimiento tuvo lugar fuera de plazo, por lo que la condición ha de tenerse por no cumplida. Imaginemos que la parte interesada en la eficacia del contrato pasa a la segunda fase del conflicto, consistente en demostrar que el otro contratante impidió, durante el plazo señalado prudencialmente por el juez a la condición, el cumplimiento de esta, invocando la aplicación del artículo 1119. Si así fuere, la aplicación de este precepto y su ficción de cumplimiento no debería admitir, en principio, reproche alguno.

Cambiamos algún elemento del imaginario. Supongamos ahora que uno de los contratantes ha logrado, en su interés, el cumplimiento de una condición en cuya verificación estaba llamado a contribuir de alguna manera (en su presupuesto o en sus elementos). Ese cumplimiento ha tenido lugar más tarde de lo esperado, debido a la propia desidia o negligencia de ese mismo contratante. Al otro contratante le interesa defender que el cumplimiento de la condición ha sido fuera ya de plazo razonable, pero teme que en su contra se active la ficción del artículo 1119. ¿Deberá el juez dar crédito a aquella conducta negligente dentro del plazo para fingir el cumplimiento de la condición, o podrá prescindir de ella y entender que la condición no se ha cumplido dentro del plazo? Sin duda la respuesta nos devuelve a un par de cuestiones que ya han sido tratadas: [a] el criterio de imputación necesario para activar la ficción, y [b] la automaticidad o no en la ficción del cumplimiento de la condición. La conclusión que he defendido pasa por ser suficiente la culpa como criterio de imputación, por negar efectos automáticos al desencadenamiento de la ficción, y, además, por reconocer la virtualidad de otros remedios alternativos al de la ficción.

Esta triple conclusión arroja relatividad al tratamiento del interrogante antes planteado. Relatividad porque nos introduce en la ponderada valoración de los intereses en liza. El señalamiento o deducción de un límite temporal al cumplimiento de la condición responde a la necesidad de satisfacer la pérdida del interés en ese cumplimiento transcurrido el plazo *ad hoc*. Por el contrario, el cumplimiento ficticio de la condición cuando voluntariamente se impide, responde a la necesidad de satisfacer el interés de la parte ajena a la manipulación. En estas coordenadas debemos movernos para, a la postre, declarar el contrato ineficaz *ex* artículo 1118.II, o declararlo eficaz *ex* artículo 1119.

Las SSTs de 5 de octubre de 1996 (RJA 7041) y 14 de febrero de 2005 (RJA 1671) terminan confirmando la resolución del conflicto en la línea que acabo de proponer. En la primera de ellas, tres hermanos vendían un solar a una constructora bajo la condición suspensiva de obtención de los oportunos permisos y licencias para edificar en un plazo de siete meses desde la fecha del contrato. Dos años más tarde se discute la vigencia del vínculo, motivado especialmente por la posterior (casi dos años después) venta del solar por parte de los tres hermanos a un tercero. Tras recordar que el plazo no quedaba a la exclusiva

voluntad de la compradora (arg. art. 1256), el Tribunal Supremo confirma la ineficacia del primer contrato «porque hay que suponer ya que la condición no va a cumplirse o carece de importancia el que se cumpla o no». Refuerza la trascendencia de esta decisión el asomo de un posible comportamiento contrario a la buena fe de la constructora-compradora, pues resultó probado que, a pesar del tiempo transcurrido, ni siquiera pareció haber solicitado la pertinente licencia.

La segunda sentencia citada tuvo por objeto un contrato entre una asociación y el Banco de Crédito Industrial (luego Banco Exterior de España) por el cual la primera se comprometía a sujetar el ejercicio de la resolución de una compraventa de terrenos a la condición suspensiva de que el Banco ejecutara la hipoteca contra los mismos y asumiera una deuda. Transcurren más de siete años sin que tenga lugar el procedimiento judicial que debería llevar al remate de las fincas a favor del BEX, discutiéndose si la condición debía entonces tenerse por cumplida. La sentencia entiende excesivo el plazo transcurrido y, en aplicación del artículo 1118, declara la ineficacia del contrato por el no cumplimiento de la condición (la asociación ya había procedido a ejercitar aquella facultad resolutoria). No se pierda de vista la singular relevancia que adquiere aquí el desplazamiento del artículo 1119 por el 1118, máxime si se tiene en cuenta que la resolución judicial previamente reconoce un comportamiento irregular de la entidad bancaria, explicitado en «las sucesivas y clamorosas negligencias del Banco hoy recurrente». Este comportamiento gravemente negligente del Banco no sirve, pues, para activar la ficción del cumplimiento, sino para entender no cumplida la condición, descartando aquel cumplimiento tardío.

La conclusión que une la decisión de ambas sentencias se resume en desestimar el juego del artículo 1119 porque la solución que patrocina (ficción de cumplimiento que llevaría a la eficacia del contrato) no resulta conforme al interés de la parte ajena al desarrollo del *iter* condicional y, por tanto, extraña a toda posible influencia en su eventual verificación.

7. EL CUMPLIMIENTO POR EQUIVALENTE DE LA CONDICIÓN

Esta misma tesis que atiende al interés de la parte «inocente» viene auspiciada, aunque desde una construcción inversa, por la STS de 2 de julio de 2007 (RJA 3654). El contrato objeto del litigio condicionaba la participación en los beneficios de una promoción inmobiliaria al hecho de que la promotora, parte en el contrato, realizara la promoción. Transcurrido un tiempo, la otra parte contratante interesa la valoración y pago de aquella participación en los beneficios, ante lo que se resiste la promotora alegando el no cumplimiento de la condición, al quedar todavía por vender siete plazas de garaje y un trastero. La sentencia del alto tribunal confirma que la condición debe tenerse por cumplida debido al «considerable tiempo transcurrido desde que finalizó la construcción

del edificio». Nótese que, a diferencia de los casos anteriormente analizados, en este se declara la eficacia del acuerdo por cumplimiento de la condición, pero el espíritu que guía la decisión permanece invariable: se protege y satisface el interés del contratante ajeno a cualquier contribución o influencia en el desarrollo del suceso condicional.

Extraído lo anterior, sin embargo, la referencia a esta STS de 2 de julio de 2007 merece mayor detenimiento por lo que respecta a la argumentación empleada. ¿Cómo justifica la declaración de tener por cumplida la condición admitiendo, como hace, que exactamente no se ha cumplido? Resulta curioso que en ningún momento se aluda, ni directa ni indirectamente, al artículo 1119. El Tribunal considera cumplida la condición no mediante el expediente de la ficción, sino «por equivalencia». En mi opinión no es lo mismo una solución que otra, ni la sentencia confunde ni quiere decir lo que no dice. No; la sentencia promueve la construcción del *cumplimiento de la condición por equivalente* como un expediente distinto al cumplimiento por ficción. El cumplimiento por equivalente puede quedar justificado en aquellos casos en que el evento condicional admita una reproducción inexacta del mismo, pero que tenga cabida en el interés casualizado a través del contrato condicional. Esto se daría, fundamentalmente, en dos casos. Uno sería aquel en el que el suceso condicional presente cierta fungibilidad, por lo que cumplimientos de sucesos futuros parecidos aunque no exactos podrían desempeñar una función equivalente pese al silencio de las partes. El otro sería aquel en que el suceso condicional presente fraccionamiento o divisibilidad, mereciendo en su caso valorar en qué hipótesis el cumplimiento parcial del suceso puede desarrollar la misma función que el cumplimiento total. Este último es el supuesto que se da en la sentencia que comento, facilitado, además, por ser la consecuencia sujeta a condición también divisible, lo que a la postre permite la ponderación y la proporción en ese pretendido cumplimiento por equivalente de la condición.

El recurso al cumplimiento por equivalente conduce a requisitos distintos del cumplimiento por ficción, por más que pueda converger en su fundamento. Así el cumplimiento por equivalente no exige una conducta dolosa o culposa, ni siquiera contraria a la buena fe, de ninguno de los contratantes. La sentencia acoge tal criterio al asumir expresamente que «no hay constancia de cual fue la causa por la que las siete plazas de aparcamiento de vehículos y el trastero no fueron vendidos». A partir de aquí, y tras invocar el artículo 1118 para delimitar la fase *pendente conditione*, el Supremo justifica la decisión en el principio de buena fe del artículo 1258. Su fundamento, pues, se hace emanar del mismo principio que legitima el artículo 1119, aunque sea derivando expedientes distintos que vuelven a fraternizar en la solución última: tener por cumplida la condición.

No solo la decisión de la STS de 2 de julio de 2007 me parece justa y razonada, sino que debe reconocérsele la idoneidad para alumbrar una reflexión

bastante apagada, pues acaso aferrados a la literalidad de los preceptos legales, apenas se ha debatido sobre la utilidad del cumplimiento por equivalente en el terreno de la condición. No me parece inoportuno, sino todo lo contrario, avanzar hacia la consolidación de tal posibilidad, que no debe verse empañada ni desplazada por la previsión contenida en el artículo 1119. Como he anticipado, estamos ante soluciones distintas, pues mientras en el cumplimiento ficción no hay cumplimiento alguno de la condición (de ahí el recurso a la ficción), en el cumplimiento por equivalente sí hay cumplimiento, aunque no sea el exacto. El artículo 798 del Código Civil es buena muestra de la diferencia y compatibilidad existente entre ambas soluciones (71). Y en algo puede guiarnos, aunque no deba olvidarse que trabajaríamos una norma similar para escenarios bien distintos, pues la estructura subjetiva del modo testamentario (causante-ordenante, gravado y beneficiario) poco se parece a la del contrato condicionado.

Bendecida la posibilidad del cumplimiento por equivalente o análogo de la condición, dos últimas cuestiones merecen alguna consideración. La primera es que, aun admitiendo —como se ha hecho— que se trata de una posibilidad distinta a la del cumplimiento ficticio de la condición, no es disparatado suponer alguna interferencia o manipulación en el supuesto de hecho condicional que veta su exacto cumplimiento. Así, por ejemplo, que este cumplimiento exacto no llegue a producirse por hecho imputable a uno de los contratantes, pero dando lugar a un acontecimiento potencialmente equivalente. Aunque la consecuencia final pueda no variar, debe ser preferible en tal caso el recurso al expediente del artículo 1119, dado que la causa que daría lugar al cumplimiento de un hecho sucedáneo pertenece con carácter previo al supuesto de hecho del 1119 (72).

La segunda cuestión nos traslada al fundamento que sostiene al pretendido cumplimiento por equivalente. La sentencia que analizamos se ampara en el artículo 1258, y quizá tal amparo merezca alguna reflexión. Que exista un cumplimiento inexacto de la condición que pueda cumplir la misma función asignada por las partes al cumplimiento exacto de la misma, solo puede depender de la intención común de los contratantes manifestada a través del consentimiento contractual. Nada más debe contar (73). Que para ello deba el

(71) Cfr. también el artículo 428-5.2 del Código Civil de Cataluña.

(72) A diferencia del artículo 428-5.2 CCC, el artículo 798 del Código Civil exige que para que proceda el cumplimiento análogo del modo es indispensable la ausencia de culpa o hecho propio del heredero o legatario. Se trata, pues, de una imposibilidad del cumplimiento exacto (TORRALBA, *El modo en el Derecho Civil*, Madrid, 1967, pág. 237).

(73) Insiste la mejor doctrina en que el cumplimiento análogo del modo debe vincularse en todo caso a la intención del causante-ordenante, lo que en nuestro caso exigiría que dicha vinculación se predicara de la intención común, aun implícita, de los contratantes (TORRALBA, *El modo*, pág. 235; VERDERA, «Algunas consideraciones sobre el incumplimiento del modo testamentario impuesto al heredero: una comparación entre el Código Civil y el *Codi de successions*», en AA.VV., *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, CABANILLAS/CAFFARENA/J. M.^a MIQUEL/MONTÉS/MORALES/PANTALEÓN [org.], IV, Madrid,

juez proceder a una interpretación integradora del contrato que considere no avalada suficientemente por los artículos 1281 a 1289 del Código Civil, es la única explicación que entonces justifica el protagonismo aquí de esa buena fe del artículo 1258 desempeñando funciones autointegradoras, es decir, otorgando especial valor a las expectativas comunes de los contratantes para tratar de colmar un vacío: aceptar un cumplimiento por equivalente de la condición antes que un no cumplimiento de la misma.

CONCLUSIONES

- I. El supuesto de hecho en que consiste la condición, por simple que sea, presenta siempre una estructura en la que merece ordenar lo que son presupuestos y elementos del mismo. Ello sirve para, a partir de ahí, calificar la actividad de los contratantes respecto de aquel supuesto de hecho. La incertidumbre propia de la condición exigirá construir, dentro de la llamada actividad de relación (que no de prestación), comportamientos de parte dirigidos a respetar esa incertidumbre y a no interferir, y otros dirigidos a desplegar una determinada conducta. La buena fe informa suficientemente tal construcción, y la obligación de desplegar una determinada conducta es una obligación esencial.
- II. La infracción del deber de no interferir conduce a la manipulación de la condición. Se hace necesario indagar cuándo puede manipularse, cómo puede hacerse (especialmente en la condición potestativa), y quién puede hacerlo, lo que nos envía al análisis del interés directo e indirecto en la condición.
- III. La idea del interés de la condición obliga a explicar en nuestro sistema el juego de la denominada condición unilateral. Y su adecuado tratamiento debe ser causal, lo que en cada caso justificaría la posibilidad y alcance de la renuncia a la condición por aquel en cuyo favor o interés se apuso.
- IV. Se revisa, como sanción típica a la manipulación de la condición, la ficción del cumplimiento del artículo 1119. Junto a aspectos clásicos ya tratados pacíficamente, se proponen soluciones menos tratadas. Así, y partiendo del criterio de imputación exigible (basta la culpa), debe llegarse a la conducta contraria a la buena como desencadenante de la ficción. Se cuestiona la excepcionalidad de la norma como premisa para abordar los efectos de la ficción, que pasan por no ser automáticos en línea de tutelar mejor al contratante inocente. Se sugiere así

2003, págs. 5598 y 5599; y LAMARCA, *El modo sucesorio. Código de Sucesiones catalán y Código Civil*, Elcano, 2006, pág. 151).

una aplicación flexible del artículo 1119, valorando la posibilidad de remedios alternativos, y a pesar de que la norma deba aplicarse también a la condición positiva.

- V. Por último, se traza la frontera que debe existir entre los artículos 1118 y 1119, en aquellos casos de indeterminación temporal de la condición, frontera que pasa por conciliar la conducta del contratante negligente y el interés del contratante inocente. Y se defiende, pese el silencio legal, la posibilidad de aplicar la teoría del cumplimiento por equivalente, como distinto de la ficción del cumplimiento, cuando se den los requisitos para ello.
- VI. Todo lo anterior sirve para fundamentar una propuesta normativa que revise la fase *pendente conditione*, en función del principio de la buena fe y de la causa del contrato condicionado.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA: *Derecho Civil, I, Introducción y Parte General*, 2.º, *La relación, las cosas y los hechos jurídicos*, 8.ª ed., Barcelona, 1983.
- ÁLVAREZ VIGARAY: «Artículo 1115», en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, dirs.: R. BERCOVITZ/DÍEZ-PICAZO/PAZ-ARES/SALVADOR, II, Madrid, 1991, págs. 78 a 80.
- «Artículo 1119», en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, dirs.: R. BERCOVITZ/DÍEZ-PICAZO/PAZ-ARES/SALVADOR, II, Madrid, 1991, págs. 85 a 87.
- ARIJA SOUTULLO: *Los efectos de las obligaciones sometidas a condición suspensiva*, Granada, 2000.
- BACIN: «La condizione unilaterale: un test dell'autonomia contrattuale», en *Rivista di Diritto Civile* (1998), págs. 339 a 359.
- BADOSA COLL: *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, 1987.
- BALDINI: «La condizione unilaterale: implicazioni e problema», en AA.VV., *La condizione nel contratto. Tra "atto" e "attività"*, a cura di Alcaro, Padova, 2008, págs. 115 a 161.
- BELLIZZI: «La finzione di avveramento della condizione quale tecnica di tutela», en AA.VV., *La condizione nel contratto. Tra "atto" e "attività"*, a cura di Alcaro, Padova, 2008, págs. 163 a 193.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO: «En torno a la condición potestativa», en *Revista de Derecho Privado* (1963), págs. 215 a 226.
- BETTI: *Teoria generale del negozio giuridico*, reimp. 2.ª ed., int. G. B. FERRI, a cargo de CRIFÒ, Napoli, 1994 —sobre el texto originario de 1943—.
- BIANCA, C. M.: *Diritto Civile, III, Il contratto*, Milano, 1987.
- BLASCO GASCÓ: *Cumplimiento del contrato y condición suspensiva (Aspectos doctrinales y jurisprudenciales)*, Valencia, 1991.
- BRUSCUGLIA: *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*, Milano 1975.
- CARBONE: «I tanti volti della cd. condizioni unilaterale», en *Contratto e Impresa* (2002), págs. 240 a 284.

- CARUSI: «Appunti in tema di condizioni», en *Rassegna di Diritto Civile* (1996), págs. 53 a 96.
- CHIESI: *La buona fede in pendenza della condizione*, Padova, 2006.
- COLMET DE SANTERRE: en DEMANTE/COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code Napoléon*, V, París, 1865.
- COSTANZA: «Della condizione nel contratto», en AA.VV.: *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, *Libro quarto-delle obbligazioni*, Bologna, 1997.
- CRICENTI: «In tema di condizioni unilaterale», en *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni* (1997), págs. 219 a 240.
- DA CUNHA: *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, IV, Coimbra, 1931.
- DEMOLOMBE: *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, II, 2.^a ed., París, 1871.
- DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I y II, 4.^a ed., Madrid, 1993, y 6.^a ed., Madrid, 2008.
- FADDA/BENSA: trad. a WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, 1-I, Torino, 1902.
- FLUME: *El negocio jurídico*, II, *Parte General del Derecho Civil*, 4.^a ed., trad. J. M.^a MIGUEL GONZÁLEZ/GÓMEZ CALLE, Madrid, 1998.
- GALGANO: *Diritto civile e commerciale*, II, *Le obbligazioni e i contratti*, I, *Obbligazioni in generale. Contratti in generale*, Padova, 1990.
- GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, III, Madrid, 1852, reimp., Barcelona, 1973.
- GARCÍA PÉREZ: «Comentario a la sentencia de 11 de abril de 1996», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 42 (1996), págs. 989 a 1007.
- GETE-ALONSO Y CALERA: Anotaciones a Enneccerus/Nipperdey, *Derecho Civil (Parte General)*, en ENNECCERUS/KIPP/WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*, I, *Parte general*, II, *Nacimiento, extinción y modificación de los derechos subjetivos*, Barcelona, 1981.
- GIL RODRÍGUEZ: «Capítulo VII. Circunstancias de la relación obligatoria», en PUIG FERRIOL/GETE-ALONSO/GIL/HUALDE, *Manual de Derecho Civil*, II, *Derecho de Obligaciones. Responsabilidad civil. Teoría general del contrato*, 3.^a ed., Madrid, 2000, págs. 145 a 178.
- GUGGENHEIM: *Le droit suisse des contrats. Principes généraux*, II, *Les effets des contrats*, Genève, 1995.
- LACRUZ BERDEJO: «§ 71. Aspectos subjetivos de la causa», en AA.VV., *Elementos de Derecho Civil*, II, *Derecho de Obligaciones*, 2.º, *Teoría general del contrato*, 2.^a ed., Barcelona, 1987, reimp. 1990, págs. 165 a 173.
- «§ 83. Integración del contrato», en AA.VV., *Elementos de Derecho Civil*, II, *Derecho de Obligaciones*, 2.º, *Teoría general del contrato*, 2.^a ed., Barcelona, 1987, reimp., 1990, págs. 296 a 306.
- LAMARCA MARQUÉS: *El Modo Sucesorio. Código de Sucesiones catalán y Código Civil*, Elcano, 2006.
- LARENZ: *Derecho Civil. Parte General*, trad. y notas de IZQUIERDO/MACÍAS-PICAVEA, Jaén, 1978.
- LAROMBIÈRE: *Théorie et pratique des obligations*, II, París, 1885.
- LASARTE ÁLVAREZ: *Principios de Derecho Civil*, III, *Contratos*, 7.^a ed., Madrid, 2003.

- LAURENT: *Principes de Droit Civil français*, XVII, París-Bruxelles, 1875.
- LÓPEZ FERNÁNDEZ: *La condición suspensiva en los contratos*, Madrid, 2000.
- LUNA SERRANO: «§ 75. La condición», en AA.VV., *Elementos de Derecho Civil*, II, *Derecho de Obligaciones*, 2.º, *Teoría general del contrato*, 2.ª ed., Barcelona, 1987, reimp. 1990, págs. 197 a 215.
- MAIORCA: «Condizione», en AA.VV., *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*, pres. Sacco, III (com-cons), 1.ª ed., Torino, 1988, ristampa 2001, págs. 273 a 334.
- MANRESA NAVARRO: *Comentarios al Código Civil Español*, VIII, Madrid, 1901.
- MARCADÉ: *Explication théorique et pratique du Code Napoléon contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après de commentaire de chaque titre*, IV, 5.ª ed., París, 1852.
- MARTY/RAYNAUD/JESTAZ: *Droit Civil. Les Obligations*, 2, *Le regime*, 2.ª ed., París, 1989.
- MESSINEO: *Il contratto in genere*, en CICU/MESSINEO, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, XXI-1, Milano, 1968.
- MIRABELLI: *Dei contratti in generale*, 2.ª ed., *Commentari del Codice Civile, Libro IV, Tomo secondo*, Torino, 1967.
- MONTÉS PENADÉS: «Artículo 1113», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirs.: ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, XV-1, Madrid, 1989, págs. 988 a 1038.
- «Artículos 1117 y 1118», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirs.: ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, XV-1, Madrid, 1989, págs. 1068 a 1080.
- «Artículo 1119», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirs.: ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, XV-1, Madrid, 1989, págs. 1080 a 1094.
- MOURLON: *Répétitions écrites sur le Code Civil contenant l'exposé des principes généraux leurs motifs et la solution des questions théoriques*, II, 12.ª ed., París, 1885.
- NÚÑEZ IGLESIAS: «Comentario a la sentencia de 6 de febrero de 2004», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* 66 (2004), págs. 1123 a 1132.
- PACCHIONI: *Diritto Civile italiano*, parte seconda, *Diritto delle obbligazioni*, II, *Dei contratti in generale*, 3.ª ed., Milano, 1939.
- PÉREZ GONZÁLEZ/ALGUER: traducción, comparación y adaptación a Enneccerus/Nipperdey, *Derecho Civil (Parte General)*, en ENNECCERUS/KIPP/WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*, I, *Parte General*, II, *Nacimiento, extinción y modificación de los derechos subjetivos*, Barcelona, 1935.
- Traducción y anotaciones a Enneccerus/Lehmann, *Doctrina especial*, 1.º, en ENNECCERUS/KIPP/WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*, II, *Derecho de Obligaciones*, 3.ª ed. por J. FERRANDIS, Barcelona, 1966.
- PETRELLI: *La condizione «elemento essenziale» del negozio giuridico. Teoria generale e profili applicativi*, Milano, 2000.
- PLANIOL/RIPERT: *Traité pratique de Droit Civil Français*, VII, *Obligations*, II, con el concurso de Esmein/Radouant/Gabolde, París, 1931.
- POTHIER: *Oeuvres, Traité des obligations*, 1, París, 1825.
- RESCIGNO: «Condizione (dir. vig.)», en AA.VV., *Enciclopedia del Diritto*, VIII, dir. y coord.: CALASSO, VARESE, 1961, págs. 762 a 801.
- ROCA GUILLAMÓN: «Artículo 1258», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XVII-1-A, dirs.: ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, Madrid, 1993, págs. 420 a 462.

- SACCO: «La condizione», en SACCO/DE NOVA, *Trattato di Diritto Privato*, 10, *Obbligazioni e contratti*, II, dir.: P. RESCIGNO, Torino, 1982, págs. 291 a 300.
- SALVAT: *Tratado de Derecho Civil argentino. Obligaciones en General*, I, 6.^a ed., por Galli, Buenos Aires, 1952.
- SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho Civil y el Código Civil e historia general de la legislación española*, IV, *Derecho de obligaciones. Derecho de la contratación*, 2.^a ed., Madrid, 1899.
- SAVIGNY: *Sistema del Derecho Romano Actual*, trad.: MESÍA/POLEY, pról. DURÁN Y BAS, II, Madrid, 1879.
- SCAEVOLA, Quintus Mucius: *Código Civil. Comentado y concordado extensamente con arreglo á la edición oficial*, XX, 2.^a ed., Madrid, 1958.
- SEGOVIA: *El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, I, Buenos Aires, 1933.
- SETTESOLDI: «Note in tema di condizioni unilaterali», en *Rassegna di Diritto Civile* (1999), págs. 406 a 427.
- STOLFI: «Culpa pro impleta condicione est», en *Rivista di Diritto Civile* (1926), págs. 68 a 74.
- TORRALBA SORIANO: *El modo en el Derecho Civil*, Madrid, 1967.
- TRIMARCHI: «Finzione di averamento e finzione di non averamento della condizione», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* (1966), págs. 809 a 828.
- VALPUESTA GASTAMINZA: *La prohibición de la arbitrariedad en el ámbito contractual privado*, Pamplona, 1989.
- VERDERA SERVER: «Algunas consideraciones sobre el incumplimiento del modo testamentario impuesto al heredero: una comparación entre el Código Civil y el *Codi de successions*», en AA.VV., *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, CABANILLAS/CAFFARENA/J. M.^a MIQUEL/MONTÉS/MORALES/PANTALEÓN [org.], IV, Madrid, 2003, págs. 5593 a 5622.
- VITUCCI: «*Condicio est in obligatione: ex lege* (sulla finzione di averamento e la condizione potestative)», en *Rivista di Diritto Civile* (1998), págs. 9 a 24.

RESUMEN

CONTRATO CONDICIONADO BUENA FE

En este trabajo se aborda el problema de la manipulación de la condición a la que se sujeta el contrato por parte de uno de los contratantes, así como la eficacia de los posibles remedios consecuencia de dicha manipulación. En primer lugar se analiza la estructura del suceso condicional: presupuestos y elementos, para de esta manera proceder a estudiar la relación entre condición potestativa, discrecio-

ABSTRACT

CONDITIONAL CONTRACT GOOD FAITH

This paper addresses the problem wherein one of the parties to a contract manipulates the basic condition on which the contract hinges and the efficacy of the kinds of remedies available as a consequence. First, the structure of the conditional event (the conditioning factors and components of the event) is analyzed. Next, the relationship amongst optional conditions, latitude for choice and unjust action

nalidad y arbitrariedad (manipulación). Se examina la naturaleza y función del interés en la condición, trasladando a nuestro sistema el debate que la doctrina extranjera mantiene acerca de la condición unilateral. La unilateralidad del interés en la condición se vincula al tratamiento de la causa contractual, dependiendo de él las posibilidades en el ejercicio de distintas facultades que, con respecto a la condición, asisten a los contratantes. En orden a las consecuencias aparejadas a la manipulación de la condición, se propone revisar el enfoque de la ficción de cumplimiento como sanción legal, tanto en sus requisitos como en sus efectos, imprimiendo en estos últimos una mayor flexibilidad acorde con la mejor tutela del interés del contratante perjudicado. Para finalizar se defiende la construcción de la tesis del cumplimiento por equivalente de la condición.

(manipulation) is examined. The nature of interest and the function interest performs in the contract condition are considered, and a hot topic in foreign legal thought, unilateral conditions, is transferred to Spanish ground. Interest in the contract's pivotal condition may be unilateral; the unilateral nature of interest is linked to how the parties handle the issue of consideration; and the parties' possibilities for exercising different faculties with respect to the condition depend in turn on the consideration at issue. The paper discusses the consequences entailed in manipulation of the condition. A proposal is put forward, suggesting that the focus on the fiction of compliance as a legal penalty should be revised in terms of its requirements as well as its effects, and its effects should be made more flexible and thus more able to provide stronger protection of the injured party's interest. The article winds up with a defence of the thesis of compliance through the equivalent of the condition.

(Trabajo recibido el 8-7-2011 y aceptado para su publicación el 15-9-2011)

Sobre el catastro parcelario: su necesidad y funciones en el comercio jurídico y la urgencia de su conexión con el Registro de la Propiedad (1)

por

ROSA M.^a MONTORO RUEDA

*Doctora en Derecho
Universidad de Murcia*

SUMARIO

- I. SIGNIFICACIÓN IDEOLÓGICO-POLÍTICA DEL CATASTRO.
- II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA IDEA DEL CATASTRO. DIVERSOS ENSAYOS Y MODALIDADES.
- III. EL PROBLEMA DEL CATASTRO EN ESPAÑA:
 1. LA SITUACIÓN CREADA POR LA DESAMORTIZACIÓN.
 2. LA REFORMA TRIBUTARIA DE DON ALEJANDRO MON (1845):
 - A) *La creación de un impuesto único.*
 - B) *La creación del amillaramiento (1850).*
 3. EL PERFECCIONAMIENTO TÉCNICO DE LA CONTRIBUCIÓN RÚSTICA:
 - A) *El paso de la tributación por cupo a la tributación por cuota.*
 - B) *La separación de la tributación entre riqueza rústica y urbana.*
 4. LA MODERNA LEGISLACIÓN SOBRE EL CATASTRO PARCELARIO.
- IV. EL PROFESOR CANDIL CALVO Y LA DEFENSA DE LA NECESIDAD DEL CATASTRO PARCELARIO:
 1. LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LA PROPIEDAD TERRITORIAL RÚSTICA:

(1) Notas sobre el pensamiento jurídico del Profesor F. CANDIL CALVO.

- A) *Los problemas.*
 - B) *La solución: Necesidad del catastro parcelario.*
- 2. LA INSTITUCIÓN DEL CATASTRO PARCELARIO:
 - A) *Noción.*
 - B) *Naturaleza y fines.*
- 3. LA LEY DEL CATASTRO DE 24 DE MARZO DE 1906. POSICIÓN CRÍTICA DE D. FRANCISCO CANDIL:
 - A) *Objeto y fin del catastro. Operaciones necesarias para llevarla a cabo.*
 - B) *Consideraciones críticas.*
- 4. PROPUESTAS DE DON FRANCISCO CANDIL RELATIVAS A LA CONFECCIÓN DEL CATASTRO PARCELARIO:
 - A) *Operaciones de carácter topográfico.*
 - B) *Operaciones de carácter pericial o económico.*
- V. OBJECIONES Y CRÍTICAS A LA TAREA DE CONFECCIÓN DEL CATASTRO PARCELARIO.
- VI. NECESIDAD DEL CATASTRO PARCELARIO: RAZONES QUE JUSTIFICAN SU CONFECCIÓN SEGÚN FRANCISCO CANDIL:
 - 1. RAZONES DE ORDEN JURÍDICO:
 - A) *Catastro y seguridad jurídica.*
 - B) *Catastro y justicia.*
 - 2. RAZONES DE ORDEN SOCIAL.
 - 3. OTRAS RAZONES.
- VII. SISTEMA A SEGUIR EN LA CONFECCIÓN DEL CATASTRO:
 - 1. CONSIDERACIONES DE DERECHO COMPARADO:
 - A) *El Acta Torrens.*
 - B) *El sistema de Derecho Hipotecario alemán.*
 - 2. POSICIÓN DE F. CANDIL.
- VIII. POSTERIOR EVOLUCIÓN DEL CATASTRO EN ESPAÑA DURANTE EL SIGLO XX.
- IX. ESPECIAL REFERENCIA AL CATASTRO Y SU COORDINACIÓN CON EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: PROYECTO GEOBASE.

I. SIGNIFICACIÓN IDEOLÓGICO-POLÍTICA DEL CATASTRO

A primera vista podría parecer que el tema del catastro constituye una cuestión puramente técnica, fría y aséptica como pudiera serlo, por ejemplo, el tema del sistema métrico decimal. Sin embargo, frente a un presunto puro tecnicismo y asepia el catastro constituye un instrumento técnico-político que en los últimos siglos de la historia de España fue considerado por la ideología

liberal como la pieza clave para la transformación de la Sociedad y del Estado a través de un justo y equitativo reparto de la carga fiscal (2).

Por ello nada tiene de extraño que la sociedad española aparezca escindida, durante los siglos XIX y XX, en dos bloques ideológicos que, aparte de otras consideraciones, se caracterizan por su oposición o defensa en cuanto a la elaboración del catastro.

Se opone sistemáticamente al catastro la *oligarquía terrateniente y conservadora* partidaria, por lo general, del sistema político fiscal del amillaramiento que resulta favorable a sus intereses económicos.

Por el contrario, amparan la elaboración del catastro parcelario los seguidores de la ideología liberal defensores de la igualdad y la justicia en el reparto de las cargas tributarias, y los medianos y pequeños agricultores que con el sistema de cupo propio del amillaramiento soportaban una carga fiscal claramente injusta y desproporcionada (3).

A la vista del problema candente que constituyó el tema del catastro, especialmente desde la desamortización, segunda mitad del siglo XIX y principios del XX, nada tiene de extraño que un hombre de mentalidad abierta, progresista y liberal como don Francisco Candil, bajo las indicaciones y directrices de su maestro don Gumersindo de Azcárate, eligiese como tema de su tesis doctoral el tema de *La necesidad del catastro parcelario*.

Dicha tesis fue defendida el día 20 de junio de 1910 ante un tribunal compuesto por los siguientes profesores:

Presidente: Don Rafael Ureña.

Vocales: Don Gumersindo de Azcárate.

Don Felipe Clemente de Diego.

Don Leopoldo Palacios, y

Don Antonio Goicoechea.

La tesis obtuvo la calificación de sobresaliente. Por motivos muy especiales, el Premio Extraordinario de Doctorado se declaró desierto en dicho curso (4).

Esa dimensión ideológico-política que hemos atribuido a la institución del catastro se comprende mejor al estudiar el tema desde una perspectiva histórica.

(2) PRO RUIZ, Juan, *Estado, geometría y propiedad (Los orígenes del catastro en España, 1715-1941)*, Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria. Ministerio de Economía y Hacienda, Edita: Subdirección General de Estudios y Estadística, Madrid, 1992, pág. IX.

(3) *Ibíd.*, op. cit., págs. 175 y sigs., 192 y sigs. y 320 a 332.

(4) CANDIL CALVO, Francisco, *Necesidad del catastro parcelario*, Imprenta de Estanislao Maestre, Madrid, 1920.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA IDEA DEL CATASTRO. DIVERSOS ENSAYOS Y MODALIDADES

Los orígenes de la cartografía catastral no se conocen con exactitud. Se admite que el mapa catastral más antiguo del que se tiene noticia data del año 2500 a. de C. Se trata de una placa de barro cocido de 7 cm. de la época caldea que se encontró en la ciudad de Ga-Sur, al norte de Babilonia y que se conserva en la universidad de Harvard (EE.UU.) (5).

Se sabe que desde la antigüedad (Egipto, Grecia, Roma), el poder político estuvo muy interesado en el desarrollo y aplicación de la cartografía catastral con el fin de conocer con la mayor exactitud posible los recursos y la riqueza de su territorio, lo cual tiene una enorme importancia económica, política y fiscal, contribuyendo a modernizar la Hacienda del Estado.

1. Respecto de la *Antigüedad*, Candil nos proporciona abundantes noticias que no figuran en otras obras más modernas y especializadas.

Así, en relación con la Edad Antigua, F. Candil escribe: «En China, el Emperador Yao en el año 2238 (antes de J.C.), hizo una estadística que fue grabada en los monumentos públicos, donde se consignaba la riqueza, impuestos, etc., esto es, que comprendía datos que componían parte esencial de lo que constituiría el catastro.

Documentos históricos y estados gráficos que aun se conservan, permiten asegurar, sin ningún género de dudas, que las tierras del antiguo Egipto fueron catastradas, entre otros motivos, porque las inundaciones del Nilo borran los límites, y la confusión hubiera sido terrible sin la existencia de dichos datos.

Los registros de los babilonios y los de los fenicios, compulsados los unos por Boroso en tiempos de Alejandro el Grande y los otros por Sanchoniaton en el reinado de Salomón, parece que contenían, además de hechos religiosos e históricos, detalles e indicios de que en Asia oriental estuvieran catastradas las tierras en las épocas más remotas que registra la historia de la humanidad.

Herodoto confirma esta suposición, presentando la operación del catastro, como una práctica usual de la administración de los antiguos reyes de Persia.

Cuenta Herodoto, que habiendo impuesto el rey Darío una contribución de 400 talentos a las ciudades griegas del Asia Menor, que acababa de someter, se hicieron muchas reclamaciones, y entonces Alejandro mandó a su hermano Artafernes para que se midiesen las tierras nuevamente anexionadas y que consignase los datos para hacer equitativamente la distribución del impuesto; de este modo previno toda queja en el futuro. Además Alejandro se hacía acompañar

(5) BERNÉ VALERO, José Luis, y FEMENÍA RIBERA, Carmen, *Catastro de rústica*, Departamento de Ingeniería Cartográfica, Geodesia y Fotogrametría, Escuela Superior de Ingeniería Geodésica, Cartografía y Topografía, Editorial Universidad Politécnica de Valencia, Valencia, 2000, pág. 131.

en sus excursiones de los geómetras Dionetos y Betón para que midiesen las tierras conquistadas.

En Roma sabemos que la reforma de Servio Tulio relativa al censo se basaba en la riqueza, y parece lógico que en la investigación de la misma se hiciesen operaciones de este género. Refiere Sículo Fracco que en su tiempo, o sea en el reinado de Domiciano, existía el plano de las tierras, cuyo origen provenía de los fundadores de las colonias, o sea de los siglos II, III y IV, y además que los límites colocados por los Gracos y por Sila no se habían borrado aún.

Hubo agrimensores que se empleaban en medir, dibujar y clasificar las tierras.

Los terrenos de una colonia o municipio se dividían en cuadrados de 50, 200 y hasta 400 yugadas, siendo lo corriente que fuesen de 200, y cuando en un municipio quedaba algún sobrante que no llenaba la unidad de medida, se dejaba al dominio público.

El plano catastral del territorio se grababa en cobre y se depositaba en el *Tabularium* de la República o del Emperador. Uníase al plano una descripción que contenía todas las condiciones de la propiedad dada. Existían planos hechos por particulares, mas no tenían autoridad alguna; para conseguirla era necesario acudir al catastro oficial.

Es digno consignarse que Julio César, imitando el ejemplo de Alejandro, se hizo acompañar en su expedición por las Galias de tres geómetras griegos para que hicieran el catastro» (6).

2. En relación con la *Edad Media* indica don Francisco Candil que aquellos «no eran los tiempos más a propósito, como dice Lora, para emprender trabajos de la naturaleza del que nos ocupa. “Cuando se trata de una operación cuyo principal objeto es perfeccionar la Administración del Estado y llevar a la práctica ideas de justicia, lo primero es que exista el Estado a que ha de aplicarse, que se halle exento de luchas constantes que, avivando la pasión y excitando todos los odios, apenas el tiempo da bastante espacio para pelear”.

“Derribado el Imperio y trasformada la constitución de la propiedad, perecieron las instituciones censuales. Solo se encuentra algún rasgo del catastro descriptivo realizado por los árabes en la conquista de España y por los normandos en tiempo de Eduardo el Confesor...”, así se expresa Flora (7).

Después de lo dicho por estos señores —explica CANDIL— poco podemos nosotros añadir, por estar conformes en que la Edad Media o en buena parte de ella, los trabajos catastrales fueron poco numerosos, siendo las causas, a nuestro juicio: 1.º El cambio tan trascendental que sufrieron todos los órdenes, y por lo que a nosotros nos interesa, el régimen de la propiedad a la venida de los bárbaros. 2.º El incesante guerrear, que impidió a los pueblos ocuparse de otros asuntos que no fueran el adiestrarse y subvenir recursos para la lucha, siquiera

(6) CANDIL CALVO, Francisco, *op. cit.*, págs. 15 y 16.

(7) *Ibíd.*, pág. 17.

fuera asunto de tanta importancia como el que nos ocupa. 3.º El interés que tenían los propietarios privilegiados, que en esta época eran los más numerosos, para que no se hicieran reformas de este género, que suponían por lo menos la igualdad de todos ante el fisco, cosa que consideraban intolerable (8).

Sin embargo algo se hizo. Baste recordar a este efecto los inventarios que dijimos en otra ocasión existían, lo mismo en los conventos que en las casas señoriales, llamados Política (en tiempos de Don Pedro I se conoció el *libro Becerro o catastro de las Behetrias* —este dato es añadido nuestro—). Asimismo nuestras Cortes de Toledo en el siglo XV, mandaron hacer la primera operación de esta clase para la iguala de las provincias, y podemos citar también el catastro florentino de 1427 para la cobranza del diezmo (9).

La mayor parte de las operaciones hechas en el sentido que venimos tratando son defectuosas, apoyadas en datos falsos e incompletos, cosa que no tiene nada de extraño si tenemos en cuenta el escaso desarrollo de la estadística, así como también el de las operaciones topográficas y geodésicas, razón por la cual el catastro tenía carácter descriptivo y no gráfico» (10).

3. En la *Edad Moderna*, señala CANDIL, los estudios catastrales sufrieron un gran desarrollo debido, sobre todo, a la gran revolución que, entrada ya la modernidad, introdujo en el orden económico la *Escuela fisiocrática*. Dicha escuela sentó «el principio de que el universo está regido por leyes naturales, dedujo de esto un sistema completo filosófico, jurídico y económico. Supone que las citadas leyes se emplean providencialmente y que la autoridad social debe respetarlas; de aquí deduce la máxima de gobierno de *laissez faire y laissez passer*. En cuanto a la riqueza, depende principalmente de la agricultura, que tiene la virtud de conseguir cosas útiles y logra un producto líquido, cosa que no sucede en las demás industrias. No existiendo riqueza fuera de la tierra, en ella se fijaron preferentemente, y como consecuencia de ello entendieron la contribución única sobre la misma, y para su mejor persecución señalaron la necesidad imperiosa del catastro.

Los defensores de esta teoría, como Quesnay, marqués de Mirabeau, Mercier de la Riviere, Bondeau, Turgot, Schelettwein, Delfico, Florentino, Fabroni, etc., fueron los más fervientes propagandistas del catastro» (11).

(8) *Ibid.*, pág. 17.

(9) *Ibid.*, pág. 17.

(10) *Ibid.*, pág.17; véase también BERAUD, Francisco, y LEZÓN FERNÁNDEZ, Manuel, *Tratado de Derecho Inmobiliario*, Instituto Reus, Madrid, 1927, págs. 572 y sigs. En la España cristiana medieval, puntualiza L. BELTRÁN, «encontramos como forma general de tributación, los “servicios”, en Castilla o la “pecha”, en Aragón, cuyo reparto se hacía según el patrimonio. Fácilmente se comprende que en aquellos tiempos, los impuestos sobre el patrimonio habían de recaer preferentemente sobre la tierra, la forma de patrimonio más importante entonces», BELTRÁN, Lucas, *Hacienda pública*, Derecho fiscal, editorial Lex Nova, Valladolid, 1961, pág. 99.

(11) CANDIL CALVO, Francisco, *op. cit.*, págs. 17 y 18.

CANDIL nos proporciona una visión general de la elaboración del catastro en las principales naciones de Europa entre los siglos XVIII y XIX. En este sentido escribe, a título de ejemplo:

«*Alemania*.—En Wurtemberg, Baviera, Nassau y Baden se hicieron catastros en esta época; precediendo el deslinde parcelario en Prusia por los decretos de 25 de agosto de 1857 y 7 de mayo de 1858, se hicieron de forma análoga a la citada las operaciones catastrales.

Suiza.—Los cantones de Ginebra y de Vaud realizaron, por disposiciones de 1807, 1814 y 1841, su catastro, precediendo la delimitación parcelaria.

Austria, Hungría y Rusia.—En estos países el catastro no ofreció serias dificultades, por ser en general las propiedades muy extensas.

Italia.—En esta nación se le dio siempre importancia a estos trabajos; baste recordar que antes de la ley de 1 de marzo de 1886, modificada en el 87, 89, 94 y 97, que ordenó formar en Italia uno general, existían 22 catastros diferentes, siendo de notar que, no obstante el excesivo número, reunidos todos, quedaba sin catastrar media Italia.

Bélgica.—Se ejecutaron las operaciones catastrales parcelarias en 1802 y 1826.

Inglaterra.—Esta nación, aun necesitando un catastro, no tiene sino el perímetro del territorio de cada municipio; esto se explica porque allí, dada la poca división de la propiedad por una parte, y por otra, la debilidad del impuesto sobre la tierra, hacen que pueda pasar con un simple registro, como los que nosotros usamos.

Holanda.—Su catastro fue como el de Bélgica hasta 1831; su renovación se verificó en 1842; se hizo sin deslinde parcelario.

Francia.—Las operaciones de esta clase son antiquísimas, se remontan a la dinastía carlovingia. Generalmente recibieron el nombre de Perecuario; fueron modificadas por Carlos V, en 1359. Posteriormente Carlos VII quiso hacer un catastro para toda la Monarquía, pero solo tuvo efecto en el Languedoc. Más adelante, Francisco I en 1535, Colbert en 1664, algo que hizo su sucesor Cahmillard, es lo más importante que tenemos, hasta que en el año 89, según refiere Macarel, 73 Asambleas de la nobleza y 58 del estado llano, pidieron la formación del catastro. Disposiciones del 91, de la Asamblea constituyente y del 93 de la Convención, sirven de antecedentes a los decretos consulares de 1802 y 1803 en la época de Napoleón; no respondieron sus buenos deseos a las necesidades de entonces, tal vez por el procedimiento empleado para llevarlas a cabo, por lo cual se pensó en variar el carácter de estas operaciones por el de un catastro jurídico, y, por tanto, parcelario, más interesante y más racional; estas operaciones se hicieron con arreglo a lo dispuesto en “Le Recueil Methodique de 1811”, trabajo interesantísimo para estos asuntos; se terminaron las operaciones en 1850. Las de este catastro fueron las primeras que en Francia se

hicieron de índole parcelaria, siendo estas las que a nosotros más directamente nos interesan. Este catastro resultó defectuoso; prueba de ello la tenemos en las peticiones al Senado de los años 1856, 61, 63 y 65.

En 1866 se pidió “el establecimiento de un nuevo catastro que tuviese por objeto, no solamente la igual repartición del impuesto entre los contribuyentes, sino además el establecimiento del libro constitutivo de la propiedad territorial”. Esta petición fue rechazada impidiéndose así la realización de una empresa tan importante.

Últimamente, por ley de 17 de marzo de 1898, se ha emprendido la revisión del catastro; proposiciones posteriores otorgan a los departamentos la facultad de revisarlo, abonando el 20 por 100 de su costo; mas se espera que no den buen resultado estas tentativas» (12).

4. En relación con España, afirma CANDIL que los trabajos catastrales son antiquísimos, pudiéndose «afirmar que en antigüedad somos los primeros, y en resultados los últimos».

«Del primer trabajo de que tenemos noticia cierta, dice CANDIL, es de la época de los árabes.

LAFUENTE dice que “Alsamakben Melec fue el primero que hizo y envió al Califa una estadística de la población del reino y sus riquezas de todo género, con una descripción de las ciudades, sus costas y sus puertos”.

Desde esta época hasta los tiempos de Felipe II no se hizo nada en este sentido, cosa perfectamente explicada si se tiene en cuenta la situación de fraccionamiento territorial en Rey, Nobleza, Clero y Municipios, cosa que ocurría dentro de cada reino; por otra parte, estaba muy lejos de los pensamientos de la Edad Media buscar la justicia en los impuestos, pues conocido es el sentido y el alcance que se les daba» (13).

A efectos del desarrollo en España de la cartografía catastral tenemos que esperar hasta la Edad Moderna. «Felipe II, en 1575, dispuso que Pedro Esquivel, cronista de Carlos I y Catedrático de Matemáticas de Alcalá, recorriese la península y formase una exacta descripción de los pueblos de España». Y la elaboración, además, de un mapa cartográfico de España (14).

Con todo sería a partir de Felipe V cuando, con fines fundamentalmente fiscales (la mayor recaudación para la Hacienda Real), se elaboraron diversos catastros con el fin de asimilar al régimen fiscal de Castilla la tributación (Rentas Provinciales de Castilla) las contribuciones de los reinos y territorios que en la Guerra de Sucesión (1701-1714) habían luchado a favor del archiduque Don Carlos de Austria.

(12) *Ibíd.*, págs. 18 y 19.

(13) *Ibíd.*, págs. 19 y 20.

(14) *Ibíd.*, pág. 20.

Aunque pueda apreciarse en ello la intención de castigar políticamente a dichos territorios, el criterio que predomina es la idea típica de la Ilustración y del Despotismo Ilustrado de imponer un régimen político-administrativo uniforme a todos los territorios de la Corona. La uniformidad se ve como una exigencia de la idea de justicia, que implica igualdad, y una condición técnica que facilita, agiliza y hace más eficaz el ejercicio del poder.

Desde estos supuestos, y con el fin de modernizar y hacer más justo el sistema contributivo se realizaron los siguientes mapas catastrales con denominaciones diversas:

1. La única contribución en Aragón (1711) (15).
2. El catastro de Patiño en Cataluña (1715) (16).
3. El Equivalente Valenciano (1716) (17).
4. La talla general en el Reino de Mallorca (1717) (18).
5. El catastro de Ensenada, en Castilla (1749) (19).

CANDIL añade que «el marqués de la Ensenada, digno ministro de Fernando VI, hizo el catastro de las 22 provincias de Castilla; obra que consta de 150 volúmenes y costó al Tesoro más de 40 millones de reales.

Carlos III, nuestro gran rey, intentó hacer el catastro y se comenzaron los trabajos con gran acierto, mas no se llegó a feliz término por causas ajenas a la voluntad del monarca. El Consejo de Castilla hizo cuanto pudo a fin de que se hiciera un catastro, pero la invasión francesa paralizó los trabajos» (20).

Debe tenerse en cuenta que la característica común de estos catastros era la *imposición «por cupo»*. Esto significaba que la Hacienda Real fijaba una cantidad global a recaudar y cada una de las instituciones de los reinos la repartía en entidades territoriales menores, hasta llegar a cada vecino (21).

En 1785, con la Reforma del Conde de Llerena, se dio «un paso más moderno pero efectivo, en el sentido de implantar los impuestos sobre el producto

(15) PEIRÓ, Antonio, «La única contribución (1711)», en *El catastro en España 1714-1906*, vol. I, Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1988, págs. 75 y sigs.

(16) SEGURA I MÁS, Antoni, «El catastro de Patiño en Cataluña», en *El catastro en España...*, cit., págs. 31 y sigs.

(17) RUIZ TORRES, Pedro, «El Equivalente Valenciano», en *El catastro en España...*, cit., págs. 47 y sigs.

(18) RIERA VAYREDA, Francisco, «La talla general», en *El catastro en España...*, cit., págs. 61 y sigs.

(19) CALVO ALONSO, Carlos, «El catastro de Ensenada, proyecto de única contribución en la Corona de Castilla», en *El catastro en España...*, cit., págs. 89 y sigs.

(20) CANDIL CALVO, Francisco, *op. cit.*, pág. 20.

(21) BERNÉ VALERO, José Luis, y FEMENÍA RIBERA, Carmen, *op. cit.*, pág. 134. Una visión reducida y clara de la significación de las cartas catastrales de Aragón, Mallorca, Cataluña, Valencia y Castilla puede verse en la citada obra, págs. 134 a 138.

del suelo: se creó la contribución de frutos civiles (que se pagaba solamente en el reino de Castilla) para compensar las bajas de recaudación que produjeron las rentas provinciales, las desgravaciones de los artículos de primera necesidad que se habían decretado. El nuevo impuesto gravaba las rentas procedentes de arriendos de tierras, fincas, derechos reales, jurisdiccionales, con algunas excepciones» (22).

Con todo, y mientras que en Francia se había elaborado ya en 1790 un catastro parcelario de alta precisión mediante el sistema de triangulaciones geodésicas, que fue objeto de revisiones que lo hicieron más preciso desde el punto de vista técnico (23), España, pionera en los inicios de los trabajos catastrales, como ya ha indicado Candil, fue la última en obtener unos resultados fiables.

CANDIL ha descrito con fidelidad notarial el penoso calvario recorrido por nuestra Administración hasta la fijación legal y terminante, en 1906, de la necesidad urgente de confeccionar un catastro parcelario, lo cual no evitó que se tardase casi un siglo más en llevar a cabo dicha confección. Escribe CANDIL: «En 1822 las Cortes autorizan al ministro de la Gobernación para hacer el catastro; poco después don Ramón de Calatraba vuelve a intentar estos trabajos con el nombre de matrícula catastral; pero ninguno de estos llegó a tener resultados prácticos, tanto por la deficiencia, como por el poco tiempo invertido.

Hasta esta época, la evaluación se hacía del producto bruto, y desde aquí en adelante se evalúa el neto, siendo el primero que hizo esto el último citado, el señor Calatraba, por Real Decreto de 7 de febrero de 1841, expedido por la Regencia provisional del reino.

Don Mateo Manuel Ayllón intentó, en 1843, establecer la oficina de estadística y el catastro, lo que los anteriores no habían conseguido; nombró una Comisión presidida por don Celestino de la Peña; mas las pasiones políticas impidieron que llevase a buen término la obra» (24).

Debemos mencionar aquí la Reforma Tributaria de don Alejandro MON (1845), que sentaría las bases de nuestro actual sistema tributario.

«En 1846 (continúa CANDIL) se crea en el Ministerio de Hacienda, la Dirección central de Estadística, y en el Reglamento de 18 de diciembre del mismo año, se dan instrucciones sobre las evaluaciones.

En 1848, se crean Comisiones en las provincias para adquirir datos para la formación del catastro.

En 1856, se le da gran impulso a los trabajos, y cuando se creía un hecho su formación, en 1870 se cambia la unidad parcela, por la masa de cultivo, y se terminan los trabajos en las provincias de Córdoba, Jaén, Málaga, Sevilla y Cádiz.

(22) BELTRÁN, Lucas, *op. cit.*, pág. 101.

(23) BERNÉ VALERO, José Luis, y FEMENÍA RIBERA, Carmen, *op. cit.*, págs. 138 y 139.

(24) CANDIL CALVO, Francisco, *op. cit.*, pág. 20.

En 1874 nuevo cambio de rumbo, y el Instituto Geográfico y Estadístico se dedica al levantamiento del Mapa nacional, obra indudablemente meritísima, pero que no es el catastro, y que aun lo que pudiera utilizarse de ella tiene un plazo muy lejano (...) (25).

«Las disposiciones hasta 1889 tienen poca importancia. En esta época, el ministro de Hacienda, don Venancio González, quiso dar impulso a los trabajos, aunque sin fruto; igual suerte corrieron las disposiciones del conde de Xiquena, ministro de Fomento, y las de Don Santos Isasa, ministro del mismo ramo.

Don Juan Navarro Reverter, dictó en 24 de agosto de 1896, una ley en la que se ordena la formación del catastro por masas de cultivo y el Registro fiscal. En este proyecto, el plano del terreno está a cargo del Instituto Geográfico y Estadístico, y de la evaluación se ocupaban los ingenieros agrónomos y los peritos. La dirección estaba encomendada a una Comisión central de evaluación y catastro, siendo presidente de ella el ministro de Hacienda.

La ley de 27 de marzo de 1900, fue resultado de un proyecto presentado a las Cortes por el señor Fernández Villaverde en 17 de junio de 1899, sobre el establecimiento del Registro fiscal de la propiedad rústica y urbana y de los ganados, formando parte de él un catastro de cultivos.

Tiende este proyecto, a *cambiar la contribución de cupo fijo por la de cuota* y a hacer cesar a los Ayuntamientos en el conocimiento de los amillaramientos y repartos y reivindicar para la Hacienda estas funciones suyas, «de las que jamás debió privársele en beneficio del contribuyente y del Tesoro».

El plano (continúa CANDIL) será formado por el Instituto Geográfico y Estadístico, y los trabajos topográficos, agronómicos catastrales por los Municipios, Juntas y Sindicatos agrícolas.

La última disposición, que es la vigente en la materia, es la ley de 34 de marzo de 1906, debido a la iniciativa del entonces ministro de Hacienda, don Amós Salvador» (26).

El retraso y pérdida de tiempo en la confección del catastro parcelario es un problema que hay que cargar en la cuenta de la inestabilidad política de España durante el siglo XIX, en la estéril lucha de los partidos políticos, auténticos órganos parasitarios de la Nación en muchos casos, en los intereses de las clases burguesas, verdaderas beneficiarias de la desamortización, y en su preocupación exclusiva de buscar un asiento definitivo y sólido de su situación de privilegio cuya raíz y origen hay que buscar e investigar en la calamitosa situación en que quedó la propiedad rústica y urbana tras el injusto y chapucero proceso de desamortización llevado a cabo por el liberalismo moderado.

Para comprender la complejidad del problema en sus justos términos han de tenerse en cuenta los hechos que vamos a estudiar a continuación.

(25) *Ibíd.*, pág. 20.

(26) *Ibíd.*, págs 20 y 21.

III. EL PROBLEMA DEL CATASTRO EN ESPAÑA

1. LA SITUACIÓN CREADA POR LA DESAMORTIZACIÓN

Como vimos en el capítulo I, el proceso de desamortización llevado a cabo por el partido moderado, bajo el reinado de Isabel II, fue un rotundo fracaso. Desde el punto de vista económico, la desamortización no benefició ni al fisco, ni a los campesinos, sino a una parte de la aristocracia y a la burguesía adinerada, que se hizo mucho más rica especulando sin ningún escrúpulo. También se enriquecieron los intermediarios, compradores y negociantes. Desde el punto de vista jurídico la desamortización fue una chapuza política en la cual se violaron sistemáticamente las exigencias de justicia (fincas de gran valor se adquirieron por precios irrisorios) y de la seguridad jurídica. La desamortización creó una situación de angustiosa inseguridad. Hubo fraudes y amaños, ocultación y falsificación de las fincas y sus linderos, los títulos de la propiedad adquirida tuvieron un carácter dudoso y poco fiable en el mercado, etc... (27).

Todo ello hacía necesario y urgente, desde el punto de vista de la Hacienda y del mercado, la determinación y fijación de los nuevos títulos de la propiedad en un registro público que los dotase de certeza.

2. LA REFORMA TRIBUTARIA DE DON ALEJANDRO MON (1845)

A satisfacer esas exigencias de seguridad y certeza se encaminó en gran medida la Reforma tributaria de A. Mon, mediante el establecimiento de un único impuesto de contribución rústica y la creación de un nuevo registro público de la riqueza: *el amillaramiento*.

En este sentido, la Ley de Presupuestos de 23 de mayo de 1845 supuso, con todos sus defectos, el paso decisivo hacia un sistema tributario moderno, y constituye aún en sus principales supuestos, como hemos indicado, la piedra angular de nuestro sistema fiscal (28).

A) *La creación de un único impuesto*

Con el fin de simplificar y agilizar la función recaudatoria, la reforma estableció la creación, en virtud del Real Decreto de 23 de mayo de 1845, de un

(27) SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Historia del constitucionalismo español*, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, págs. 174 y 175.

(28) SEGURA i MÁS, Antoni, «La Reforma Tributaria de MON (1845) y los amillaramientos de la segunda mitad del siglo XIX», en *El catastro en España...*, cit., pág. 113.

único impuesto de contribución rústica y urbana, que se repartía por cupos y que gravaba la tierra, el cultivo y la ganadería (29).

En este impuesto refundió, como explica ÁLVAREZ DE CIENFUEGOS, «una serie de antiguas contribuciones que, tanto por la razón de la materia que gravaban como por la forma de establecer este gravamen, resultaban idénticas las más, y notablemente semejantes a él las otras» (30). «El fundamental significado de la creación de este tributo radica —escribe ÁLVAREZ DE CIENFUEGOS— aparte de los beneficios que reportaba a la Administración y a los contribuyentes por la simplificación que suponía, en constituir un gran avance científico, por ser un impuesto basado en principios racionales que refundía toda una serie de tributos que no poseían otra justificación que la histórica. Como antecedentes de la reforma hay que señalar —como ya hemos visto en CANDIL— la obra de los ministros de Carlos III, las disposiciones de las Cortes de Cádiz, los proyectos de Garay y de los Gobiernos liberales a favor del establecimiento de la llamada “Única contribución”» (31).

B) *La creación del amillaramiento (1850)*

Este supuso la elaboración de un nuevo sistema de información sobre la riqueza, consistente en un registro en el que los propios contribuyentes facilitaban a la Hacienda los datos técnicos de su riqueza.

El amillaramiento constituía un documento fiscal fundamental consistente en «un padrón o relación numerada por orden alfabético de los propietarios y usufructuarios de bienes inmuebles y ganadería, existentes en cada término municipal, en que se ha de expresar, en todo caso, separadamente y en conjunto, individuo por individuo, cada uno y todos los objetos de imposición que el dueño o usufructuario posea. El amillaramiento consta de tres partes: en la primera se incluirán los individuos cuyas propiedades no gocen de exención; en la segunda los que gocen de exención temporal, y en la tercera los que sean titulares de fincas totalmente exentas. Cada una de estas partes va acompañada de un resumen de los datos en ella comprendidos. (...) Su confección, conservación y renovación incumbe básicamente a órganos municipales, como

(29) *Ibíd.*, pág. 113. BERNÉ VALERO, José Luis, y FEMENÍA RIBERA, Carmen, *op. cit.*, pág. 139.

(30) «Entre ellas estaba la de Paja y Utensilios; la de Frutos Civiles; la de Cuarteles; la de Culto y Clero: Manda Pía forzosa; el catastro, Equivalente y Talla de la Corona de Aragón; Servicios de Navarra y Donativos de las Vascongadas». ÁLVAREZ DE CIENFUEGOS, José, *Hacienda pública*, 4.^a ed., editorial Prieto, Granada, 1958, págs. 214 y 215. Véase también BELTRÁN, Luis, *op. cit.*, págs. 100 y 101; SEGURA I MÁS, Antoni, «La Reforma Tributaria de Mon...», *cit.*, pág. 113.

(31) ÁLVAREZ DE CIENFUEGOS, José, *op. cit.*, pág. 215.

son las Juntas periciales, las Comisiones de evaluación en las capitales de provincia» (32).

Como recuerda A. SEGURA I MÁS, el amillaramiento contribuyó a proporcionar a la Hacienda y al público, en general, una doble información, general e individual:

«Entre la información de carácter general figura el año de confección del amillaramiento, el municipio a que se refiere, la composición del Ayuntamiento y de la Junta Pericial, la Cartilla Evaluatoria, las medidas de extensión agraria utilizadas, así como sus equivalencias, si hubiere lugar, y el Resumen del amillaramiento. Este último suele proporcionar: el total de la extensión de tierras de toda clase y calidad; el total de fincas rústicas y urbanas; el total de cabezas de ganado, con distinción de las especies y de la dedicación (uso agrícola o uso industrial); el total de propietarios de fincas rústicas (casas de labor), de fincas urbanas, de tierras y de ganadería. Para cada uno de estos epígrafes y sus subdivisiones según las clases y calidades, las especies y la dedicación, se da el Producto Total, las Bajas por Cultivo o Explotación (excepto en las tierras no cultivables y, en ocasiones, en la ganadería, ya que se consideran nulas) y el Producto Líquido Imponible resultante de la diferencia de los productos anteriores. El Resumen incluye también el total del Producto Líquido Imponible resultante, el cupo asignado al municipio y la cuota aplicada. Poco frecuente es la inclusión de un resumen de la distribución de los contribuyentes según los diferentes intervalos de contribución».

La información de carácter individual proporciona:

- El nombre y el primer apellido de los propietarios ordenados alfabéticamente. Se distingue, a veces, a los propietarios vecinos del municipio de los forasteros. De estos últimos, en ocasiones, se indica el lugar de residencia.
- Las parcelas que tiene cada propietario (a veces se da la ubicación dentro del término del municipio), de las que se especifica la extensión, calidad y clases de cultivo.
- Las cabezas de ganado y las casas de labor (o barracas, canteras, ladrillerías, etc.) de cada propietario. Según el tamaño del municipio, las fincas urbanas pueden aparecer o bien en un volumen (o volúmenes) aparte o en el mismo libro donde se expresa la riqueza rústica y ganadera. En todo caso, en 1893 se separó la contribución rústica de la urbana.

De aparición más irregular es la relación de colonos. Esta relación puede presentarse de dos formas: o bien después de cada propietario aparecen las parcelas que tenía arrendadas con el nombre del arrendatario, o bien al final de la

(32) *Ibíd.*, pág. 215; BELTRÁN, Lucas, *op. cit.*, pág. 113.

relación de propietarios se da la relación de los colonos, indicando las parcelas que cultiva cada uno de ellos y el nombre del propietario al que pertenecen (33).

El sistema de amillaramiento tenía dos graves inconvenientes:

El primero, que facilitaba enormemente el fraude y la ocultación de la riqueza (se calcula que en el primer amillaramiento se ocultó el 40 por 100 de la superficie conocida hasta entonces) (34). Ello es fácilmente explicable porque las tareas de confección de los amillaramientos recaían básicamente sobre los Ayuntamientos que estaban controlados por los mayores hacendados locales y provinciales. Esta situación favorecía la ocultación y el fraude mediante la desigual distribución del importe del impuesto (35).

El segundo gran inconveniente que tenía la técnica del amillaramiento consistía en la falta de homogeneidad de criterios métricos:

En cada municipio se utilizaban medidas de extensión agrarias distintas (36).

El régimen de tributación de la riqueza amillarada (inmuebles, cultivos y ganadería) tal como fue creado por MON era el de *cupo*. En la tributación por cupo, como hemos indicado, el «gobierno fijaba anualmente la cantidad o cupo que debía rendir (el primer año fue de 300 millones de reales) y lo distribuía entre las provincias, cada una de estas distribuía su cupo entre los pueblos, y cada uno de los pueblos distribuía el suyo entre sus propietarios, en proporción a sus inmuebles (rústicos y urbanos) y ganados, amillarados, situados en el término municipal» (37).

El sistema de contribución territorial creado por MON (1845) (que comprendía la riqueza inmueble, el cultivo y la ganadería) se ha mantenido en esencia hasta nuestros días.

3. EL PERFECCIONAMIENTO TÉCNICO DE LA CONTRIBUCIÓN RÚSTICA

Como hemos visto, el problema fundamental de la contribución rústica en la España de la segunda mitad del siglo XIX, lo constituía la ocultación de la riqueza y la desigualdad e injusticia de las cargas tributarias. En este sentido, escribe A. SEGURA I MÁS: «La ocultación y la desigual distribución del importe del impuesto entre los propietarios constituyó el principal problema del nuevo sistema de contribución territorial a lo largo de la segunda mitad del siglo XIX. Sin embargo, como han señalado FERRER, SEGURA y SUAÚ, la magnitud y la

(33) SEGURA I MÁS, Antoni, «La reforma tributaria de Mon..., cit., pág. 215.

(34) ÁLVAREZ DE CIENFUEGOS, José, *op. cit.*, pág. 215.

(35) SEGURA I MÁS, Antoni, «La reforma tributaria de MON..., cit., págs. 113 a 116.

(36) *Ibíd.*, págs. 119 a 121.

(37) BELTRÁN, Lucas, *op. cit.*, pág. 102.

distribución del fraude se relacionaban directamente con las estructuras del poder local propias de cada municipio. Por lo que se refiere a la ocultación absoluta (declarar menos tierras de las que se tiene o la ausencia de determinados propietarios en la documentación) y a la ocultación relativa (declarar calidades y clases de tierras inferiores a las reales) se puede afirmar que los mecanismos de elaboración de los amillaramientos actuaban de manera contradictoria: el sistema de declaraciones favorecía la ocultación, el reparto del cupo, el carácter público de la relación de contribuyentes y la posibilidad de presentar reclamaciones actuaban, en algunos casos, en detrimento de la ocultación. Tal como ha señalado Joaquín AZAGRA ROS, en general se puede afirmar que es bastante claro que los amillaramientos son poco fiables..., pero pensamos no obstante, que debe haber diferencias regionales en cuanto a la fiabilidad. En zonas de latifundio, la posibilidad de fraude es infinitamente mayor, pero en otras, como la valenciana, donde la propiedad se halla más repartida, juegan mecanismos de defensa colectiva por parte de la comunidad rural, especialmente en los impuestos de cupo. Según J. L. HERNÁNDEZ MARCO y J. ROMERO GONZÁLEZ, cuando la propiedad de la tierra se halla suficientemente repartida: “...más que ocultaciones de bienes, se produciría, por un sentimiento colectivo de protección..., una infravaloración de los mismos, es decir, una ocultación de renta, pero por el carácter público del mismo, una ocultación homogénea”».

Y añade SEGURA I MÁS: «La ocultación absoluta y relativa no agotan, sin embargo, las posibilidades de fraude que posibilitan los amillaramientos. La evaluación de los gastos correspondientes a la explotación de las diferentes clases y calidades de tierra de cada municipio permite modificar el líquido imponible resultante de acuerdo con la magnitud estimada de dichos gastos. De manera general puede decirse que a una unidad de superficie de una determinada clase de tierra de calidad superior le corresponde un líquido imponible superior que a una de calidad inferior. Lo mismo puede constatarse de una misma calidad según las distintas clases de tierras. Hasta aquí nada que objetar. El fraude aparece cuando comprobamos que la calidad media de las tierras declaradas por los grandes propietarios siempre es muy inferior a la declarada por los pequeños propietarios y, en consecuencia, el porcentaje impositivo resulta ser inversamente proporcional a la cantidad de tierra poseída» (38).

La clave de toda esta problemática residía en la *ausencia de un catastro jurídico* con deslinde y amojonamiento previo de las parcelas (39).

A efectos de evitar los inconvenientes reseñados y crear las bases necesarias para la elaboración de un catastro jurídico parcelario, se orientaron la creación de distintas instituciones y una serie de disposiciones dictadas en la segunda mitad del siglo XIX. Entre ellas hay que destacar:

(38) SEGURA I MÁS, Antoni, «La reforma tributaria de MON...», cit., págs. 116 a 118.

(39) *Ibid.*, pág. 116.

1. La creación en 1856 de la *Comisión de Estadística General del Reino* presidida por Narváez, que en 1861 (Real Decreto de 21 de abril, desarrollado posteriormente mediante reglamento de 15 de agosto de 1865) se dividiría en dos *secciones*: la *Geográfica* y la *Estadística*. La comisión fracasó en sus tareas porque fueron muchas las disposiciones que se dictaron y pocos los trabajos que se llevaron a cabo.
2. La promulgación de una *Ley para la Medición del Territorio*, en 1859, cuya finalidad era la creación de un mapa topográfico nacional apoyado en triangulaciones geodésicas, sobre el cual se levantaría el plano parcelario. En el mismo año se creó la Escuela Práctica de Ayudantes para trabajos de medición del territorio.
3. En 1861 se promulgó la *Ley Hipotecaria* que una vez más decidió mantener separados el sistema jurídico y fiscal del catastro.
4. Durante el sexenio revolucionario y mediante *Ley de 1 de julio de 1869*, «se acordó la obligatoriedad de dar publicidad a la información contenida en los amillaramientos» y se dictaron las disposiciones complementarias para que los propietarios pudieran efectuar denuncias de posibles ocultaciones de otros propietarios, de inexactitudes en el cálculo del líquido imponible que se les había calculado o de posibles agravios comparativos con los estimados para otros propietarios.
5. En 1870, don José Echegaray, Ministro de Fomento, creó el *Instituto Geográfico*, cuyos trabajos fueron importantes desde el punto de vista geodésico pero pobres desde la perspectiva catastral.
6. En la *Ley de Presupuestos, de 21 de julio de 1876*, los conservadores obviaron el tema del catastro y autorizaron la formación de nuevos amillaramientos para sustituir a los de 1860, que todos reconocían ya como anticuados y poco fiables. Los liberales llegaron al poder con Sagasta en 1881 pero no se atrevieron a abordar el tema del levantamiento del catastro sino solo la reforma de los amillaramientos (40).
7. Por *Ley de 18 de junio de 1885 (Reglamento de 30 de septiembre)* se procedió a rectificar los amillaramientos refundiéndolos en un solo documento, junto con los apéndices. Se reúnen las declaraciones, los resultados de inspección ocular y el examen de los contratos, los datos del Registro de la Propiedad y las mediciones del Instituto Geográfico. Con el fin de evitar ocultaciones y agravios comparativos se dispone legislativamente que «*Serán expuestos los repartos al público, y los propietarios pueden reclamar, primero ante los Ayuntamientos y Comisiones de Evaluación y en alzada ante la Administración de Hacienda; pudiendo reclamar también de las cuotas contributivas, repartiéndose*

(40) PRO RUIZ, Juan, *op. cit.*, págs. 184 y sigs.

las diferencias que se produzcan, como consecuencia de la resolución, en el reparto del año siguiente». Sin embargo (observa SEGURA I MAS), el efecto de la mayoría de estas medidas sobre el objetivo perseguido, es decir, la reducción del fraude y de las ocultaciones, fue más bien escaso. No podía ser de otra manera, ya que el principal problema seguía sin resolverse: la ausencia de un catastro jurídico con deslinde y amojonamiento previo de las parcelas dejaba toda la responsabilidad en la confección de los amillaramientos y en la distribución y recaudación del impuesto a nivel municipal a las Juntas Periciales o a las Comisiones de Evaluación que, frecuentemente, eran meras correas de transmisión de los intereses de los mayores propietarios» (41).

A) *El paso de la tributación por cupo a la tributación por cuota*

En otro orden de cosas hay que observar que desde 1846 (Real Orden de 23 de diciembre) se adoptaron una serie de medidas que impulsaron gradualmente el tránsito de la tributación por cupo a la *tributación por cuota*. Este sistema supone que fijada la base imponible en la riqueza catastrada se señala un tanto por ciento por unidad de riqueza imponible. «Objeto de la imposición es la renta producida o que puede producirse por los terrenos cultivados o susceptibles de serlo; los edificios urbanos y sus solares; los productos de la ganadería y las rentas obtenidas de los gravámenes y cargas de naturaleza jurídica que sobre aquellos inmuebles recayesen como censos, foros, pensiones, etc.». El sistema de cuota supone pues, «la aplicación de un tipo de imposición fijado por la ley a la riqueza imponible con que las fincas aparecen en el catastro sin prejuzgar de antemano cuál ha de ser el producto total obtenido» (42).

Resumiendo, y según ÁLVAREZ DE CIENFUEGOS, mientras en el *sistema de cupo*, «La Ley determina previamente la cantidad que ha de rendir el impuesto, y esta suma se reparte entre los contribuyentes en proporción a la riqueza imponible» (sistema propio de los países con técnica fiscal atrasada que no han perfeccionado su aparato administrativo), en el *sistema de cuota* «la cantidad que debe satisfacer cada individuo se determina aplicando el tanto por ciento o tipo que se devenga con arreglo a la ley por cada unidad de la base a aquellas que previamente han sido fijadas para cada sujeto. El Tesoro no conoce, por lo tanto, hasta el fin del ejercicio, lo que ha de rendir el impuesto» (43).

(41) SEGURA I MAS, Antoni, «La reforma tributaria de MON...», cit., pág. 116.

(42) ÁLVAREZ DE CIENFUEGOS, José, *op. cit.*, págs. 213, 215 y 220.

(43) *Ibid.*, pág. 192.

El proceso paulatino mediante el cual se produce el tránsito de la tributación por cupo a la tributación por cuota aparece jalonado por las siguientes disposiciones:

1. «La Real Orden de 23 de diciembre de 1846 insinuó el tránsito al régimen de cuota, al dictar una serie de preceptos que venían a disponer que el gravamen no excedería del 12 por 100 del rendimiento de los inmuebles. Este tipo fue elevado por disposiciones posteriores hasta llegar en 1877 al 20 por 100».
2. «El Reglamento de 10 de diciembre de 1878 mandó revisar los amillaramientos, disponiendo que los Ayuntamientos extendieran y remitieran cédulas declaratorias de su riqueza».
3. «A consecuencia de esta disposición, la ley de 31 de diciembre de 1881 rompió por primera vez la unidad del tipo tributario, al fijar dos diferentes: el del 5 por 100 para las provincias y pueblos que hubiesen cumplido lo prescrito en el antes citado Reglamento (amillaramientos de la primera Sección) y el 21 por 100 para los restantes (amillaramientos de la segunda Sección). Estos tipos fueron modificados posteriormente muchas veces, pero continuaron siendo distintos hasta la Ley de reforma tributaria de 16 de diciembre de 1940» (44).

B) *La separación de la tributación entre riqueza rústica y urbana*

Hay que esperar hasta 1893 para que de mano de los liberales se dé un nuevo impulso a la renovación de la tributación rústica. Explica J. PRO RUIZ que: «Durante la estancia de Germán Gamazo al frente del ministerio, se aprobó un Decreto de 4 de febrero de 1893, en virtud del cual se separaban por primera vez los repartos de la Contribución Territorial Rústica y Pecuaria, por un lado, y Urbana, por otro. Esto representaba un paso importante en la racionalización de la Hacienda española, pues facilitaría un tratamiento diferencial de los problemas tributarios planteados por dos formas de riqueza claramente distintas, con sus propias implicaciones sociales y sus propios problemas técnicos de control cada una. El ministro esperaba con esta separación empezar a dividir el problema de la ocultación, para ir resolviendo primero sus partes más sencillas (riqueza urbana, para la que se creó un registro fiscal de edificios y solares), y avanzar después hacia la solución de las más complicadas (ganadería y, por último, rústica) (45).

(44) BELTRÁN, Lucas, *op. cit.*, pág. 103.

(45) PRO RUIZ, Juan, *op. cit.*, pág. 192.

El paso decisivo que consolidó el régimen de separación vino marcado por la Ley de Presupuestos «de 5 de agosto de 1893 y el Real Decreto de 24 de enero de 1894. Por ellos se separó la recaudación de la contribución sobre la riqueza rústica y pecuaria de la que gravaba la riqueza urbana» (46). Aun así, la contribución rústica seguiría siendo totalmente por cupo hasta 1911.

4. LA MODERNA LEGISLACIÓN SOBRE EL CATASTRO PARCELARIO

Esta legislación se inicia con las siguientes disposiciones:

- 1.º *El Real Decreto de 5 de agosto de 1865.*
- 2.º *La Ley de Presupuestos de 24 de agosto de 1896*, que intentó elaborar un catastro por masa de cultivo, con el fin de hacer desaparecer el ya anticuado e injusto sistema del amillaramiento.
- 3.º *La Ley de Raimundo Fernández Villaverde, de 27 de marzo de 1900*, que dispuso la formación del catastro por masas de cultivo y clases de terreno de las cuartillas evaluatorias de la riqueza rústica y pecuaria (47).
- 4.º La disposición definitiva sobre el catastro fue la *Ley de 23 de marzo de 1906*, dictada por el Ministro de Hacienda Amós Salvador, que ordenaba la creación del catastro parcelario con el fin de hacer posible el tránsito de la tributación del régimen de cupo al régimen de cuota. El reglamento de desarrollo se dictaría en 1913 pero por *Ley de 29 de diciembre de 1910* se dispuso que los pueblos que tuviesen aprobado el avance catastral de la riqueza rústica, pasaran a tributar por cuota, quedando eliminados del cupo y del consiguiente reparto (48).

La creación del catastro parcelario, y con ello la posibilidad de pasar de la tributación por cupo a la tributación por cuota, abría un nuevo horizonte a la investigación científica que el profesor CANDIL CALVO, bajo el consejo y las directrices de don Gumersindo DE AZCÁRATE, exploró e investigó para la elaboración de su tesis doctoral (49).

(46) BELTRÁN, Lucas, *op. cit.*, pág. 103; ÁLVAREZ DE CIENFUEGOS, José, *op. cit.*, pág. 215.

(47) BERNÉ VALERO, José Luis, y FEMENÍA RIBERA, Carmen, *op. cit.*, págs. 140 a 145; SEGURA I MÁS, Antoni, «La reforma tributaria de Mon...», *cit.*, págs. 115 y 116; PRO RUIZ, Juan, *op. cit.*, pág. 176.

(48) BELTRÁN, Lucas, *op. cit.*, págs. 103 y 104.

(49) CANDIL CALVO, Francisco, *op. cit.*

IV. EL PROFESOR CANDIL CALVO Y LA DEFENSA DE LA NECESIDAD DEL CATASTRO PARCELARIO

1. LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LA PROPIEDAD TERRITORIAL RÚSTICA

A) *Los problemas*

Las reflexiones de CANDIL parten de la situación jurídica de la propiedad rústica en la época en que compuso y defendió su tesis doctoral, 1910, con el título de la *Necesidad del catastro parcelario* y bajo la vigencia de las ya mencionadas leyes de 27 de marzo de 1900 y de 24 de marzo de 1906 que ordenaban la confección de un catastro parcelario sobre supuestos que CANDIL estima erróneos e insuficientes (50).

A juicio de don Francisco CANDIL, la situación de la propiedad rústica a principios del siglo XX en España era insegura e injusta, con todos los riesgos e inconvenientes que la inseguridad y la injusticia comportan.

Desde el punto de vista de la *seguridad jurídica*, el entonces vigente régimen de amillaramiento, basado exclusivamente en las declaraciones de los propietarios o en los términos que las partes fijan en los contratos, testamentos y demás documentos que sirven de soporte y causa al tráfico jurídico, dotaba a la propiedad de un carácter elástico, gaseoso incluso en algún momento, que permitía, según las circunstancias y la conveniencia o interés de sus titulares, que la propiedad se estirara y creciera, en algunos momentos, se contrajera y redujera en otros, o en alguna ocasión incluso desapareciese, volatilizándose. Esa elasticidad de la propiedad generaba ante todo inseguridad jurídica puesto que como indicaba ROMERO GIRÓN, «la única prueba de la existencia de una finca se funda sobre la simple palabra de quien se apellida dueño de ella, consignada en documento redactado por dos o más personas a quienes ligó el mismo interés sin intervención de los límites, a los cuales pudiera perjudicar la manera de designar y describir el inmueble, cuyas indicaciones usuales y corrientes son tan vagas y caprichosas, que para fijar el emplazamiento de una finca se ha de acudir al medio inseguro de establecer su asiento con relación a las demás parcelas contiguas» (51).

Como observa CANDIL, esa situación de inseguridad era fuente de múltiples males puesto que daba «lugar a infinidad de pleitos de difícil prueba y muy costosos, toda vez que se presta a infinidad de falsedades y errores de que se pueden valer los adquirentes de mala fe. Numerosísimos son también los casos

(50) *Ibid.*, págs. 21 y 22.

(51) ROMERO Y GIRÓN, Vicente, Discurso leído siendo Ministro de Gracia y Justicia en la solemne apertura de los tribunales celebrada el 15 de septiembre de 1883, pág. 42, cit., por CANDIL CALVO, F., *op. cit.*, págs. 36.

de fincas que disminuyen o desaparecen totalmente y otros que aumentan de extensión» (52).

La existencia de un Notariado oficial y la creación del Registro de la Propiedad no habían contribuido a sacar a la propiedad de la situación de incertidumbre en que estaba sumida toda vez que —explica CANDIL— un altísimo porcentaje (entre el 75 y el 90 por 100) de los negocios jurídicos inmobiliarios (ventas, permutas, testamentos, etc.) se harían en documento privado que luego no se elevan a instrumento público (53).

Desde el punto de vista de la *justicia* nos encontramos ante todo, con que el impuesto que grava la propiedad es injusto y arbitrario, toda vez que para que el impuesto sea justo ha de basarse en la propiedad real que se posee y no en la declarada, que no posee ninguna garantía de veracidad y que facilita la ocultación (54).

La arbitrariedad e injusticia del régimen tributario del amillaramiento radica en que la fijación de la cuantía del impuesto se hace de espaldas a la realidad. Recordemos que los momentos fundamentales de la tributación por cupo son los siguientes:

1. El Gobierno fija de antemano y de forma global la cantidad que se ha de ingresar en concepto de contribución territorial.
2. Esa cantidad global se distribuye proporcionalmente entre provincias, dentro de cada provincia entre los municipios que la integran, y dentro de cada municipio entre las personas cuya propiedad radica en el mismo.
3. Como la extensión y calidad de cada finca no es real sino convencional (no se corresponde con los datos reales de la finca sino con la declaración hecha por el propietario, sin ninguna garantía de veracidad) el resultado efectivo es injusto porque quien más ha ocultado en su declaración tributa menos y quien ha sido veraz al declarar soporta una carga tributaria superior a la que en justicia le correspondería.

Así las cosas, CANDIL concluye sus reflexiones sobre el tema que nos ocupa denunciando los defectos e injusticias del sistema vigente en aquel momento (el amillaramiento) en los siguientes términos: «Si tenemos en cuenta que la base del sistema español son los amillaramientos, en cuyo estudio no hemos de detenernos por estar en la conciencia de todos lo absurdo del sistema, y si recordamos lo elevadísimo del tipo señalado a esta contribución, no tenemos más remedio que condenar el procedimiento seguido; pero si añadimos a esto

(52) *Ibíd.*, pág. 37. Véanse también las págs. 35 a 37, 41 y 51.

(53) *Ibíd.*, págs. 51 y 52.

(54) *Ibíd.*, págs. 31 y sigs.

que la cantidad exorbitante que el Estado obtiene por estos medios es pagada solamente por un escaso número de propietarios, que siguiendo los dictados de su recta conciencia hicieron una verdadera declaración que sirvió de base a los amillaramientos y que existe una cantidad grandísima también de personas que tributan poco o nada, en vista de estos datos el mal adquiere proporciones alarmantes» (55).

B) *La solución: Necesidad del catastro parcelario*

Ante el estado de cosas descrito, CANDIL entiende que la solución a los problemas de la inseguridad de la propiedad y la injusticia tributaria ha de comenzar por la rigurosa confección de un *catastro parcelario, como registro público y obligatorio en donde conste con exactitud la extensión y las cualidades relevantes desde el punto de vista agrícola de cada finca rústica*. Piensa CANDIL que el catastro parcelario (por las múltiples funciones y tareas que permite realizar) es el *instrumento adecuado e indispensable* para acometer la reforma y mejora de la desastrosa situación en que se encuentra la propiedad rústica en España (56).

2. LA INSTITUCIÓN DEL CATASTRO PARCELARIO

A) *Noción*

La idea del catastro, cuyo origen y ensayos de realización, como se ha indicado, son muy antiguos (57), no es otra cosa, explica CANDIL, que «la aplicación de la estadística al territorio» (58). Siguiendo a Federico FLORA (59), entiende CANDIL el catastro como el «Inventario general de la riqueza territorial obtenido por medio del cálculo descrito y figurativo, y la estimación de todos

(55) *Ibid.*, pág. 33. Véase también la pág. 35. CANDIL fundamenta y enriquece sus reflexiones ofreciendo un cuadro con los datos de la ocultación entre los meses de septiembre de 1885 a marzo de 1906. Los datos ofrecidos corresponden a Andalucía (con excepción de Huelva y Almería) y a las provincias de Madrid, Albacete y Toledo. *Ibid.*, págs. 33 y 34.

(56) *Ibid.*, págs. 35 y sigs., 41 y 45, 54 y sigs., 63 y sigs.

(57) *Ibid.*, págs. 15 y sigs.

Véase el interesante artículo de A. M. R., «Catastro», en *Enciclopedia italiana di Scienza, Lettere ed Arti*, Tomo IX, Ed. Instituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, Roma, 1951, págs. 437 y sigs.

(58) CANDIL CALVO, Francisco, *op. cit.*, págs. 8 y sigs.

(59) FLORA, Federico, *Ciencia de la Hacienda*, Tomo II, trad. esp. de Vicente Gay, ed. V. Suárez, Madrid 1907, pág. 53.

los inmuebles del Estado, según sus divisiones y las diferencias de cultivo, con fines financieros y jurídicos» (60).

Desde estos supuestos concibe CANDIL el *catastro parcelario* como aquel inventario que toma como unidad la *parcela mixta*. Esta consiste en el producto de combinar dos magnitudes: de un lado, «la porción de terreno perteneciente a una sola persona»; de otro lado, «la extensión de terreno que ofrece un cultivo igual». Partiendo de esos supuestos, CANDIL define la parcela mixta como «la extensión de terreno perteneciente a una sola persona que presente un cultivo igual» (61).

B) *Naturaleza y fines*

El catastro constituye para CANDIL un *registro público y obligatorio* en donde *deben constar, con exactitud*:

1. La superficie y mapa de cada finca con sus lindes y límites.
2. El tipo o tipos de cultivo (cereales, olivo, vid, etc...).
3. La evaluación de la renta (productividad) de cada parcela (62).

El catastro así concebido sirve, ante todo, a una doble finalidad jurídica y fiscal, a la que aludía F. FLORA.

La *finalidad específicamente jurídica* es la de permitir y hacer posible la fijación y el asentamiento firme del derecho de propiedad.

La *finalidad fiscal* es la de contribuir a la mejor realización de la justicia impositiva (justicia distributiva) al permitir o hacer posible que el impuesto territorial se fundamente, no en la declaración parcial e interesada del propietario, carente de toda garantía de veracidad, sino en datos objetivos, susceptibles de verificación empírica (extensión o superficie de la finca, tipo de cultivo y rentabilidad de la misma) datos todos que deben constar en el catastro (63).

(60) CANDIL CALVO, Francisco, *op. cit.*, pág. 15.

Otros conceptos de catastro:

— GASCÓN Y MARÍN, José, *Tratado de Derecho Administrativo. Principios y Legislación española*, Tomo II, 8.^a ed. revisada, C. Bermejo, Impresor, Madrid, 1945, págs. 234 y 235.

— ÁLVAREZ DE CENFUEGOS, José, *op. cit.*

— NUSSBAUM, Arthur, *Derecho Hipotecario alemán* (con una introducción de los principios generales del Registro Inmobiliario), trad. esp. de la 2.^a edición alemana y prólogo de W. ROCES, preliminar de R. ATARD. Biblioteca de la Revista de Derecho Privado, Madrid, 1929.

(61) CANDIL CALVO Francisco, *op. cit.*, pág. 11.

(62) *Ibíd.*, págs. 11 a 14.

(63) *Ibíd.*, págs. 9, 11 y 13.

3. LA LEY DEL CATASTRO DE 24 DE MARZO DE 1906. POSICIÓN CRÍTICA DE DON FRANCISCO CANDIL

A) *Objeto y fin del catastro. Operaciones necesarias para llevarlo a cabo*

El artículo 1.º de la citada ley dice: «el catastro parcelario de España tendrá por objeto la determinación y representación de la propiedad territorial en sus diversos aspectos, con el fin de lograr que sirva eficazmente para todas las aplicaciones económico-sociales y jurídicas, con especialidad para el equitativo reparto del impuesto territorial y cuanto sea posible para la movilización del valor de la propiedad».

«El artículo 4.º divide las operaciones catastrales en dos grupos: el primero, denominado Avance Catastral; el segundo, de conservación y rectificación progresiva del Avance Catastral hasta la obtención del catastro parcelario» (64).

B) *Consideraciones críticas*

Respecto del objeto y fin de la ley, escribe CANDIL: «Vemos que su intención es hacer un catastro parcelario, con aplicaciones de todo género; pero hemos de declarar sinceramente que en nuestro humilde sentir no producirá nunca un catastro parcelario, pues adolece de defectos capitalísimos, que solo nos explicamos que pasara sin rectificaciones en ambas Cámaras por las circunstancias apremiantes en que hubo de presentarse».

En relación con las operaciones catastrales previstas en la ley en su artículo 3.º entiende CANDIL que «si el primer grupo de operaciones comenzara (...) por el deslinde parcelario, no tendríamos nada que reprocharle; pero no lo cree conveniente y se conforma con una relación jurada de la cabida, linderos, cultivo, etc., hechas por los dueños de las parcelas, cuyos datos se hacen constar (art. 6.º) literalmente en el primer periodo y gráficamente en el segundo. Las garantías que ofrece esta operación, de tal manera realizada (65), son insuficientes, pues la declaración de los propietarios por no ofrecer garantías ha sido una de las causas para que se pidiese esta reforma» (la creación del catastro parcelario).

Piensa CANDIL, continuando sus consideraciones críticas, que la «labor oficial en esta materia ha sido puramente mecánica; se ha reducido a ir colocando dentro de cada polígono los dibujos aproximados de las parcelas, según la declaración de los propietarios». Y añade: «Más extraño todavía es el procedimiento que emplean para llegar a convertir estas primeras operaciones en

(64) *Ibíd.*, págs. 21 y 22.

(65) *Ibíd.*, pág. 21.

catastro parcelario. Supone que por reunir estos datos en una oficina que llama de conservación del catastro por hacer algunas agrupaciones en libros, por hacer las rectificaciones que procedan, por el transcurso del tiempo, en una palabra, lo que en un principio no fue sino catastro de cultivo, con dibujo parcelario, se convierta en un catastro del que puedan sacarse aplicaciones jurídicas y sociales, como dice el artículo 1.º citado, esto es, en un catastro parcelario».

F. CANDIL concluye diciendo: «Nosotros quisiéramos que se realizara el milagro de que sin deslinde parcelario general y obligatorio pudiera llegarse a la movilización de la propiedad de que también nos habla la ley; pero desgraciadamente los milagros son poco corrientes en materia de Hacienda» (66).

4. PROPUESTAS DE DON FRANCISCO CANDIL, RELATIVAS A LA CONFECCIÓN DEL CATASTRO PARCELARIO

La confección del catastro parcelario, tal y como lo concibe don Francisco CANDIL, implica una serie de complejas y costosas operaciones de carácter topográfico que son las más importantes desde el punto de vista jurídico y pericial.

A) *Operaciones de carácter topográfico*

Estas operaciones, que son las más importantes desde el punto de vista jurídico, comprenden un conjunto de tareas cuya clasificación toma CANDIL de TORRES MUÑOZ (67), y que son las siguientes:

- «1.º Deslinde del término municipal.
- 2.º División del mismo en secciones.
- 3.º Deslinde en parcelas.
- 4.º Triangulación.
- 5.º Levantamiento del plano» (68).

De estas cinco operaciones subraya CANDIL que las más importantes son la primera y la tercera. La primera, el deslinde de los términos municipales, indicando CANDIL que «es cuestión de grandísima importancia para nuestra vida administrativa, en la cual no han puesto nunca nuestros gobernantes la atención que necesitaba. Buena prueba de ello la tenemos en las considerables extensiones de terreno que no se sabe a qué jurisdicción municipal pertenecen, algunas de

(66) *Ibíd.*, pág. 22.

(67) TORRES MUÑOZ, Isidro, *Reorganización de servicios. Catastro general parcelario y mapa topográfico*, Madrid, 1902, págs. 34 a 150.

(68) CANDIL CALVO, Francisco, *op. cit.*, pág. 12.

las cuales son conocidas con el nombre de *reyerías*; los términos municipales que tienen en su seno terrenos que no confinan en ningún punto con ellos; otros que los tienen enclavados en distinta provincia; y hasta hay término, como Puente del Arzobispo, en la provincia de Toledo y Torrevieja, en Alicante, cuya jurisdicción está limitada al casco de la población, mientras que en Carmona y Écija, de la de Sevilla, alcanzan 92 y 97.000 hectáreas, respectivamente» (69).

Añade CANDIL en relación con la tercera operación que: «La cuestión que requiere más precisión dentro de este grupo de operaciones es la relativa al deslinde de parcelas, pues en ella descansan las aplicaciones jurídicas del catastro» (70).

El deslinde de parcelas plantea algunos problemas. El primero es «si el deslinde ha de ser previo, general y obligatorio, o por el contrario, debe dejarse en libertad a los particulares. Los partidarios del segundo, creen que sería una vulneración del derecho de libertad asignarle carácter obligatorio a esta operación, sin tener en cuenta, que la armonía social sería imposible si el derecho particular no se sacrificara, como sucede a cada paso, en pro del derecho y de la colectividad» (71).

CANDIL desecha la posibilidad de que el deslinde se deje al arbitrio de los particulares, entre otros motivos por razones de orden tanto teórico como práctico.

En el plano teórico, CANDIL hace suya la opinión de BONJEAN: «Yo respeto la libertad individual; pero yo no coloco en el número de las libertades, la que consiste en no hacer nada y en vegetar en un estadio rutinario y lleno de defectos» (72).

En el orden práctico entiende CANDIL que «si tenemos en cuenta el procedimiento judicial que habrá de seguirse en todo caso, según prescriben nuestras leyes civiles, procedimiento costoso y largo, nos inclinamos a creer que la iniciativa particular haría poco en esta materia» (73).

Por estas razones piensa CANDIL «que el deslinde parcelario debe ser general y obligatorio, opinión que sostienen, entre otros, ROMERO GIRÓN, SAAVEDRA y FLORA, sosteniendo el primero «que antes de emprender la obra del catastro, como asiento firme del derecho de propiedad, se debe obligar a todos los propietarios a un apeo y deslinde judicial de sus fincas». Opinando el segundo «que no es posible hacer una parcelación sin que preceda el deslinde de la propiedad...»; añade más tarde, que «si no hay un deslinde previo, oficial, acordado entre los propietarios, ya por mutua voluntad o por oposición de la ley, todo catastro parcelario es inútil». FLORA, tercero y último de los citados,

(69) *Ibid.*, pág. 12.

(70) *Ibid.*, pág. 12.

(71) *Ibid.*, págs. 12 y 13.

(72) BONJEAN, Louis Bernard, *Revision et conservation du cadastre*, París, 1874.

(73) CANDIL CALVO, Francisco, *op. cit.*, pág. 13.

cree que debe individualizarse la parcela antes de describirla, o sea de medirla y figurarla en los mapas, procediendo a la delimitación, con lo cual se reconocen los límites de la propiedad privada. Opinamos, finalmente —concluye diciendo CANDIL— como los autores antes citados» (74).

B) *Operaciones de carácter pericial o económico*

Estas últimas comprenden las tareas de calificación y clasificación de terrenos, así como las de determinación del producto líquido y evaluación de la renta de cada parcela (75).

(74) *Ibíd.*, pág. 13.

(75) A este respecto escribe CANDIL: «Las operaciones periciales o económicas comprenden la clasificación y determinación del producto líquido y valuación. Fácilmente se comprende la diferencia entre las topográficas y estas, pues mientras aquellas se fundan en la verdad matemática, estas dependen en gran parte de la apreciación de las personas encargadas de llevarlas a cabo. Estas tienen un carácter enteramente fiscal en oposición a las anteriores que lo tenían jurídico.

La valuación puede hacerse investigando directamente la productividad de cada parcela, o bien tomando un tipo en cada clase de cultivo, y refiriendo a él las demás que presenten el mismo. Este procedimiento se llama de *clase*. Es el más corriente, y comienza determinando la calidad de los diferentes terrenos, agrupándolos en bosques, prados, olivares, etc. Esto se denomina *calificación* y se hace en cada municipio, y dentro del mismo se verifica una nueva división, según la calidad dentro de cada clase, llamándose a esto *clasificación*, siendo de gran importancia para las operaciones antes dichas la elección de la parcela tipo que les ha de servir de fundamento.

El acto que tiene más interés, sobre todo si —añade CANDIL— ha de ser antecedente necesario para la imposición territorial, es la valuación de la renta de cada parcela, para lo cual se siguen dos procedimientos: uno que se suele llamar *analítico*, que consiste en obtener el producto bruto medio, considerando un largo periodo de tiempo o bien *sinécticamente*, teniendo en cuenta los contratos de arrendamiento y compraventa de cierto número de años. Para conocer el producto líquido, es preciso, deducir de aquel los gastos hechos para obtenerle. Es curiosa la enumeración de gastos que, según GASPARÍN, deben tenerse en cuenta en una mediana explotación agrícola, que son:

- 1.º Gastos de dirección.
- 2.º Alimentación del personal.
- 3.º *Idem* del ganado de labor.
- 4.º *Idem* del dedicado a la granjería.
- 5.º Desperfectos en el material.
- 6.º Simientes.
- 7.º Abonos.
- 8.º Jornales eventuales.
- 9.º Renta.
- 10.º Intereses, amortización, seguros y contribuciones». *Ibíd.*, págs. 13 y 14.

V. OBJECIONES Y CRÍTICAS A LA TAREA DE CONFECCIÓN DEL CATASTRO PARCELARIO

La empresa de confección del catastro parcelario encontró, desde un principio, reticencias y críticas cuyas razones fundamentales eran:

De un lado, la resistencia al cambio de quienes se aprovechaban de las situaciones injustas y abusivas surgidas del régimen de amillaramiento y la tributación por cupo, al cual pretendía desplazar el sistema del catastro parcelario y la consiguiente tributación por cuota.

De otro lado, se invocaban razones de orden técnico y económico: la complejidad del proceso de elaboración del catastro y el elevado coste de las operaciones necesarias para la confección del mismo.

Desde el punto de vista técnico-objetivo los principales argumentos que se esgrimían en contra de la confección del catastro eran, según CANDIL (76), los siguientes:

a) El excesivo *tiempo* que requiere la mencionada tarea y el riesgo de que cuando concluyan las operaciones primeramente realizadas sean defectuosas o mixtas porque la realidad haya cambiado (77).

b) El *gasto* seguramente cuantioso que exigirá la coronación de tal empresa (78).

En relación con el costo de la empresa aparece el problema añadido de quién (el Estado o los particulares) han de correr con el gasto.

CANDIL analiza las diferentes posibilidades existentes terminando con una conclusión bastante realista y práctica. Escribe CANDIL que nuestra legislación ha seguido la idea de que los gastos de confección del catastro han de ser satisfechos por los particulares, por los propietarios, «como puede deducirse de la citada ley de 1906, en la que se dispone que el Estado adelantará el dinero con la facultad de reintegrarse de los propietarios».

Es interesante, observa CANDIL: «el procedimiento propuesto por Otto KÖBNER para el pago de los gastos del catastro. Para hacer estos equitativos, cree que lo mejor sería repartir el costo proporcionalmente entre las diferentes clases

(76) CANDIL (*ibíd.*, págs. 239 y sigs.) sigue al respecto a COSSA, Luigi, *Premiers elements de la Science des Finances*, trad. francesa de la edición italiana de Bonnet, París, 1909, págs. 122 y 123.

(77) CANDIL CALVO, Francisco, *op. cit.*, pág. 23.

(78) Escribe CANDIL: «baste recordar a este efecto que el catastro austríaco de 1817-60 costó 92 millones; el italiano, de 1886, 220 millones, y que el francés de 1808-50, 153 millones. Por lo que a España se refiere, recordaremos que el catastro de Ensenada costó 40 millones; posteriormente hemos gastado inútilmente por el comienzo de planes, que luego hemos abandonado, 87.730.800 pesetas; últimamente, por la ley de 24 de marzo de 1906, se concedieron 1.200.000 pesetas para estas operaciones, cantidad que se ha incluido en el siguiente presupuesto». *Ibíd.*, pág. 23.

de cultivo y asignar las cantidades que le correspondiera a cada provincia y municipio, los cuales se encargarían a su vez de determinar la parte correspondiente a cada propietario según la clase de cultivo; así, se diría tanto por olivar, viña, etc.»).

En cualquier caso, la conclusión realista y práctica de CANDIL es «que el Estado debe pagar los gastos de estas operaciones, pues exigir a los propietarios un tanto por ciento de ellos es aumentar su resistencia, que no es poca, para esta reforma» (79).

c) Las *inexactitudes* procedentes de la arbitrariedad de los peritos debidas a los diversos momentos en que aparecen hechas las evaluaciones.

A este respecto opina CANDIL que «realmente, tratándose de personas, la igualdad de criterios es imposible; mas este defecto se aminora, aunque no destruye, estableciendo el mayor número de escalas posibles en las calificaciones y clasificaciones, dejando reducida la opinión de los peritos a sus más estrechos límites; ocurre aquí lo mismo que con los impuestos, que se cobran mediante escalas graduales, y los comprendidos en una, tributan lo mismo por distinta cantidad» (80).

d) El *injusto privilegio* de que gozan los *propietarios* de inmuebles cuya renta aumenta *por mejoras posteriores* no debidas a la actuación de dichos propietarios.

A este respecto explica CANDIL que «esta desigualdad tiene que resultar siempre en materia de impuestos, existiendo multitud de personas que, recibiendo la acción social beneficiosa para sus propiedades, aumentan estas de valor desmesuradamente sin trabajo alguno por parte del dueño». Este mal, que en principio es inevitable, piensa CANDIL que puede «aminorarse haciendo las operaciones de valuación en el catastro parcelario que son las más económicas» (81).

VI. NECESIDAD DEL CATASTRO PARCELARIO: RAZONES QUE JUSTIFICAN SU CONFECCIÓN SEGÚN DON FRANCISCO CANDIL

A pesar de los problemas, de las dificultades que presenta la confección del catastro parcelario, CANDIL estima necesaria, imprescindible, la elaboración de un buen catastro parcelario que responda a los principios y exigencias ya citadas. Se trata, nos dice, de una necesidad perentoria cuyos beneficios se reflejarán ampliamente en los órdenes jurídicos, social y económico, compensando con creces todos los inconvenientes y dificultades que su confección suponen y prestando un gran servicio a las exigencias de la justicia y de la seguridad jurídica.

(79) *Ibíd.*, pág. 24.

(80) *Ibíd.*, pág. 24.

(81) *Ibíd.*, págs. 24 y 25.

Las razones esgrimidas por CANDIL para justificar la necesidad del catastro parcelario pueden sintetizarse así:

1. RAZONES DE ORDEN JURÍDICO

En el ámbito de lo estrictamente jurídico el catastro constituye una exigencia de la seguridad jurídica y de la justicia.

A) *Catastro y seguridad jurídica*

En este orden de consideraciones argumenta CANDIL que la elaboración del catastro parcelario es una condición indispensable para:

En primer lugar, conocer con exactitud la situación real de la parcelación del suelo rústico y sus problemas para poder así arbitrar las medidas que contribuyan a corregir sus defectos, permitiendo en cada caso, el conocimiento preciso de la superficie exacta de cada finca (latifundio, minifundio...), su ubicación y límites, así como su productividad (82).

En segundo lugar, conseguir una perfecta fijación y un firme asentamiento del *derecho de propiedad*, haciendo del catastro el título y la prueba concluyente de tal derecho (83). Se trata, dice CANDIL, de la «necesidad sentida de poder comprobar la existencia de una finca, de distinguirla con la misma facilidad que se distingue una persona de otra persona, que una vez la finca en tal estado pueda mediante documento fehaciente hacerse constar a todo el mundo quién es su dueño, como se hace constar respecto de los muebles, con la sola tenencia material» (84).

B) *Catastro y justicia*

Desde el punto de vista de la justicia, el catastro constituye el supuesto necesario para la correcta administración de la *justicia distributiva* mediante el establecimiento de un sistema tributario justo. En este sentido, y a efectos del establecimiento de impuestos justos, el catastro permite conocer con certeza los datos objetivos relevantes de cada finca en relación con la tributación (superficie, tipos de cultivo, productividad de la finca, etc...) evitando la ocultación de

(82) *Ibid.*, págs. 38 y sigs., 41 y 55.

(83) *Ibid.*, págs. 6, 27, 36, 41, 45, 51, 55 y 63.

(84) *Ibid.*, pág. 41.

la riqueza y permitiendo la configuración de un sistema impositivo que grave exclusivamente la riqueza real, tanto en su cuantía como en su calidad. Para CANDIL resulta meridianamente claro que para la justa recaudación del impuesto sobre la tierra «no cabe más procedimiento que el catastro» (85).

2. RAZONES DE ORDEN SOCIAL

Tanto en el tratamiento de este tema, como en los demás estudiados por CANDIL, este muestra siempre una gran sensibilidad social. Dichas cuestiones no son más, a su vez, que aspectos y contenidos diferentes del genéricamente denominado «problema social» o «cuestión social». CANDIL se ocupa de todas estas cuestiones con una depurada técnica y sensibilidad social buscando siempre las soluciones más rápidas, sencillas y justas.

En relación con la propiedad rústica y la virtualidad que para ella puede tener el catastro parcelario, CANDIL denuncia *el problema de la usura* que de forma manifiesta, unas veces, y oculta, otras, lastraba y ahogaba la vida de la agricultura. En este sentido indica CANDIL: «la usura se ceba despiadadamente en nuestros préstamos, y no es lo malo que se pacte interés, sino que lo grave es que no se pacte, pues en este caso lo —usurario— que suele hacerse es que declare el deudor mayor cantidad que la recibida» y añade a continuación: «Más desconsolador aún resulta el cuadro de las fincas vendidas a retro, pues se observa que en la mayoría de los casos la venta se consuma adquiriéndolas los supuestos compradores por una cantidad inferior a su valor» (86).

La solución para levantar y romper la losa que oprime y asfixia a la agricultura la ve CANDIL en la articulación de un *sistema de crédito territorial y agrícola*, transparente (no oculto) y oficial, que contribuya a insuflar vida, fuerza y agilidad al campo (87). En apoyo de su tesis, CANDIL cita a Joaquín COSTA cuando afirmaba: «Más que de tratados de comercio, mucho más que de instrucción primaria, muchísimo más que de población rural, tiene hambre y sed de crédito la agricultura española. Necesita recobrar su independencia y su libertad de acción, liberando las tierras que labra de la enorme deuda hipotecaria, cuyos intereses absorben la mayor parte del producto» (88).

CANDIL, partiendo del supuesto de que el crédito es «la confianza que inspira una persona de que cumplirá fielmente sus compromisos» y de que esa confianza descansa en la garantía real o personal que avala el cumplimiento de

(85) *Ibíd.*, págs. 5, 27, 31, 32, 33, 35 y 63.

(86) *Ibíd.*, pág. 57.

(87) *Ibíd.*, págs. 6, 27, 56 y sigs.

(88) COSTA, Joaquín, *Reorganización del Notariado, del Registro de la Propiedad y de la Administración de Justicia*, Madrid, 1890-1893. Introducción citada por CANDIL CALVO, Francisco, *op. cit.*, pág. 56.

las obligaciones contenidas (89), entiende que el sistema de créditos territorial y agrícola con el que ha de combatir la lacra de la misma ha de tener dos características fundamentales:

En primer lugar, el crédito agrícola «tiene que ser módico, con bajo interés y a largo plazo, pues lo contrario, por los eventuales rendimientos de la misma (esto es, de la agricultura) conduciría a la ruina del prestatario» (90).

En segundo lugar, entiende CANDIL, siguiendo a PHILIPPOVICH, que el crédito debe tener como finalidad alguno de los siguientes objetivos:

- 1.º La adquisición de la propiedad de la tierra (*crédito territorial*).
- 2.º El desarrollo y perfeccionamiento de los sistemas de cultivo y explotación (*crédito de mejoras*); y
- 3.º El aseguramiento del capital de explotación (*crédito de explotación*) (91).

Explica CANDIL que la garantía del crédito, que es independiente del empleo que se haga del mismo, se divide en real y personal, subdividiéndose el crédito real en mobiliario e inmobiliario o hipotecario (92).

Añade CANDIL que entre los efectos benéficos del crédito para la agricultura ha de destacarse el de «modificar las condiciones de producción, por colocar al productor en el caso de vender sus productos en la mejor época, alcanzando así más precio» (93).

A renglón seguido, subraya CANDIL la *conexión* existente entre el mencionado *sistema de créditos agrícolas* y la confección del *catastro parcelario* toda vez que, para CANDIL, las mencionadas operaciones crediticias (sistema de créditos) solo pueden articularse de forma sencilla, ágil y segura sobre la base de los datos del catastro parcelario como institución que ofrece certidumbre y garantía.

La fijación y firme asentamiento de la *propiedad* (que como hemos visto, es una de las funciones esenciales del catastro) traerá como consecuencia, observa CANDIL, facilitar y agilizar «el desarrollo del crédito» (94). En este sentido, indica CANDIL CALVO: «lo que nosotros tratamos de demostrar es la influencia del catastro parcelario en esta materia; para lo cual, solo tendremos que recordar que, significando el crédito confianza, esta será mayor cuanto mayor sea la garantía que se ofrezca, y que esta nace en el crédito real de la cosa, y sobre todo en la certidumbre de la misma, y que esta certidumbre nace

(89) CANDIL CALVO, Francisco, *op. cit.*, págs. 58, 59 y 60.

(90) *Ibid.*, págs. 58 y 59.

(91) *Ibid.*, pág. 59.

(92) *Ibid.*, pág. 59.

(93) *Ibid.*, pág. 59.

(94) *Ibid.*, págs. 55 y 56.

del conocimiento del título cuando este es verdadero, esto es, cuando rige una organización a base del catastro» (95).

3. OTRAS RAZONES

La confección del catastro parcelario permitirá, a su vez, según CANDIL, llevar a cabo dos tareas necesarias en el orden económico y jurídico:

- De un lado, realizar la *necesaria reforma del Notariado y del Registro de la Propiedad*, cuya situación en España es tristísima. Escribe CANDIL, acogiéndose al testimonio de Joaquín COSTA: «El Notariado oficial queda reducido a la nada en las pequeñas poblaciones, pues en ellas la labor la realizan los partidores, contadores, cedulistas, etc.; recuérdese si no las opiniones» ... (entre otros del notario de Quintana), «Don Ángel ARCE RODRÍGUEZ —quien— dice: “más afortunados cuatro ignorantes que llevan fama de contadores, saben atraerse todas las testamentarias de los pueblos...”, “porque es de advertir que los tales contadorcillos de los pueblos con su gramática parda dan quince y raya al más sabio en lo de burlar las leyes, y con su socarronería van derechos a su efecto”» (96). Más adelante añade CANDIL: «En cuanto al Registro de la Propiedad, creado para hacer públicos los títulos y documentos relativos a actos y contratos sobre inmuebles, no ha sido su resultado satisfactorio. Sin entrar a examinar los preceptos de nuestra Ley Hipotecaria, podemos afirmar que no ha logrado su objeto de asentar sobre firmes bases el derecho de propiedad y el crédito territorial. Muchas enmiendas y adiciones se han llevado a cabo con posterioridad al 61, mas ninguna ha logrado sacar a la propiedad de su estado de incertidumbre, cuya calidad y extensión sigue siendo desconocida; la pequeña propiedad sigue abandonada en manos de usureros despiadados que se aprovechan del abandono en que se encuentra para aniquilarla» (97).
- De otro lado, posibilitar la *movilización de la propiedad*, agilizando el tráfico jurídico e introduciendo en el mismo las notas de exactitud, rapidez y baratura (98), lejos ya de la penosa situación denunciada por Joaquín COSTA (99).

(95) *Ibíd.*, pág. 60. Véase también la pág. 63.

(96) Cit. por J. COSTA, *op. cit.*, págs. 13 y 14. CANDIL CALVO, Francisco, *op. cit.*, pág. 51.

(97) *Ibíd.*, págs. 51 y 52. Véanse también las págs. 6, 35, 54, 55 y 63.

(98) *Ibíd.*, págs. 55 y 63.

(99) Escribía J. COSTA: «En la actualidad, el que trata de adquirir una finca rústica o urbana o prestar dinero sobre ella, ha de principiar por informarse de lo que llamaríamos su estado civil, en el Registro de la propiedad, sacrificando a esto una primera partida de tiempo y de dinero. Resueltos a celebrar el contrato con todas las garantías públicas, los contrayentes

VII. SISTEMA A SEGUIR EN LA CONFECCIÓN DEL CATASTRO

1. CONSIDERACIONES DE DERECHO COMPARADO

Al hilo del problema (auténtica ficción jurídica) de la movilización de la propiedad inmueble (esto es, de la equiparación de «la propiedad territorial a los bienes muebles», con el fin de agilizar la contratación y, en general, el tráfico jurídico) (100) CANDIL, desde la perspectiva del Derecho Comparado, repasa los diferentes sistemas empleados en Inglaterra y en algunos Estados alemanes a partir del siglo XVIII (101), deteniéndose (por razón de la sencillez y seguridad que implican) en el estudio de los sistemas constituidos por el *Acta Torrens* y el entonces recién instaurado *sistema de Derecho hipotecario alemán*, caracterizado por su alto grado de perfección técnica, su sencillez y su seguridad (102).

A) *El Acta Torrens*

Se trata de un sistema peculiar establecido en las colonias inglesas de Australia ideado por Sir Roberto Ricardo Torrens, y en el que se trasluce el espíritu práctico de los pueblos sajones y que significó un gran progreso y no escasas enseñanzas sobre la organización jurídica de la propiedad (103).

El Acta Torrens vino a sustituir el anterior sistema de contratación vigente en Australia que, como explica F. CANDIL: «se verificaba por medio de los *deeds*, actas o instrumentos, en los que se hacían constar las convenciones entre partes, y como era natural, a cada traslación de dominio seguía la entrega de todos los *deeds* relativos a la propiedad enajenada».

Dicho sistema «tenía graves problemas —como aclara CANDIL— porque confiaba los derechos sobre la propiedad a un simple documento, que ponía a

han de comparecer ante Notario, pagándole un derecho nada módico conforme a Arancel. El acto ha de autorizarse en papel sellado; primera contribución directa que le impone el Estado. Inmediatamente el documento ha de presentarse en la oficina liquidadora de impuesto de derechos reales y transmisión de bienes; segunda contribución y cuarto pago. Estampada la nota correspondiente por el liquidador, hay que llevar la escritura al Registro de la propiedad para su inscripción, lo cual representa nuevos viajes y nuevo desembolso. Todavía con esto la seguridad de la adquisición no es absoluta. Todavía hay que constituir un seguro contra pleitos que pueden surgir sobre mejor derecho, linderos, medianerías, servidumbres, reclamaciones de evicción, segunda venta inscrita antes que la primera, etc.; es decir, contra nuevos tributos de papel sellado, notarios, letrados, procuradores, escribanos y demás agregados de la curia», *op. cit.*, pág. 4. Cit. por CANDIL CALVO, Francisco, *op. cit.*, págs. 52 y 53.

(100) CANDIL CALVO, Francisco, *op. cit.*, págs., 41 y 42.

(101) *Ibid.*, págs. 42 y sigs.

(102) Sobre la génesis, desarrollo y principios fundamentales de dicho sistema, véase NUSSBAUM, Arthur, *op. cit.*

(103) CANDIL CALVO, Francisco, *op. cit.*, pág. 44.

merced de los particulares. En 1841 se creó un Registro para los *deeds*, estableciéndose que sería nulo todo contrato que no contuviese su duplicado o resumen en el antes dicho Registro. Este sistema mejoró en parte la situación, pero no la resolvió favorablemente de una manera total; es cierto —como aclara CANDIL— que se podía conocer el verdadero estado jurídico de una finca, pero era a costa de un trabajo ímprobo, después de hacer una verdadera liquidación jurídica, teniendo que revolver infinidad de *deeds*, acerca de los cuales podía existir duda de si estaban en vigor; era largo, costoso y molesto este procedimiento» (104).

Ante esta situación, que originó innumerables y justificadas protestas, el entonces Registrador de *deeds* sir Roberto Ricardo Torrens ideó el sistema de «aplicar a la contratación sobre inmuebles el sistema seguido en la colonia para contratar sobre naves. Para llevar a cabo su plan, se hizo nombrar diputado por Adelaida, consiguiendo después de ruda campaña que la opinión se pusiese de su parte, y entonces presentó a las Cámaras de la colonia su Proyecto, consistente en la sustitución del antiguo régimen de los *deeds* por un título único constituido por la inscripción en un libro llevado al efecto. Las Cámaras lo aprobaron con el nombre de Bill del Real Property Act, sancionado por el Gobernador general en 27 de enero de 1858, sufriendo después algunas modificaciones» (105).

El nuevo sistema constituyó un gran éxito y el mismo se extendió a «Ennsand, Nueva Gales del Sur, colonias de Victoria, Tasmania, Nueva Zelanda, Australia del Oeste, islas Fiji, Canadá, islas Vancouver, Estado de Jawa, provincia de Ontario, Toronto, Condado de York, Túnez, la colonia inglesa de Straits Settlements y el Brasil» (106).

Como indica SÁNCHEZ ROMÁN, el fundamento del sistema radicaba en el principio de que «no es aceptable un sistema constitutivo de la propiedad inmueble y de los derechos reales que no esté basado en el principio de que los documentos registrados han de tener, no solo prioridad sobre el no registrado, sino la inatacabilidad del título inscrito» (107).

La organización del sistema del Acta Torrens consistía «en un Registro general, donde además de los libros del nuevo sistema persisten los antiguos, porque es preciso advertir que la implantación del Acta Torrens no fue general. Al frente de esta oficina se encuentra un Jefe que es el Registrador general, el cual tiene numerosas atribuciones, entre otras, admitir o negar la solicitud para la inscripción, pedir los antecedentes necesarios, exigir la comparecencia de los interesados en la inscripción, etc.» (108).

(104) *Ibíd.*, pág., 44.

(105) *Ibíd.*, pág. 44.

(106) GALLARDO Y MARTÍNEZ, Antonio, *La movilización de la propiedad y el Acta Torrens*, Barcelona, 1897, págs. 55 a 57, cit. por CANDIL CALVO, Francisco, *op. cit.*, pág. 45.

(107) SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho Civil*, Madrid, 1891, T. III, pág. 883, cit. por CANDIL CALVO, Francisco, *op. cit.*, pág. 45.

(108) CANDIL CALVO, Francisco, *op. cit.*, pág. 45.

En dicho registro, «la matrícula o inscripción es distinta para los adquirentes de bienes del Estado que para la adquisición entre particulares».

Aclara CANDIL que con el sistema que nos ocupa, «los contratos se verifican con una sencillez extraordinaria, pudiendo celebrarse ante Notario o autoridad que pueda recibir declaración, y en el caso que esto no sea posible, basta la presencia de un testigo, que después sea averado por alguna de las personas ante quienes puede válidamente contratarse.

En cuanto a la forma, los contratantes tienen completa libertad» (109).

Los *caracteres del sistema del Acta Torrens*, según SÁNCHEZ ROMÁN, son los siguientes:

- «1.º Ser potestativa la inscripción con la sola excepción de los adquirentes de terrenos de la Corona con posterioridad a la creación del Registro.
- 2.º El Registro puede ser único o metropolitano, aunque para la mejor uniformidad de movimientos recomienda el mismo TORRENS la conveniencia del único.
- 3.º La inscripción no es sino reproducción del título.
- 4.º El libramiento de nuevo título tiene lugar en cada traslación de dominio, salvo el caso que se haga notar esta operación en el primitivo o en los contratos que dividan la finca, que se hace un nuevo título para cada nueva división.
- 5.º Inatacabilidad del título si el poseedor no ha procedido con dolo» (110).

Observa CANDIL que el mencionado sistema «ha sido objeto de grandes censuras. Se ha dicho que toda inscripción viene a ser un reconocimiento absoluto e indiscutible del derecho objeto de la misma, sean los que fueran los vicios de que después resultare adolecer; que tiende solamente a fundamentar el derecho de propiedad y que los demás principios quedan desatendidos; que el título desprovisto de inscripción no tiene valor entre los contratantes, mas esto —argumenta CANDIL— es inexacto. TORRENS no se propuso otra cosa que regular la contratación con arreglo a los principios de derecho, librarla de formalidades enojosas que la dificultan y reducirla a su mayor sencillez, y por tanto no puede dar a la inscripción el valor que hacen suponer, pues él mismo distingue los efectos del contrato entre los contratantes y los que produce respecto al objeto de la convención. La falta de inscripción hace que deje de producir efectos la convención para la finca y con terceras personas, pero no entre los mismos contratantes» (111).

CANDIL pondera las *ventajas* (seguridad, claridad, sencillez, rapidez, economía...) *del sistema Torrens*, invocando la opinión de múltiples autores entre

(109) *Ibíd.*, págs. 45 y 47.

(110) *Ibíd.*, pág. 48.

(111) *Ibíd.*, pág. 48.

los que destacan C. GIDE, G. SCHMOLLER y SÁNCHEZ ROMÁN, entre otros. A este respecto escribe que C. GUIDE distingue que «uno de los modos de democratizar la propiedad es colocarla en el comercio, hacerla enajenable como cualquier mercancía... esto se ha conseguido, lo mismo que hacer desaparecer la desigualdad de gasto que supone para el pequeño y grande propietario una enajenación con el sistema inventado por TORRENS, que es la aplicación a la tierra, del sistema de estado civil que rige a las personas; y como allí se hace constar el nacimiento, casamiento, muerte, etc., aquí cada inmueble tiene su historia sobre la página de sus registros. Los certificados que recibe el propietario son lo mismo que llevar la tierra en el bolsillo».

SCHMOLLER, al hablar de la política agraria actual, dice: «que la tendencia es conceder al propietario facultad absoluta para enajenar, gravar, etc., esto es, la movilización de la propiedad».

Por su parte, SÁNCHEZ ROMÁN subraya las ventajas del sistema al decir: «el establecer la seguridad en vez de la inseguridad; reducir los gastos de libras a chelines y los plazos de años y meses a días, según frase de TORRENS; el sustituir la brevedad y la claridad al formulismo oscuro y a la palabrería; el simplificar en un grado tal las transacciones que cualquiera puede ser agente de sus propios negocios; el poner un obstáculo a toda categoría de fraudes; el devolver su verdadero valor y colocar en condiciones de movilidad y utilidad a multitud de fincas y terrenos despreciados a consecuencia de títulos defectuosos, y por último, reducir en una proporción grandísima, hasta hacerlos casi imposibles, los litigios y procesos por el dominio de la propiedad territorial, haciendo desaparecer las causas perennes que los engendran» (112).

B) *El sistema del Derecho Hipotecario alemán*

Las bases de dicho sistema, explica CANDIL, son dos libros: el *Flurbuch* o libro catastral y el *Grundbuch* o registro del derecho de propiedad. «Uno y otro —indica CANDIL— están en correspondencia, de manera que las páginas se corresponden exactamente; toda variación en un libro se traduce en el otro; el libro catastral está a cargo de la administración y el registro a cargo de la justicia; el fundamento del sistema está en que no publica actos ni contratos, sino las fincas mismas. Las transmisiones de dominio y constitución de derechos reales se emplean, no como en España mediante escritura y presentación de esta en el Registro, sino ante un mismo funcionario. Los contratos celebrados privadamente o ante Notario no producen acción real hasta su inscripción, esta tiene un valor absoluto; a esa inscripción presta la ley fe absoluta e incondi-

(112) *Ibíd.*, págs. 50 y 51.

cional, no es una prueba de la verdad sujeta como toda prueba a contradicción: es la verdad misma.

Lo que el *Grundbuch* dice, eso es el derecho; y para que se realice pone la ley al servicio del propietario o del acreedor inscrito la fuerza social, sin tolerar oposición ni oír excepciones de ninguna clase» (113).

Agrega CANDIL que: «Contra el Estado puede en último término dirigir su acción el perjudicado, por un acto inscrito en el Registro. La enajenación no es válida si no se lleva a cabo la investidura (*Anflassung*), consistiendo en la declaración hecha por el propietario que aparece inscrito, de que consiente en que se inscriba a nombre del nuevo adquirente, afirmando este que solicita que se inscriba a su nombre. (...) este sistema quisimos copiar en nuestra patria (...)» (114).

Respecto del sistema hipotecario alemán concluye CANDIL diciendo: «Son tales las garantías, la sencillez y baratura de las operaciones, que no se explican cómo puedan despreciarlas los propietarios, prefiriendo valerse de algún subterfugio legal, cuando no de la buena fe, en vez de encomendarse a Notarios y Registradores» (115).

2. POSICIÓN DE F. CANDIL

CANDIL es *abiertamente partidario del sistema alemán* por razón de «las garantías, la sencillez y la baratura de las operaciones» (116) y, sobre todo y especialmente, porque tiene como base y fundamento el *Catastro parcelario* en el que ve la piedra angular para la reforma de nuestra organización de los Registros y del Notariado entonces vigente (117).

Entiende CANDIL, defendiendo la necesidad del catastro parcelario, y siguiendo al respecto a ROMERO GIRÓN, que: «el catastro, en el estado actual y consideradas las necesidades de la propiedad y del crédito agrícola, debe elevarse del humilde papel hasta ahora desempeñado como simple instrumento del fisco o como obra meramente topográfica destinada a representar las divisiones del territorio, a una misión más trascendente, más fecunda, más simpática, a las poblaciones rurales, convirtiéndose en verdadero supremo título probatorio de la propiedad territorial, y siendo al propio tiempo fiel espejo de la misma» (118).

(113) *Ibid.*, pág. 52.

(114) *Ibid.*, pág. 52.

(115) *Ibid.*, pág. 52.

(116) *Ibid.*, pág. 52.

(117) *Ibid.*, págs. 54 y 55.

(118) ROMERO GIRÓN, Vicente, *Discurso...*, cit. por CANDIL CALVO, F., *op. cit.*, pág. 54.

VIII. POSTERIOR EVOLUCIÓN DEL CATASTRO EN ESPAÑA DURANTE EL SIGLO XX

A pesar de la indudable importancia social, política, económica y jurídica del catastro, don Francisco CANDIL, leída su tesis doctoral sobre la *Necesidad del catastro parcelario* (Madrid, 1910), no volvió a ocuparse del tema. Obtenido el título de Doctor en Derecho, fue pensionado por la *Junta para la Ampliación de Estudios e Investigaciones Científicas* para cursar en el extranjero. Estudió en Francia, Alemania e Italia, y centró sus reflexiones e investigaciones científicas en otros temas de los que más adelante nos ocuparemos.

Sin embargo, nos parece oportuno, como complemento del tema del catastro parcelario, señalar los principales hitos del proceso de la confección del mismo que se prolongó hasta finales del siglo XX. La *confección del catastro parcelario* fue el resultado de un *lento y tedioso proceso* consecuencia (aparte de la propia naturaleza y complejidad de la institución) de la accidentada vida política y económica de España durante ese periodo de su historia (como explicamos en su momento), así como de otros obstáculos tales como la aparición de opiniones científicas y políticas contrarias al mismo. Todavía, en 1958, reconocía don José ÁLVAREZ DE CIENFUEGOS que el «catastro, cuyas ventajas nadie negaba, en otros tiempos, cuenta hoy con gran número de detractores» (119).

Un mero repaso de las *normas fundamentales* que, *a partir de 1906*, se ocuparon de regular la confección del catastro pone de relieve los obstáculos y la falta de acuerdo y de decisión de los gobiernos en la confección del mismo.

Así tenemos:

El Reglamento para el desarrollo de la Ley de 1906, que se dictó el 23 de octubre de 1913.

Entre 1910 y 1917 se iniciaron los trabajos catastrales, pero a partir de 1917 estos se encontraron con la oposición de parte de los terratenientes.

En 1923 el Gobierno de Primo de Rivera hizo suyas las críticas de los detractores del avance catastral y estableció una ley que sustituiría el avance catastral por un catastro jurídico. Al no prosperar esta disposición se retornó a la idea del catastro topográfico parcelario (Ley de 3 de abril de 1925 y Reglamento de 30 de mayo de 1928) (120).

El Gobierno de la República derogó la legislación de la Dictadura (Ley de 6 de agosto de 1932) y retornó al régimen jurídico de la Ley de 23 de marzo de

(119) ÁLVAREZ DE CIENFUEGOS, José, *op. cit.*, pág. 212.

(120) BERNÉ VALERO, José Luis, y FEMENÍA RIBERA, Carmen, *op. cit.*, págs. 149, 155 y 156.

1906 que volvió a entrar en vigor, permitiendo la fotografía aérea en sustitución del croquis a mano alzada (121).

A su vez, el Instituto Geográfico y Catastral continuó haciendo el Mapa Nacional Parcelario.

La Ley de 1933 fue derogada por otra Ley de 1934, que permitía al Ministerio de Hacienda abrir un concurso para la realización de fotografías aéreas y continuar la realización del avance catastral. Al mismo tiempo, el Decreto de 31 de agosto de 1934 dispuso la formación de un Registro Fiscal de la propiedad rústica, por masas de cultivo, a base de fotografías obtenidas desde avión (122). Dicho decreto disponía además que los términos municipales (incluidos en el Registro Fiscal) seguirían tributando por cupo, pero la Orden de 17 de diciembre de 1941 dispuso que podrían pasar a tributar en régimen de catastro, completando su caracterización parcelaria.

Hasta la Ley de 17 de diciembre de 1940 persistió el doble régimen tributario de la riqueza rústica: la riqueza catastrada tributaba por cuota y la amillarada y la comprendida en el Registro Fiscal por cupo, con tipos impositivos distintos. La mencionada Ley transformó el sistema. Unificó el tipo impositivo en el 17,50 por 100 y dispuso que para el ejercicio de 1941 se elevarían los líquidos imponibles en diferente proporción según se tratase de amillaramientos de la primera o segunda sección, avances catastrales y registros fiscales, pero conservando siempre el mismo tipo impositivo (123). Ello supuso ya, en la práctica, la sustitución del sistema de cupo por el de cuota.

De lo visto se deduce que hasta la mitad del siglo XX se vivió prácticamente en la fase o periodo del avance catastral. No obstante los datos del avance catastral sirvieron de base para pasar a la tributación por cuota y, de este modo, llegar a un reparto más equitativo de la contribución territorial (124).

De otro lado, la Orden Ministerial de 16 de diciembre de 1941, que supuso un retorno al sistema catastral de 1906, dividía los trabajos catastrales en dos grupos: Por una parte, los de conservación de los avances catastrales y parcelarios ya existentes, así como la continuación de los trabajos de ejecución del catastro topográfico parcelario por el Instituto Geográfico Nacional; por otra parte, la formación de nuevos catastros parcelarios por fotografías aéreas encargadas por el Ministerio de Hacienda (125).

También puede citarse por su trascendencia «la Orden del 24 de noviembre de 1953, de la Presidencia del Gobierno, de donde dependía el Instituto Geográ-

(121) La fotografía aérea para el trabajo catastral empezó a utilizarse en 1923, creándose en 1927 la Compañía Española de Trabajos Fotoprétricos Aéreos (CETFA). BERNÉ VALERO, José Luis, y FEMENÍA RIBERA, Carmen, *op. cit.*, pág. 164.

(122) *Ibid.*, págs. 163 y 164; BELTRÁN, Luis, *op. cit.*, pág. 104.

(123) BELTRÁN, Lucas, *op. cit.*, págs. 104 y 106.

(124) *Ibid.*, pág. 105.

(125) BERNÉ VALERO, José Luis, y FEMENÍA RIBERA, Carmen, *op. cit.*, pág. 166.

fico y Catastral que pasa la Conservación catastral del Instituto a la Sección de catastro de Hacienda, decisión que prácticamente anuló la conservación. Dispuso que, luego, más tarde, se anularía».

«A partir de esta época y ya hasta la Reforma Tributaria de Fernández Ordóñez en 1978, prácticamente no hubo grandes cambios en el ámbito topográfico, no obstante sí que fue rica en órdenes, decretos e instrucciones sobre revisiones de base imponibles, alteraciones, exenciones, conservación catastral (y) empleo de fotografías aéreas» (126).

En la década de los ochenta y los noventa se produjeron algunas modificaciones en conexión con la reforma tributaria de Fernández Ordóñez. «La reforma tributaria de Fernández Ordóñez de 1978 traspasó a las entidades locales la recaudación de este impuesto, con la consiguiente creación de los Consorcios de Gestión e Inspección de las Contribuciones Territoriales, a través de las cuales el Ministerio de Hacienda mantendría las competencias sobre el catastro de rústica, según el decreto de 1979. El Consorcio funcionaba con financiación al 50 por 100 por parte de Hacienda y 50 por 100 por parte de los Ayuntamientos. Posteriormente pasó a llamarse *Centro de Gestión y Cooperación Tributaria* (Real Decreto 1279/1985) y en 1987 el Ministerio de Hacienda crea el *Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria*, que así funcionó hasta el 1 de octubre de 1993 como Organismo Autónomo, y en la actualidad es una Dirección General directamente dependiente de la Secretaría de Estado de Hacienda (según el Decreto 1725/1993)» (127).

La aplicación de las nuevas tecnologías a la confección del catastro, especialmente a partir de la integración de España en la Comunidad Europea, ha permitido y, al mismo tiempo obligado, a acelerar el proceso de confección, corrección y actualización del catastro. En este sentido debe destacarse que con el establecimiento del *Sistema de Información Geográfica de Parcelas Agrícolas* (SIGPAC) —en virtud del Reglamento (CEE) 3508/92— se vinieron a satisfacer muchas de las finalidades fundamentales que pretendía el catastro, teniendo para la Agricultura y para la Hacienda, entre otras, las siguientes *ventajas*:

- La total seguridad de la corrección de los datos (entre ellos su exacta extensión) gracias a la identificación visual de la misma.
- La posibilidad de obtener sobre el papel, croquis exactos de las parcelas y su explotación.
- Simplificación, rapidez y economía (reducción de gastos) en la tramitación de expedientes y, junto con ello, adelanto en el cobro de las ayudas.
- Y por último, disminución de la posibilidad de errores y, con ello, de eventuales sanciones.

(126) *Ibíd.*, pág. 173.

(127) *Ibíd.*, pág. 173.

IX. ESPECIAL REFERENCIA AL CATASTRO Y SU COORDINACIÓN CON EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: PROYECTO GEOBASE

La regulación del catastro en España por Ley de 23 de marzo de 1906 tiene por objeto la determinación de las fincas rústicas mediante su descripción gráfica, así como su evaluación económica. El fin primordial de dicha Ley es, según su artículo 1, de carácter fiscal y tiene como objeto obtener el equitativo reparto del impuesto territorial.

Sus *finés auxiliares* son de diversa índole:

- Económica, pues el catastro constituye un instrumento para la política de desarrollo económico de un país en sus aspectos agrícola, forestal, minero, hidráulico, urbanístico y de la producción en general.
- Administrativa. El catastro suministra estadísticas que sirven para la formación del Mapa Nacional Topográfico Parcelario.
- Social. El catastro proporciona información útil en cuanto a la política inmobiliaria social a seguir, agraria, colonización, regadíos, latifundismo, vivienda, etc.
- *Jurídico-civil*, ya que el catastro puede suministrar al Registro de la Propiedad los datos reales, exactos de la finca, constitutiva de la unidad física en torno a la cual gira aquel.

Es en este último aspecto donde entran en juego las relaciones entre Registro y Catastro.

Puesto que la función primordial del Registro Inmobiliario es la publicidad jurídica, Registro y Catastro son instituciones diferentes: el catastro persigue la representación gráfica, la individualización física de las fincas. El Registro, en cambio, pretende la concreción jurídica de los inmuebles, la determinación de los derechos que sobre los mismos recaen (derechos reales).

Sin embargo, ambas instituciones tienen un elemento común esencial que es la finca. Desde el punto de vista jurídico, la finca es una unidad de dominio y delimitarla gráficamente supone delimitar propiedades. Las líneas que delimitan la finca en el plano catastral señalan un dominio puesto que los linderos no son solo un dato físico o estadístico, sino también jurídico, pues determinan el espacio físico sobre el que recae el dominio.

Ahora bien, no son instituciones equiparables. El Registro de la Propiedad declara la titularidad inmobiliaria de una finca, mientras que el catastro se limita a suministrar una exacta descripción física de las fincas que constituye la base del Registro de la Propiedad. La cédula catastral, como ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo (sentencias de 19 de octubre de 1954, 4 de noviembre de 1961, 29 de septiembre de 1966, 2 de marzo de 1996...) no puede tener el valor jurídico y legal de un título real. Las inscripciones catastrales por

sí mismas no poseen una significación definidora de la situación jurídica de las fincas, sin perjuicio de que la inclusión en el catastro constituya un indicio de que el objeto inscrito puede pertenecer a quien figura en aquel como titular, siendo en este sentido un principio de prueba.

Al ser el Catastro la institución que suministra sustancia física al Registro, y al ser muy conveniente, por otro lado, la exactitud de los datos jurídicos que llegan al catastro, resulta indispensable la coordinación entre ambas instituciones.

La Ley de 1906 inició, sin éxito, este proceso. Hubo otro intento de coordinación que también fracasó en virtud del Real Decreto 1030/80, de 3 de mayo.

El tercer intento vino dado por el Real Decreto 430/90, de 30 de marzo, que introdujo el artículo 398 del Reglamento Hipotecario que, entre otras cosas, dispone la utilización por los Registros de la cartografía catastral oficial con el fin de identificar las fincas. Este nuevo impulso a la coordinación entre Registro y catastro fue continuado por el Real Decreto 1867/98 que ahondaba en el mismo sentido.

El artículo 9.1, párrafos 2,3 y 4 de la Ley Hipotecaria (introducidos por la Disposición Adicional 28.^a de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre) prevé la posibilidad de completar la identificación de la finca mediante la incorporación al título inscribible de una base gráfica o mediante su definición topográfica con arreglo a un sistema de coordenadas geográficas referidas a las redes nacionales geodésicas. En caso de que se utilizasen la base gráfica catastral o urbanística y el plano topográfico, deberán acompañarse al título en ejemplar duplicado. Uno de los ejemplares se archivará en el Registro, sin perjuicio de su incorporación a soportes informáticos, lo que se hará constar por nota al margen del asiento correspondiente.

En este proceso evolutivo hay que destacar por último la obligación establecida por la Ley 13/96 de que conste la referencia catastral en las escrituras o documentos de trascendencia real relativos al dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, en los contratos de arrendamiento y en general en los documentos en que se pongan de manifiesto cualesquiera alteraciones de orden físico, económico o jurídico, con la única excepción de los documentos de cancelación de los derechos reales de garantía.

El Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, de 5 de marzo de 2004, dedica los artículos 38 a 49 a la regulación de la constancia documental de la referencia catastral con mayor rigor y amplitud. El artículo 36.3 impone a Notarios y Registradores la obligación de remitir a la Gerencia o Subgerencia del catastro en cuyo ámbito radique el inmueble y dentro de los primeros veinte días de cada mes (hoy estos datos se remiten a través del Colegio de Registradores), información relativa a los documentos por ellos autorizados o que hayan generado una inscripción registral en el mes anterior, en los que consten hechos, actos o negocios susceptibles de inscripción en el catastro inmobiliario.

Hay que destacar que tanto la constatación de la referencia catastral como el empleo de la certificación catastral vienen impuestos por el artículo 298 del Reglamento Hipotecario para la inscripción de excesos de cabida que superen la quinta parte de la cabida inscrita.

Este anhelo de incorporar las bases gráficas del catastro al Registro es, desde hace pocos años (hablamos del siglo XXI), una realidad que proporcionará a la información registral, en un futuro no muy lejano, un gran valor añadido y ningún coste. Nos estamos refiriendo al proyecto Geobase presentado por el Colegio de Registradores de España a principios del año 2001 y que está en funcionamiento en algunas capitales españolas desde hace pocos años, si bien hay que decir que el proceso es lento por lo que es de suponer que los resultados definitivos tardarán en verse todavía. Téngase en cuenta que la tarea afecta a todas las fincas registradas de España por lo que se trata de un proceso que requiere tiempo y esfuerzo.

Pero veamos en qué consiste Geobase someramente.

Los redactores de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861 (puesto que la vigente no es más que un texto refundido de 1946) «concibieron un sistema de seguridad jurídica inmobiliaria basado en la finca como unidad de organización. Teniendo en cuenta la época de su promulgación (mediados del siglo XIX) y los medios con los que se podía contar, no tuvieron otro remedio que acudir a una descripción literaria para la identificación de las fincas que, si bien hasta ahora ha dado sus frutos, hoy, y con la aparición de las nuevas tecnologías (fundamentalmente informáticas), se manifiesta como un sistema insuficiente y de difícil ajuste con la realidad física.

Una identificación clara y perfecta de las fincas es el complemento ideal para que el Registro de la Propiedad publique, con todas las garantías de la legislación hipotecaria, cuál es la situación jurídica de las mismas. Este sistema de bases gráficas, denominado Geobase, se apoya en tres principios sencillos y fundamentales: las fincas lindan con fincas, ocupan un lugar geográfico determinado y tienen una forma geométrica característica, lo que hará posible identificar de forma exacta las fincas registrales con las existentes en la realidad extrarregistral, permitiendo ofrecer a los Registros una publicidad exacta en sus características físicas. Este sistema se convertirá por su fiabilidad en un instrumento imprescindible de garantía de todas las situaciones jurídicas inmobiliarias» (128).

Geobase utiliza *tecnología española*. La representación gráfica de las fincas registrales parte de la *cartografía parcelaria digitalizada* con que cuenta España, que no es otra que la *que suministra la Dirección General del Catastro*, gracias al convenio pactado con el Colegio de Registradores. Esta cartografía es fundamental para obtener la información que permite identificar las fincas

(128) «Proyecto Geobase. El Registro de la Propiedad en imágenes», en *Registradores de España*, enero-marzo de 2001, núm. 5, págs. 12 y 13.

registrales, a la vez que posibilita el intercambio de información con el catastro para el cumplimiento que persiguen dicha institución y el Registro de la Propiedad (129).

Para conseguir la finalidad señalada contamos con el asesoramiento y formación del Servicio de Cartografía de la Universidad Autónoma de Madrid. Existe un convenio entre el Registro de la Propiedad y la Universidad Autónoma que persigue la creación del Sistema de Información Geográfica en el Registro de la Propiedad. Con este sistema se pretende conectar las bases gráficas catastrales con los datos alfanuméricos que constan en el Registro de la Propiedad (la referencia catastral).

Geobase permite que los datos cartográficos sean tratados con una técnica informática (SIG) que consigue la visualización del territorio, asociando al mismo toda información relevante, ya sea gráfica o alfanumérica. Para ello el Colegio de Registradores cuenta con los servicios del programa informático llamado *Dyna-map*. Se trata de un programa informático de última generación en el tratamiento de la cartografía que permite la incorporación al Registro de la Propiedad de las bases gráficas de cada finca y toda la información referente a ella.

Las posibilidades de obtención de información sobre las fincas inscritas en el Registro que permite Geobase son ilimitadas. De este modo se puede conseguir una información gráfica veraz y exacta sobre las fincas registrales.

Una vez dada una información teórica del significado del proyecto Geobase, veamos simplificada cómo funciona en la *práctica* (130).

Geobase permite ver en la pantalla del ordenador tres imágenes diferentes referentes de una concreta finca previamente elegida: se trata de la fotografía catastral, la ortofoto (fotografía aérea) y el plano (callejero).

El primer paso es seleccionar la finca que queremos dibujar y pintar con el fin de comprobar si la fotografía catastral coincide con los datos que constan en el Registro de la Propiedad en cuanto a ubicación, linderos y superficie. Para ello se consulta el *Dig Reg*, que no es otra cosa que el Registro digitalizado mediante el escaneo de los libros del Registro. Al seleccionar la finca esta aparece pintada de color azul (damos por sentado que la finca no ha sido dibujada previamente). El paso siguiente consiste en comprobar que la ubicación y linderos de la finca según el catastro coinciden con los datos registrales. En caso de que no sea así no seguiremos el proceso.

(129) *Ibíd.*, pág. 13.

(130) Esta información sobre cómo opera Geobase, desde el punto de vista técnico, la adquirí en los meses de 2007 que estuve trabajando en el Registro de la Propiedad, número 9 de Murcia, donde su titular me hizo responsable de acudir todos los días al Servicio Geobase para aprender su funcionamiento, lo cual hice muy gustosamente, pues me ha ayudado a complementar este trabajo. He de decir que por aquellas fechas los resultados del sistema no estaban tan avanzados como se profetizaba desde las páginas del número de la revista *Registradores de España* antes citado.

A continuación se ajustan los linderos de la finca con las fincas que la rodean (colindantes) o calles, ramblas..., de forma que no se produzca una superposición o «invasión» de una finca con su colindante. Esta operación resulta más difícil en el caso de fincas rústicas, debido a que suelen tener una forma geométrica mucho más irregular que las fincas urbanas.

El paso siguiente es comprobar la superficie. Geobase ofrece la superficie exacta según catastro que nunca coincide con la superficie que consta en el Registro. Hay que calcular la cuantía de la diferencia entre Catastro y Registro de forma que si dicha diferencia en la superficie, según Registro, supera un margen de error del 10 por 100 respecto a la superficie según catastro, la finca se pintará de color rojo y no se continuará el proceso; en caso contrario, se pinta de color verde.

El color verde indica que el dibujo realizado de la finca puede pasar al Registro de la Propiedad para que el registrador la valide pintándola de color amarillo. Solo entonces el Registro de la Propiedad podrá ofrecer al legítimamente interesado, junto con los datos registrales escritos que se entregan habitualmente, una imagen gráfica de la finca perfectamente ubicada geográficamente.

En los casos de propiedad horizontal hay que dibujar el solar donde está la matriz y ver el número de subfincas.

Los datos obtenidos mediante este proceso se pasan a una página excel.

De este modo, Geobase complementa al Registro de la Propiedad aportando una información gráfica de las fincas, rústicas y urbanas y haciendo realidad el viejo anhelo de unir Registro y Catastro para lograr una identificación de la realidad registral con la extrarregistral.

Se cumple así con una misión cuya importancia fue subrayada por CANDIL a principios del pasado siglo cuando elaboró su tesis doctoral sobre la *Necesidad del catastro parcelario*.

CONCLUSIONES

- I. La situación de la propiedad territorial en España en el siglo XIX no se sostiene: ocultación de la riqueza y consiguiente fraude en la tributación; desigualdad e injusticia que supone el régimen de tributación por cupo; inseguridad de la propiedad como consecuencia de la desamortización y el régimen de amillaramiento.
- II. La Ley de 23 de marzo de 1906, que ordena la creación del catastro parcelario con el fin de hacer posible el tránsito de la tributación por cupo a la tributación por cuota, abre un nuevo horizonte a la investigación científica que el Profesor CANDIL exploró e investigó bajo la dirección de su maestro, Gumersindo DE AZCÁRATE.

- III. La solución definitiva a los problemas apuntados la ve el Profesor CANDIL en la confección del catastro parcelario como registro público y obligatorio en donde conste la extensión y las cualidades relevantes desde el punto de vista agrícola de cada finca rústica. Así el catastro parcelario se concibe como un inventario general de la riqueza territorial que toma como unidad la parcela mixta.
- IV. A pesar de las observaciones y críticas de todo tipo, F. CANDIL defendió la necesidad de confeccionar en España un catastro parcelario por razones de diversa índole: exigencias de la seguridad jurídica y de la justicia; acabar con el grave problema de la usura que gravaba la agricultura; hacer posible la necesaria reforma del Notariado y del Registro de la Propiedad y posibilitar la movilización de la mencionada propiedad.
- V. CANDIL se decantó por el sistema de Derecho Hipotecario alemán frente al otro modelo entonces posible: el Acta Torrens, sistema propio de los pueblos sajones.
- VI. Hay que atribuirle a CANDIL el mérito de haber sabido ver, ya a principios del siglo XX, la posibilidad y necesidad de conectar dos realidades diferentes pero complementarias: Catastro y Registro de la Propiedad.
En este sentido hay que hacer mención especial, por una parte, del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, de 5 de marzo de 2004, su reglamento de desarrollo y ciertos artículos del Reglamento Hipotecario que se ocupan de coordinar Catastro y Registro, y, por otra parte, de Geobase.
Geobase, proyecto que utiliza tecnologías de última generación, permite la incorporación de las bases gráficas del catastro al Registro, proporcionando a la información registral un gran valor añadido y ningún coste. El proceso está en marcha pero requiere tiempo y esfuerzo por lo que los resultados definitivos tardarán en verse todavía.
- VII. Insistiendo en la cuestión de la conexión entre el Catastro y el Registro de la Propiedad y de su importancia, aun actualmente, hay que destacar el extenso estudio sobre el tema que está publicando don Carlos MARÍN CALERO en sucesivos números de la *Revista Jurídica del Notariado* (131).

Se trata de un estudio que promete cuajar en una obra completa y rigurosa sobre el problema en cuestión.

(131) La primera parte del estudio ha sido publicada en el número 73 correspondiente al primer trimestre de 2010, págs. 409 a 545. La segunda parte aparece en el número 74 correspondiente a los meses de abril, mayo y junio del mismo año, págs. 23 a 190. La tercera y última parte está pendiente de publicación.

Con todo, los trabajos llevados a cabo en relación con la coordinación del Catastro y el Registro de la Propiedad no están exentos de inconvenientes e incertidumbres. En este sentido escribe Carlos MARÍN CALERO en la primera parte de su estudio lo siguiente:

«Esa coordinación amplia de que hablo, dirigida a la mejor identificación de la propiedad inmueble, es una aspiración largamente sentida y propugnada por la doctrina jurídica española, aunque solo sea para impedir los casos, pocos pero muy graves, en que las escrituras y tras ellas las inscripciones carecen de sustrato real alguno; de modo que, titulando fincas imaginarias, han propiciado graves estafas.

Como he dicho, la más reciente tentativa legal en tal sentido viene del año 1996, que supuso un serio intento de coordinación entre Registro de la Propiedad y Catastro, pasando por la coordinación con las escrituras.

Formalmente, literalmente incluso, ese impulso inicial de 1996, después de varios trasposos de una a otra norma, se mantiene en el actual texto refundido de la Ley del Catastro, pero, en mi opinión y con su redacción actual, ya no está tan claro como lo estaba en aquellas normas que la finalidad última continúe siendo la de conseguir la coordinación entre instituciones.

En realidad, la vigente Ley del Catastro no proclama como un objetivo propio, menos aún básico, la coordinación del catastro con las escrituras y las inscripciones. Al menos, la exposición de motivos de la Ley del Catastro no lo menciona expresamente. Comienza por celebrar “la paulatina incorporación de la información gráfica y de la identificación catastral de las fincas tanto a las actuaciones notariales como al Registro de la Propiedad”, pero no dice qué utilidad se sigue de esa incorporación; menos aún, la utilidad que reporta a los ciudadanos. Un poco más de luz —tampoco demasiada— añade esa exposición de motivos cuando conceptúa al catastro “como lo que realmente es, un registro administrativo puesto al servicio de los principios constitucionales ya citados (principios de generalidad y justicia tributaria, según el grandilocuente calificativo que para ellos utiliza la propia exposición de motivos) y, por ende, del conjunto de las Administraciones Públicas, fedatarios y *ciudadanos*”; y señala el objetivo concreto de la ley de conseguir “la *actualización* de las titularidades catastrales mediante la *cooperación* de las notarías y de los registros de la propiedad”.

En realidad y como veremos en su momento, ese particularísimo objetivo de actualizar las titularidades catastrales, de los que cabe vincular a la cooperación, es el único que ha despertado el constante interés de los responsables del catastro, al menos en sus demandas de colaboración a las instancias notariales» (132).

(132) MARÍN CALERO, Carlos, «Coordinación del catastro con el Registro de la Propiedad y con las escrituras públicas, y de todos ellos con la realidad», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 73, págs. 423 y 424.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ DE CIENFUEGOS, José: *Hacienda Pública*, 4.^a ed., Edit. Prieto, Granada, 1958.
- A. M. R.: «Catastro», en *Enciclopedia Italiana di Scienza, Lettere ed Arti*, T. IX, Ed. Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, Roma, 1951.
- BELTRÁN, Lucas: *Hacienda Pública, Derecho fiscal*, edit. Lex Nova, Valladolid, 1961.
- BERAUD, Francisco, y LEZÓN FERNÁNDEZ, Manuel: *Tratado de Derecho Inmobiliario*, Instituto Reus, Madrid, 1927.
- BERNÉ VALERO, José Luis, y FEMENÍA RIBERA, Carmen: *Catastro de rústica*, Departamento de Ingeniería Cartográfica, Geodesia y Fotogrametría, Escuela Superior de Ingeniería Geodésica, Cartografía y Topografía, Editorial Universidad Politécnica de Valencia. Valencia, 2000.
- BONJEAN, Louis Bernard: *Revision et conservation du cadastre*, París, 1874.
- CALVO ALONSO, Carlos: «El catastro de Ensenada, proyecto de única contribución en la Corona de Castilla», en *El catastro en España, 1714-1906*, vol. I, Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1988.
- CANDIL CALVO, Francisco: *Necesidad del catastro parcelario*, Imprenta de Estanislao Maestre, Madrid, 1920.
- COSSA, Luigi: *Premiers elements de la Science des Finances*, traducción francesa de la edición italiana de Bonnet, París, 1909.
- COSTA, Joaquín: *Reorganización del Notariado, del Registro de la Propiedad y de la Administración de Justicia*, Madrid, 1890-1893.
- FLORA, Federico: *Ciencia de la Hacienda*, T. II, trad. esp. de Vicente GAY, Edit. V. Suárez, Madrid, 1907.
- GALLARDO Y MARTÍNEZ, Antonio: *La movilización de la propiedad y el Acta Torrens*, Barcelona, 1897.
- GASCÓN Y MARÍN, José: *Tratado de Derecho Administrativo. Principios y Legislación española*, T. II, 8.^a ed. revisada, C. Bermejo, Impresor, Madrid, 1945.
- MARÍN CALERO, Carlos: «Coordinación del Catastro con el Registro de la Propiedad y con las escrituras públicas, y de todos ellos con la realidad», en *Revista Jurídica del Notariado*, núms. 73 (págs. 409 a 545), 74 (págs. 23 a 190) y 75 (pendiente de publicación).
- NUSSBAUM, Arthur: *Derecho Hipotecario alemán* (con una introducción de los principios generales del Registro Inmobiliario), trad. esp. de la 2.^a ed. alemana y prólogo de W. ROCES, preliminar de R. ATARD. Biblioteca de la Revista de Derecho Privado, Madrid, 1929.
- PEIRÓ, Antonio: «La única contribución (1711)», en *El catastro en España, 1714-1906*.
- PRO RUIZ, Juan: *Estado, geometría y propiedad (Los orígenes del catastro en España, 1715-1941)*, Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria. Ministerio de Economía y Hacienda. Edita Subdirección General de Estudios y Estadística, Madrid, 1992.
- RIERA VAYREDA, Francisco: «La Talla General», en *El catastro en España, 1714-1906*.
- ROMERO Y GIRÓN, Vicente: Discurso leído siendo Ministro de Gracia y Justicia en la Solemne Apertura de los Tribunales celebrada el 15 de septiembre de 1883.
- RUIZ TORRES, Pedro: «El Equivalente Valenciano», en *El catastro en España, 1714-1906*.
- SÁNCHEZ AGESTA, Luis: *Historia del constitucionalismo español*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978.
- SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: *Estudios de Derecho Civil*, Madrid, 1891, T. III.

SEGURA I MÁS, Antoni: «El catastro de Patiño en Cataluña», en *El catastro en España, 1714-1906*; «La Reforma Tributaria de Mon (1845) y los amillaramientos de la segunda mitad del siglo XX», en *El catastro en España, 1714-1906*.

TORRES MUÑOZ, Isidro, *Reorganización de servicios. Catastro general parcelario y mapa topográfico*, Madrid, 1902.

RESUMEN

CATASTRO REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Este estudio aborda la institución del catastro inmobiliario desde sus orígenes, en la Antigüedad, hasta su situación actual. En ese enorme intervalo de tiempo se analiza como al poder político siempre le ha interesado conocer la realidad de la riqueza territorial de su Estado en orden, primeramente, al establecimiento de impuestos que graven esa riqueza, tanto urbana como rústica. La confección del catastro en España sigue un proceso evolutivo lento y defectuoso, con intentos frustrados. Para la confección del actual catastro español es definitiva y muy importante la Ley de 23 de marzo de 1906 y su reglamento de desarrollo, objeto de estudio por el Profesor Candil Calvo, quien ideó un sistema catastral basado en el Derecho alemán. Además F. Candil vio, ya a principios del siglo XX, la necesidad de coordinar el catastro con el Registro de la Propiedad. Sin embargo, las ideas de Candil, expuestas en su trabajo, «Necesidad del catastro parcelario», tuvieron que esperar casi un siglo para hacerse realidad. Actualmente, mientras que la necesidad de confeccionar un catastro inmobiliario es una realidad, la coordinación de la institución catastral con el Registro de la Propiedad sigue en fase de elaboración.

ABSTRACT

CADASTRE PROPERTY REGISTRY

This study addresses the institution of the real-estate cadastre from its origins in antiquity to its present-day situation. There is an analysis of how, over that enormous interval of time, those in political power have always been interested in knowing the state's real wealth in terms of land, first and foremost in order to tax that wealth, be it urban or rural. The evolutionary process whereby the cadastre was put together in Spain was a slow and defective one, with frustrated attempts. The Act of 23 March 1906 and the regulation implementing the act were definitive and very important for the creation of the current Spanish cadastre. The regulation was the subject of study by Professor Candil Calvo, who came up with a cadastre system based on German law. In addition, as far back as the early 20th century, F. Candil saw that the cadastre needed to be coordinated with the property registry. However, Candil's ideas, laid out in his paper. «Necesidad del catastro parcelario», had to wait nearly a century to come true. At the present time, while the need to put together a real-estate cadastre is a reality, coordination between the institution of the cadastre and the property registry is still in the assembly phase.

(Trabajo recibido el 26-1-2011 y aceptado para su publicación el 15-9-2011)

Luces y vistas sobre tejado ciego

por

CAMINO SANCINENA ASURMENDI

Catedrática de Derecho Civil

Universidad de Oviedo

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO. UN CASO EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA.
 - II. LA REGULACIÓN DE LAS VISTAS SOBRE TEJADO CIEGO EN DERECHO COMPARADO:
 - A) EN FRANCIA.
 - B) EN ITALIA.
 - III. LA PRIVACIDAD E INTIMIDAD RESPECTO DEL FUNDO VECINO.
 - IV. LA POSESIÓN TOLERADA.
 - V. SERVIDUMBRE Y PRESCRIPCIÓN:
 - A) LOS HUECOS DE LUCES.
 - B) LOS HUECOS RETRANQUEADOS PARA VISTAS.
 - C) LOS HUECOS CON SALIDIZOS QUE INVADEN EL VUELO DEL PREDIO VECINO.
 - VI. PROPUESTA PERSONAL.
-
- I. PLANTEAMIENTO. UN CASO EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

El Código Civil bajo el epígrafe «de la servidumbre de luces y vistas» regula los huecos para luces y vistas (arts. 580 a 585), en cuanto limitaciones a la propiedad en razón de las relaciones de vecindad (arts. 580 a 584), y como servidumbre de luces y vistas (art. 585) (1).

(1) Sobre las luces y vistas en el Código Civil, puede verse: ROGEL VIDE, C., *Limitaciones de luces y vistas en el Código Civil español*, Madrid, 2006; RIVERA SERRANO, M., *Servidumbre de luces y vistas*, Granada, 2009; VILLÉN SALTO, G., *Las limitaciones del*

El Código Civil, por razón de las relaciones de vecindad, limita al propietario la posibilidad de abrir huecos para luces y vistas en pared propia, restringiendo el derecho de propiedad y la libertad del propietario, a favor y en beneficio del dueño del fundo vecino.

Así, respecto a la recepción de luces, el Código Civil limita el derecho de propiedad para abrir huecos de luces en pared propia en atención al tamaño, altura y configuración: *a la altura de las carreras o inmediatas a los techos, de treinta centímetros en cuadro, con reja de hierro remetida y red de alambre* (art. 581 CC). Los huecos para luces no se limitan mediante la fijación de una distancia mínima, pues el propietario pueden abrir huecos de luces en pared propia colindante con el predio del vecino.

Los huecos para vistas están limitados mediante la fijación de distancias mínimas. El propietario puede abrir huecos para vistas rectas o directas a una distancia de dos metros sobre la finca del vecino (art. 582 CC) (2). Las distancias mínimas en caso de huecos para vistas laterales u oblicuas se reducen a sesenta centímetros. El artículo 583 del Código Civil determina cómo se contará esta distancia: para las vistas rectas desde la línea exterior de la pared en los huecos sin voladizos, o desde la línea exterior del voladizo cuando los haya; y para las vistas oblicuas, desde la línea de separación de ambos predios.

La regulación del Código Civil español sobre las luces y vistas no diferencia según las características del fundo sobre el que se proyectan las vistas, en atención a si el terreno o solar tiene el carácter de abierto o cerrado, o si las vistas recaen sobre tapia, pared, muro o tejado ciegos. GARCÍA GOYENA establecía en el comentario del artículo correspondiente al actual 582, numerado con el 538: *«sobre la propiedad del vecino esté o no cerrada: y bien sea en poblado o en despoblado»*, pero no recogió esta expresión en el articulado del Proyecto de Código Civil de 1851 (3). Por el contrario, los Códigos Civiles francés e italiano recogen en su articulado la expresión del carácter abierto o cerrado del fundo sobre el que recaen las vistas.

dominio sobre luces y vistas. Tratamiento legal y convencional, Granada, 2004; ROCA JUAN, J., «Comentarios a los artículos 580 a 585 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por ALBALADEJO), tomo VII, vol. II, Madrid, 1990, págs. 219 y sigs.; REBOLLEDO VARELA, A. L. y otros, *Tratado de servidumbres*, Pamplona, 2002; MORENO TRUJILLO, E., «El régimen jurídico de las luces y vistas en el Derecho Común español. Límite y servidumbre», en *RDP*, 1993, págs. 131 y sigs.; BARBER CÁRCAMO, R., «Luces y vistas en los Derechos civiles españoles: facultades, servidumbres y usucapión», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor don Luis Díez-Picazo*, tomo III, Madrid, 2003, págs. 3547 y sigs.

(2) GARCÍA GOYENA establecía la distancias en pies, seis pies para vistas rectas y dos pies para oblicuas (cfr. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 1974 [reimpresión de edición de Madrid, 1852], pág. 271).

(3) *Ob. cit.*, pág. 271.

La jurisprudencia española no se ha detenido a analizar *quid* cuando las vistas se proyectan sobre solar cerrado o sobre tejado o muro ciegos (4). Sin embargo, en algunos de sus pronunciamientos, el carácter de cerrado o de ciego del solar o del muro sobre el que recaían las vistas ha sido expresamente señalado.

Es el caso de la sentencia de 20 de mayo de 1969. En el supuesto de hecho, se cuestiona una terraza o mirador sobreelevado por los demandados en la planta superior de un edificio de once plantas. La terraza construida con gruesos cristales transparentes de luna *Securit*, montados sobre armadura fija de hierro no puede abrirse ni es abatible. La cubierta de la terraza es también de material transparente. La terraza no tiene huecos ni batientes, por lo que no permite asomar la cabeza ni arrojar cosa alguna, y está remetida unos treinta cm de la superficie sobre la que se asienta.

La terraza da sobre la pared ciega de los actores. Además se levanta por encima de la altura de siete plantas, por lo que tal y como quedó probado, no existe la menor posibilidad de vistas.

En los actos conciliatorios, los demandados amistosamente ofrecieron abonar una cantidad de dinero y a manifestar por escrito que los actores podrían elevar su edificio; incluso ofrecieron comprar el edificio de los actores, pero estos pidieron un precio excesivo que la parte demandada no pudo aceptar.

Los actores demandaron mediante acción negatoria de servidumbre el cierre de la terraza. Los demandados se opusieron al cierre de la terraza, dado que carecía de vistas, y no podían inspeccionar ni fiscalizar el fundo vecino, por lo que no se inquietaba la propiedad de los actores, ni les perjudicaba lo más mínimo. A la vez, reconocían que no existía un derecho de servidumbre a su favor, y admitían que en cualquier momento los actores podían elevar su construcción.

El Juzgado estimó la demanda, condenando a los demandados *a cerrar los huecos con vistas rectas que están a menos de dos metros del fundo vecino o bien a recubrirlos con vidrio traslúcido*.

La Audiencia Territorial de Oviedo revocó la sentencia de primera instancia, absolvió de la demanda, con base en que la razón del artículo 582 del Código Civil es proteger a los propietarios de la indiscreta inspección ajena, por lo que toda prohibición del artículo 582 desaparece cuando no existe esa inspección.

(4) La jurisprudencia española no ha incidido en este tema. La sentencia de 17 de abril de 1995 declara que no existe servidumbre respecto a un gran ventanal lateral sobre muro medianero que se proyecta con vistas rectas sobre cubierta ciega de la casa colindante. Los fundamentos de la sentencia no hacen referencia a la *ceguera* de la cubierta.

La sentencia de 28 de septiembre de 1972 admite, como lo hacen las partes, la existencia de una servidumbre de luces y vistas que invade el vuelo vecino; y que la construcción del fundo sirviente no tiene que respetar los tres metros en la altura que era ciega. Pero el litigio se centra sobre noventa centímetros en la fijación de la rasante.

El Tribunal Supremo casó y anuló la sentencia de la Audiencia. Admite el interés jurídico de los actores en su pretensión: «no cabe negar el interés jurídico que en principio tiene el propietario de la finca contigua para poner coto a una contravención legal y a una situación susceptible de producirle un perjuicio *futuro*». Niega que exista abuso de derecho: «no se halla demostrada la inmoralidad o antisociabilidad del supuesto daño, ni la intención de perjudicar sin un fin serio o legítimo, o una anormalidad en el ejercicio de un derecho». Rechaza que la única finalidad del artículo 582 del Código Civil sea la protección de la intimidad del predio vecino: «sin que tampoco sea admisible que la única finalidad del antes mencionado artículo 583 (*sic*, 582) sea la de proteger a los propietarios o poseedores de un fundo de la indiscreta inspección ajena, pues cuenta la seguridad del fundo y su utilización libre y el respeto a los derechos dominicales, tanto en el suelo como en el vuelo, *aunque no existiera molestia en el presente*». Por último, achaca a la Audiencia la elasticidad que había concedido al artículo 582 del Código Civil con la finalidad de evitar el abuso de derecho.

Personalmente, considero más acertada la sentencia de la Audiencia. No existen motivos suficientes para ordenar el cierre de dicha terraza o su recubrimiento con cristal traslúcido, dado que no existe un daño *actual* ni perjuicio a la intimidad ni privacidad, pues las vistas recaen sobre pared ciega.

Este trabajo aborda las luces y vistas sobre tejado ciego, mediante huecos o ventanas en pared sobreelevada sobre tejado, pared o muro ciegos, o huecos sobre terreno o solar cerrados, para, con los elementos y la doctrina ya existente, buscar el punto de equilibrio entre el derecho de propiedad con la facultad de recibir luces y proyectar vistas, por un lado, y el derecho del propietario del fundo vecino a su intimidad y privacidad, por otro.

II. LA REGULACIÓN DE LAS VISTAS SOBRE TEJADO CIEGO EN DERECHO COMPARADO

El Código Civil español no hace referencia al carácter de abierto o cerrado del fundo sobre el que se proyectan las vistas. Tampoco se acoge en ninguno de los Derechos Forales o especiales. Sin embargo, entre los países de nuestro entorno, el carácter de abierto y cerrado de los fondos tiene acogida en el Derecho francés y en el Derecho italiano. Ambos tienen la misma regulación, pero la interpretación jurisprudencial es opuesta.

A) EN FRANCIA

El Derecho Civil francés recoge expresamente el carácter de heredad cerrada o no cerrada, pero sin diferenciar la regulación. El *Code Civil* exige que se respeten

las distancias mínimas para que el propietario pueda abrir huecos con vistas que recaigan sobre heredad cerrada o no cerrada —*clos ou non clos*— de su vecino. La distancia mínima para las vistas rectas es de 19 decímetros (art. 678 del *Code Civil*), y para las vistas oblicuas requiere 60 centímetros (art. 679 del *Code Civil*).

Sin embargo, la jurisprudencia ha diferenciado las vistas según recaigan sobre heredad abierta o cerrada. Exige el cumplimiento de las distancias mínimas en el supuesto de vistas sobre heredad abierta; y permite la apertura de huecos y ventanas para luces y vistas, aunque no respeten las distancias mínimas, cuando recaen sobre heredad cerrada [del vecino].

Poco a poco, el Tribunal de Casación francés ha diseñado el régimen jurídico aplicable a estos huecos o ventanas, que se ha consolidado como doctrina pacífica.

La jurisprudencia comenzó considerando que los artículos 678 y 679 del *Code Civil*, relativos a las distancias legales para abrir huecos de vistas rectas y oblicuas, respectivamente, no se aplicaban en el caso de que las vistas recayesen sobre tejado ciego. Así, el Arrêt de Cassation (A. Cass), de 3 de julio de 1969, asevera que las ventanas con vistas rectas construidas en pared contigua al fundo vecino sin respetar las distancias legales no quedan sometidas a la regulación de las distancias legales de los artículos 678 y 679, pues estos artículos *son inaplicables a las vistas que se ejercitan sobre un tejado con forma de terraza desprovisto de aberturas o lucernas*. El fallo de la sentencia desestima la petición de los dueños del fundo vecino en el cumplimiento de la ley.

Posteriormente, el Tribunal de casación ha considerado que la regulación de las distancias legales de los artículos 678 y 679 es aplicable a las vistas sobre tejado ciego. Así el A. Cass, de 10 de julio de 1996, ha entendido que las ventanas abiertas en muro propio contiguo al fundo vecino con vistas sobre el tejado ciego, se regulan por los artículos 678 y 679 del *Code Civil*. Casa la sentencia de instancia que había considerado que la *ausencia de todo riesgo de indiscreción escapa a la reglamentación de la servidumbre de vistas*, y remite las actuaciones al momento anterior al fallo.

La jurisprudencia ha trazado las líneas maestras de la regulación de las ventanas abiertas sobre heredad cerrada del vecino. Considera que suponen una *posesión tolerada*, que no perjudica al dueño del fundo vecino, quien tiene que soportarla, por lo que no es susceptible de oposición por parte del dueño del fundo vecino; que no constituyen una posesión *útil* para la prescripción, por lo que no se gana por prescripción servidumbre alguna por mucho tiempo que transcurra desde la apertura de las ventanas; y que la existencia de ventanas sobre tejado ciego, no impide que sean cubiertas o tapadas por el vecino que edifica o sobreeleva pared colindante.

En este sentido, la jurisprudencia ha entendido que el propietario del fundo vecino con tejado ciego tiene que soportar o tolerar las ventanas para vistas, aunque no respeten las distancias mínimas legales. El A. Cass, de 12 de abril de 1972,

consideró que el propietario cuyas vistas dan sobre el tejado ciego del vecino, no ocasiona ninguna perturbación susceptible de provocar una oposición en este. Desestimó la demanda de que se cerrasen esos huecos. El fallo se basa en que el actor no había probado que el tejado plano sobre el que recaían las vistas constituyera una terraza. Por lo que las vistas sobre tejado ciego no suponen ningún perjuicio para el fundo vecino, ni ninguna posesión útil para la prescripción. El A. Cass, de 24 de septiembre de 2002, entiende que las dos ventanas abiertas sobre tejado ciego no pueden causar ningún perjuicio susceptible de provocar la contradicción.

El Tribunal de casación asevera que las ventanas para vistas que vulneran las distancias mínimas legales no conceden una posesión útil para la prescripción. El A. Cass, de 28 de abril de 1971, considera que las vistas sobre el tejado del garaje del fundo vecino, que tiene aberturas acristaladas, no es de naturaleza para ganarse por prescripción, pues para ver el interior del garaje por los orificios acristalados, es necesario acceder al tejado. El A. Cass, de 12 de julio de 2000, entiende que las vistas litigiosas sobre tejados ciegos de unas construcciones de 1904, no implican ninguna posesión útil para la prescripción. El A. Cass, de 29 de abril de 1986, afirma que las distancias legales prescritas para las vistas sobre la propiedad del vecino, son inaplicables a las vistas sobre tejado desprovisto de aberturas, por lo que los huecos que únicamente dan sobre el tejado ciego del vecino no implican ninguna posesión útil para prescribir una servidumbre de vistas. Casa la sentencia de instancia que había admitido la servidumbre de vistas, con base en que esas ventanas tenían varias decenas de años, y una de ellas era visible desde la vía pública (posesión pública).

Por último, la jurisprudencia francesa ha admitido que la apertura de ventanas sobre tejado ciego no impide la edificación o sobreelevación por el vecino que cubra o tape dichos huecos. El A. Cass, de 14 de enero de 1992, considera que las vistas sobre tejado ciego no constituyen una posesión susceptible de protección y no impiden la sobreelevación del edificio sobre el que recaen.

B) EN ITALIA

El Derecho italiano, tanto en el *Codice Civile* actual como en el *Codice* de 1865, limita también mediante distancias mínimas la libertad del propietario de abrir huecos y ventanas en pared propia, acogiendo la expresión *fondo chiuso o non chiuso e neppure il tetto del vicino* (art. 905 del *Codice Civile* actual, que reitera el art. 587 del *Codice* de 1865).

El *Codice* establece idéntica regulación para el supuesto de propiedad abierta o cerrada del vecino. Exige una distancia mínima para poder abrir huecos sobre la propiedad del vecino abierta o cerrada: un metro y medio para las vistas rectas (art. 905 CC), y setenta y cinco centímetros para vistas oblicuas o laterales (art. 906 CC).

La jurisprudencia italiana ha interpretado estrictamente la exigencia de las distancias mínimas, sin diferenciar el supuesto de fondo abierto o cerrado, o de tejado o muro ciegos.

El Tribunal de Casación ha afirmado que las vistas sobre tejado ciego son *vistas*, y que el fondo ciego es *fundo*. Entiende que las «vistas» se califican en atención al fondo desde el que se proyectan, y no por el fondo sobre el que se proyectan. Y considera «fondo del vecino» cualquier parte del mismo, aunque sea mínima, incluso una tapia ciega o *muro di cinta*. En este sentido, la jurisprudencia mantiene una doctrina unánime, sin fisuras.

La Sentenza di Cassazione (S. Cass) de 5 de enero de 2000 (n. 27) casa la sentencia de instancia que había entendido que el objeto de las vistas debe ser un fondo abierto. El fondo sobre el que se proyectaban las vistas en el supuesto litigioso era cerrado, por lo que la sentencia de instancia entendió que escapaba de esta regulación. El Tribunal de Casación confirmó que existen *vistas* sobre la propiedad cerrada del vecino, y que la tapia ciega, propiedad del vecino, era su *fundo*. Concluyó que la disposición del artículo 905 del *Codice Civile* es también aplicable en el caso de que el ejercicio de las vistas en el edificio vecino sea impedido de hecho por un muro ciego.

Numerosas son las sentencias de casación italianas que consideran que por *fundo del vecino* debe entenderse cualquier parte aunque sea marginal, incluso una tapia —*muro di cinta*—. Véase las SS. Cass, de 23 de noviembre de 1987 (n. 8626), de 10 de marzo de 1986 (n. 1590), de 29 de abril de 1975 (n. 1664), de 29 de julio de 1964 (n. 2152) y de 25 de julio de 1942 (n. 2199).

La S. Cass, de 6 de diciembre de 1991 (n. 13157), alude a la argumentación. La norma del artículo 905 prohíbe la apertura de vistas rectas sobre el fondo del vecino, para tutelar la libertad del fondo de cualquier indiscreción extraña, sin diferenciar el fondo abierto o cerrado. Y extrae como consecuencia que las vistas aunque estén limitadas por el muro de la construcción vecina deben respetar la distancia de un metro y medio.

III. LA PRIVACIDAD E INTIMIDAD RESPECTO DEL FUNDO VECINO

En el Derecho español, el propietario tiene prohibido por las relaciones de vecindad abrir libremente huecos para luces y vistas en pared propia colindante con el vecino (5). La razón primordial de estas limitaciones la constituye el

(5) La sentencia de 17 de febrero de 1968 considera que los artículos 581 y 582 del Código Civil, *imponen limitaciones al derecho de propiedad*, por las relaciones de vecindad con un carácter absoluto y permanente de reciprocidad. Cfr. sentencias de 2 de octubre de 1990 y de 18 de julio de 1997.

Cfr. ROGEL VIDE, *ob. cit.*, págs. 112 y sigs.

derecho a la intimidad y a la privacidad del propietario del fundo contiguo, para lo que se pretende evitar la inspección y fiscalización.

El artículo 581 del Código Civil permite abrir huecos o ventanas en pared propia colindante para recibir luces limitando la altura, el tamaño y estableciendo una configuración determinada: *a la altura de las carreras o inmediatos a los techos, de treinta centímetros en cuadro, con reja de hierro remetida y red de alambre*. Estos huecos tiene como finalidad permitir la recepción de luces y la ventilación. La posibilidad de vistas queda impedida por la altura y por la configuración que impiden asomarse.

Ahora bien, en Navarra y en Aragón no se aplica el artículo 581 del Código Civil, pues los ordenamientos navarro y aragonés contienen disposiciones especiales respecto a los huecos de ordenanza (6). En ambos ordenamientos los huecos de ordenanza permiten la visión.

En efecto, el Fuero Nuevo permite abrir huecos de tolerancia en pared colindante de una vara en cuadro (unos 80 cm), cerrados mediante barrotes remetidos y red metálica (ley 404) (7). Estos huecos de tolerancia permiten la visión, pues pueden colocarse a cualquier altura, dado que la legislación navarra no exige requisitos de altura. En Derecho navarro, «los huecos de tolerancia por sus dimensiones y libre ubicación posibilitan las vistas en cuanto lo permitan su altura y colocación» (SAT de Pamplona, de 18 de septiembre de 1982). Los huecos de luces se diferencian de los huecos de vistas, además del tamaño, en la configuración, pues los huecos de luces no pueden ser francos. La SAP de Navarra, de 24 de noviembre de 1987, asevera: «según un criterio doctrinal muy extendido, lo característico del hueco para luces radica en la imposibilidad de sacar la cabeza por el mismo, lo que aquí acaece, en tanto que el de vistas permite asomarse».

El Derecho aragonés permite abrir huecos para luces y vistas en pared propia colindante *sin sujeción a dimensiones determinadas* siempre que sean retranqueados y tengan protección: *reja de hierro remetida en la pared y red*

(6) El ordenamiento navarro contiene disposiciones especiales —ley 404 del Fuero Nuevo— respecto a los huecos de ordenanza, configurándolos de manera diferente, por lo que el artículo 581 del Código Civil no tiene aplicación en Navarra. Cfr. SAP de Navarra, de 12 de noviembre de 1986. Tampoco tienen aplicación en Navarra por ser incompatibles con la legislación especial los artículos 580 y 585 del Código Civil. Por el contrario, los artículos 582, 583 y 584 del Código Civil son de aplicación en Navarra (cfr. SSTSJ de Navarra, de 6 de junio de 2002 y de 21 de enero de 2004).

El ordenamiento aragonés contiene «unas disposiciones generales sobre servidumbres con el suficiente detalle que evite la indebida injerencia de las normas del Derecho supletorio estatal» (Exposición de Motivos IV de la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho Civil Patrimonial). Esta Ley ha regulado el Derecho Civil Patrimonial y derogado los artículos 143 a 153 de la Compilación, que continuaban vigentes.

(7) Cfr. SSAT de Pamplona, de 20 de mayo de 1981 y de 3 de febrero de 1986, y SAP de Navarra, de 19 de mayo de 1980.

de alambre, o protección semejante o equivalente (art. 9 de la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho Civil Patrimonial) (8). La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 23 de febrero de 2005, admite que cabe sustituir la reja de hierro y la red de alambre *por otras protecciones semejantes*, que impidan asomarse al hueco y arrojar objetos al fundo vecino, y considera suficiente las protecciones consistentes en rejas de aluminio atornilladas en la pared y provistas de malla y en chapas de hierro sujetas mediante patillas atornilladas a la pared. Así, en el Derecho aragonés, los huecos de ordenanza se caracterizan por su protección, no teniendo límite de tamaño, ni de altura, impiden asomarse y arrojar cosas, pero permiten la visión (9).

El artículo 582 del Código Civil posibilita abrir huecos para vistas rectas o laterales cuando se guarde una distancia mínima respecto a la finca del vecino: dos metros para las vistas rectas y sesenta centímetros para las oblicuas.

Ahora bien, estas reglas de los artículos 581 y 582 del Código Civil tienen varias excepciones que permiten la apertura de huecos para luces y ventanas para vistas sin respetar la distancia mínima.

Legalmente se excepciona el cumplimiento de las distancias mínimas, en el caso de que ambos fundos estén separados por una vía pública (art. 584 CC) (10). El vecino pierde su protección, y por tanto, tiene que soportar los huecos para luces y vistas, cuando ambos fundos estén separados por una vía pública; de manera que cede el derecho a la intimidad y privacidad, aunque la pared donde se construyen los huecos esté a menos de dos metros de distancia del fundo vecino.

GARCÍA GOYENA justifica que estas limitaciones no rijan el supuesto de que las heredades estén separadas por un camino o vía pública: «opinan generalmente los Jurisconsultos, que no deben tener aplicación cuando las dos heredades se hallan separadas por una calle o camino público, porque la seguridad y el ornato públicos están interesados en que haya vistas sobre las calle y plazas» (11).

El Tribunal Supremo ha entendido «vía pública» en un sentido amplio, favoreciendo la excepción del artículo 584 del Código Civil. La sentencia de

(8) El Derecho aragonés regula las servidumbres de luces y vistas en cuanto relaciones de vecindad (arts. 9 a 14), y en cuanto servidumbre (arts. 38 a 40).

La explicación de esta regulación es de carácter histórico. Cfr. artículo 144 de la Compilación de Derecho Civil de 8 de abril de 1967, y el artículo 15 del Apéndice Foral. Cfr. la sentencia de 30 de octubre de 1983. Véase, LACRUZ BERDEJO, J. L., «La interpretación histórica y el Derecho aragonés de luces y vistas», en *Estudios de Derecho Privado Común y Foral*, vol. I, Madrid, 1992, págs. 391 y sigs.; SANCHO REBULLIDA, F., «Derecho de bienes. Relaciones de vecindad, servidumbres», en *Estudios de Derecho Civil*, vol II, Pamplona, 1978, págs. 133 y sigs.

(9) La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 4 de febrero de 2009, exige la protección mediante reja y red. Cfr. sentencias de 23 de noviembre de 1983 y de 12 de diciembre de 1986.

(10) En el mismo sentido, cfr. el artículo 9.3 de la Ley aragonesa de Derecho Civil Patrimonial.

(11) *Ob. cit.*, pág. 271.

31 de mayo de 2005 considera el camino existente entre las fincas como vía pública a los efectos del artículo 584 del Código Civil, pues basta que no se trate de un camino particular, cualesquiera que sean sus condiciones de policía y urbanización.

La sentencia de 11 de octubre de 1979 declara que la acequia de riego que separa las fincas del actor y del demandado, es suficiente para impedir el cierre de las ventanas por no guardar la distancia de dos metros con el fundo del demandante. El Tribunal Supremo confirma las sentencias de instancia. No entra a la calificación de la acequia como «vía pública», sino que establece la no aplicación de los artículos 581 y 582 del Código Civil, porque las fincas no eran contiguas o colindantes al estar separadas por un accidente topográfico (12).

Asimismo, la jurisprudencia ha relajado la interpretación de estas reglas sobre luces y vistas cuando se utiliza material traslúcido. La limitación del Código Civil ha sido restringida por la jurisprudencia, que ha extendido la permisión de abrir huecos mediante la utilización de material traslúcido, hormigón, ladrillo, cristal, etc. (13). Ha permitido utilizar este material traslúcido en dos situaciones: *ex novo* en la construcción, y mediante la condena a eliminar las vistas ya creadas sustituyendo el cristal transparente por material traslúcido.

Así, por un lado, la jurisprudencia ha reconocido que las *nuevas* técnicas constructivas están incorporando a la construcción de los edificios materiales traslúcidos que dejan pasar la luz, pero que no permiten la ventilación, ni la visión. La admisión de dichos materiales traslúcidos en la construcción ha sido realizada mediante dos pasos bien diferenciados en su argumentación.

En un principio, la jurisprudencia estableció que el material traslúcido utilizado en la construcción, pero sin constituir «huecos» o «vanos», es *como* muro o análogo al muro. Únicamente deja pasar la luz, pero no las vistas. El Tribunal Supremo aludía al ornato, a un criterio de belleza, y a que mediante la utilización de estos materiales traslúcidos no se altera ni disminuye la privacidad o intimidad del fundo vecino. En consecuencia, consideraba que no quedaban sometidos a la regulación del artículo 581 del Código Civil.

En este sentido, la sentencia de 17 de febrero de 1968, ante el hecho de que el levantamiento de fachadas o paredes se realiza con materiales más o menos

(12) Sin embargo, la sentencia de 22 de noviembre de 1989 condena, dada la mala fe del constructor, a cerrar los huecos abiertos sobre un camino privado alegando que la excepción del artículo 584 del Código Civil exige que sea una vía pública.

El Derecho francés excepciona de las distancias mínimas para vistas rectas y oblicuas, el supuesto de que el fundo vecino esté gravado por una servidumbre de paso colindante a favor del fundo que tiene abiertos los huecos de vistas (art. 678 CC). Esta servidumbre de paso impide la construcción.

(13) En Navarra se admite que las paredes de material traslúcido no obstan la propiedad, ni crean servidumbre (SAT de Pamplona, de 7 de diciembre de 1983, y SAP de Navarra, de 30 de mayo de 1986).

traslúcidos, «permitiendo el paso de la luz, pero con la *misión propia de toda pared*, cual es el cerrar el edificio», establece una doctrina clara, que reproduzco por su interés. «Considerando que estas técnicas modernas, *al no poderse equiparar a la apertura de ventanas ni de huecos*, no están comprendidas en los términos literales de los artículos 581 y 582 citados, *ni tampoco en su espíritu*, pues la utilización de esos materiales no es con fines de luz exclusivamente, sino de ornato o resistencia, que se traduce, en definitiva, en belleza y seguridad del edificio, por lo que este progreso, al no estar comprendido en la regulación del Código Civil, sobre estas relaciones de vecindad, constituye una laguna legal, y para resolverla hay que tener en cuenta que la propiedad no puede llegar más allá de lo que el respeto a la del vecino determina, por lo que en la lucha entre dos situaciones vecinales prevalecerá la que se apoye en el interés social si la vida íntima familiar del vecino no se inquieta, por lo que será en cada caso concreto la situación fáctica la determinante de la resolución procedente; b) en la sentencia de primera instancia aceptada por la impugnada se declara que el empleo de ese material traslúcido «pasa a formar parte integrante de la pared como un trozo o porción de la misma a la cual aparece unida, guardando la misma línea y haciendo la misión propia del resto de la pared, consistente en cerrar el edificio», que «*impidiendo la visión permite el paso de luz en intensidad limitada, y no permite la inspección o fiscalización del fundo ajeno contiguo*», y «ese tipo de construcción, por no consistir precisamente, en la apertura de huecos que gravan el fundo ajeno, no puede entrañar legalmente la adquisición de servidumbre alguna, y en cualquier momento se puede edificar contiguamente a la pared del actor, con uno u otro material», y ante estos hechos, como el progreso y adelanto en las edificaciones está apoyado en el interés de la sociedad, y *la intimidad de la vida familiar del recurrente no se inquieta*, dadas las características del ladrillo traslúcido empleado, ha de prevalecer el interés social, por lo que, y *al no estar el caso contemplado enmarcado en los repetidos artículos 581 y 582*, es obligada la desestimación del recurso».

El fallo de esta sentencia busca el equilibrio entre el interés de los propietarios de recibir luces, y el derecho del dueño del fundo vecino a la intimidad o privacidad. El Tribunal Supremo argumenta que la utilización de material traslúcido no tiene únicamente una finalidad de recibir luz, sino también de ornato o resistencia, es decir, belleza y seguridad del edificio. Pero el fallo se basa en los argumentos de la sentencia de instancia de que al impedirse la visión no permite la inspección o fiscalización del fundo ajeno contiguo, por lo que la intimidad de la vida familiar del recurrente no se inquieta.

El siguiente paso en la argumentación del Tribunal Supremo se debe a la utilización del material traslúcido para cubrir «vanos o huecos», de manera que ya no puede considerarse equiparable al muro, ni escapar de los artículos 581 y 582 del Código Civil. En este sentido, la sentencia de 16 de septiembre de 1997 permitió la utilización del material traslúcido, con independencia de la

forma que adopte. «Los artículos expresados del Código Civil regulan restricciones o limitaciones del derecho de propiedad para abrir huecos o ventanas en pared propia, de manera que, cuando la pared (no medianera) sea contigua a finca ajena, solo se pueden hacer los tragaluces a que se refiere el artículo 581, en las condiciones que especifica de altura y características detalladas en el mismo, o bien, prohibiendo la apertura de aquellos (también balcones o voladizos semejantes) a menos de dos metros de distancia en vista recta o de sesenta centímetros en vista oblicua sobre la finca del vecino. *Se pretende, con estas limitaciones, contribuir al respeto de la privacidad, evitando una observación directa, por medio de la vista, de lo que sucede en el predio colindante.* El derecho a abrir los huecos o ventanas de referencia no deriva de ninguna servidumbre legal sino *del mismo derecho de propiedad*, aunque limitado en su ejercicio por relaciones de vecindad. Tal derecho coexiste con el correlativo del fundo contiguo a edificar libremente, e incluso, en el caso del artículo 581, a cubrirlos levantando pared aneja a la que tenga el hueco o ventilación (14) (...) Así, la toma de la luz a través de los muros traslúcidos se opera siempre *iure proprietatis* sin que exista el motivo que inspiró al legislador de 1889 al establecer las condiciones de los huecos y las distancias para ventanas, en cuanto en las construcciones realizadas con este tipo de material los derechos del propietario del fundo vecino no resultan afectados desde el momento en que ni su intimidad se ve coartada, dado que las inspecciones sobre el mismo resultan imposibles, ni permite la salida de personas, lanzamiento de objetos, etc. En este sentido se afirma que, en efecto, los artículos 581 y 582 prohíben abrir huecos o ventanas para tomar luz o tener vistas; pero estimar que en el espíritu de estas normas no se halla el «hueco tapado» por el que entre la luz, es interpretar la norma de acuerdo con el criterio de la realidad social» (15).

(14) Continúa la sentencia: «Centrada así la cuestión, resta por saber si las llamadas “ventanas” son tales y, en consecuencia, al rebasar las medidas permitidas debe ordenarse que sean tapiadas o cerradas o, si por el contrario, al estar de modo hermético cubierto el supuesto “vano” con materiales traslúcidos ha de estimarse que constituyen falsas ventanas cuya construcción no está prohibida al no vulnerar las mismas el fin que salvaguardan las limitaciones impuestas al derecho de propiedad. Hace tiempo que la doctrina científica ha estudiado, en relación con las luces y vistas, el empleo de material traslúcido en las paredes o muros, que sin ser medianeros, sean contiguos a otro fundo y, en general, se ha entendido que “una construcción de tales características en el muro divisorio propio será siempre posible para el dueño, sin limitaciones de distancias (art. 582), medidas o protección (art. 581), ya que no constituyen un hueco sino un muro, sin otra especialidad, que permitir parcialmente el paso de la luz”».

(15) La sentencia concluye: «De esta doctrina jurisprudencial no se pueden extraer consecuencias contrarias al empleo de materiales traslúcidos en la construcción por circunstancias fácticas complementarias que describe la misma sentencia. En efecto: a) el “ornato” añadido como finalidad a la de la recepción de luminosidad no significa que la opinión sobre la belleza en la forma de emplear los referidos materiales sea cuestión de la incumbencia del órgano judicial o pueda discutirse por la contraparte, sin perjuicio del

Asimismo, la sentencia de 19 de septiembre de 2003, reproduciendo la doctrina de las dos sentencias de instancia, desestima la acción negatoria de servidumbre y considera que los huecos, abiertos por los demandantes de 30 cm por 47 cm y cerrados con cinco losetas de cristal traslúcido, que dejan pasar la luz y no permiten inspeccionar el fundo ajeno, no vulneran los artículos 581 y 582 del Código Civil.

Por otro lado, otro conjunto de sentencias del Tribunal Supremo condena a eliminar las vistas ya creadas sustituyendo el cristal transparente por material traslúcido. En efecto, con la finalidad de causar el menor costo posible al ejecutado, cuando condenan al cierre de ventanas, permiten que se cubran con *cristal traslúcido*, que debe quedar fijo sin que se pueda abrir. Esta jurisprudencia ya no equipara el material traslúcido al muro, ni recurre a argumentos de estética, belleza o seguridad (16).

La sentencia de 20 de mayo de 1969, ya citada, condenó a *cerrar los huecos... o bien a recubrirlos con vidrio traslúcido*.

La sentencia de 3 de abril de 1992 resuelve sobre una acción negatoria de servidumbre de luces y vistas acumulada a una acción reivindicatoria sobre el terreno invadido por los voladizos. En el supuesto de hecho, se está construyendo un bloque de viviendas de protección oficial con huecos para ventanas y con voladizos que invaden en 0,10 metros el vuelo de la finca colindante por una longitud de tres metros. Las dos sentencias de instancia estiman ambas acciones y condenan a demoler lo construido. Recurridas en casación, el Tribunal Supremo estima el recurso en cuanto a la acción reivindicatoria, aplica la teoría de la accesión invertida sobre los 0,30 metros cuadrados invadidos y condena a abonar al demandante la franja de terreno invadido por el vuelo, más una indemnización por los perjuicios. Confirma las sentencias de instancia respecto a la acción negatoria de servidumbre, y condena a cubrir los huecos con material opaco o traslúcido.

respeto a las normas urbanísticas que, en todo caso, tiene, si se incumplen, vía propia de impugnación; b) la “resistencia” de la construcción no supone tampoco que los materiales en cuestión actúen como elemento sustentante de la pared o muro, sino simplemente que el paramento esté cerrado en condiciones de regularidad, siendo indiferente a estos fines que la parte o trozo (si no se emplea en su totalidad) de material traslúcido adopte o no la forma de falsos ventanales o que una porción aparezca retranqueada en relación con el paramento. En cualquier caso lo que resulta importante, como cuestión fáctica es que la construcción reúna dos elementos mínimos: 1) que el *material traslúcido sea sólido y resistente* (es decir, con un índice de fractura que impida su conceptualización como frágil); 2) que, no obstante, permitir el paso de la luz, el material no facilite la visión de formas nítidas sino, en todo caso, de luces y de sombras informes».

(16) La sentencia de 24 de mayo de 1971 condena a cerrar los huecos con material opaco. Durante la tramitación del procedimiento se habían cerrado los huecos de luces y vistas con hormigón traslúcido. Pero como no se había promovido el oportuno incidente, se califica de mal construido el cierre con material traslúcido y se condena a cerrarlo con material opaco.

La sentencia de 9 de febrero de 1983 condena a cerrar los huecos, desestimando una servidumbre de luces y vistas (17). El Tribunal Supremo confirma la doctrina sobre la utilización de material traslúcido, si bien no lo estima por constituir cuestión nueva. «Que el motivo sexto del recurso, atribuye a la sentencia combatida interpretación errónea del artículo 582 del Código Civil, ya que condena al cierre de los huecos y la destrucción de los voladizos, cuando con arreglo a las nuevas orientaciones doctrinales y directrices jurisprudenciales simplemente «bastaría inutilizarlos de manera que no sean practicables y se consiga *el mismo objetivo que es el evitar que se fisgonee desde el inmueble vecino*», lo que puede lograrse mediante «la utilización de cristal traslúcido»; y tampoco ha de alcanzar éxito, ya que sin negar la certeza de la doctrina de esta Sala permisiva del empleo de material traslúcido integrado en la pared de cierre con arreglo a las modernas técnicas de la construcción, conjugando así las órdenes de interés a que responde la regulación de los artículos 581 a 584 del citado cuerpo legal y sin menoscabo del derecho del propietario contiguo a conservar la intimidad de la vida familiar (que es el fundamento de las distancias legales), la *cuestión planteada es nueva* en el recurso».

En suma, la jurisprudencia admite la utilización de material traslúcido en pared colindante sin sujetarse a las estrictas reglas de los artículos 581 y 582 del Código Civil. Ha extendido la utilización de material traslúcido sin sometimiento a reglas sobre altura, tamaño o configuración, ni a las distancias mínimas. La jurisprudencia atiende al espíritu de la ley de salvaguardar la intimidad y privacidad del dueño del predio vecino, y de evitar que se fiscalice o inspeccione el fundo vecino. En consecuencia, considera que dadas las relaciones de vecindad no se puede limitar el derecho del propietario, cuando no quede alterada ni inquietada la intimidad o privacidad del vecino.

La doctrina sobre la utilización de material traslúcido se defiende en cuanto no inquieta la privacidad e intimidad del fundo vecino. Pues, dadas las relaciones de vecindad, las limitaciones al derecho de propiedad —libertad para abrir huecos en pared propia—, se justifican en cuanto perjudican el derecho del vecino a la intimidad. Pero pierde la justificación y, por tanto, no se puede limitar el derecho de propiedad, cuando no cabe fiscalización o inspección (18).

(17) El fondo de la sentencia cuestionaba la efectividad del Plan de Urbanismo y la previsión de expropiación de terreno con fines de convertirlo en vía pública, lo que modificaría el régimen de vistas a tenor del artículo 584 del Código Civil. Cfr. CARRASCO PERERA, Á., «Acción negatoria de servidumbres de luces y vistas. Efectos del Plan de Ordenación», en CCJC, núm. 1, 1983, págs. 198 y sigs.

(18) La sentencia de 14 de febrero de 1992 asevera: «Manifestado por la sentencia de instancia la existencia de tres huecos o ventanas recayentes a la casa de la actora, sin que se acredite, dice el juzgador, ni la naturaleza de la pared en que se abren, ni sus dimensiones o características, así como la falta de justificación de perjuicios a la actora por consecuencia de dichos huecos o ventanas, la constatación, por de pronto, de que respecto de una de las dos ventanas “abiertas sobre la pared que delimita las dos casas, está provista de sendos cuadros

Este mismo criterio puede ser aplicado en el supuesto de tejado ciego. Así, cabría admitir la posibilidad de abrir huecos sobre tejado ciego, sin respetar la distancia mínima del artículo 582 del Código Civil, siempre y cuando el derecho a la intimidad y privacidad del dueño del fundo vecino no se vean alterados. Pues, entre las razones que justifican la limitación a la propiedad de los artículos 581 y 582 del Código Civil, como razones de policía, salubridad, higiene, limpieza, seguridad, la protección a la intimidad y privacidad del propietario del fundo contiguo es la que tiene mayor peso (19).

La privacidad e intimidad del vecino puede ser salvaguardada porque el fundo desde el que se proyectan las vistas mantiene las distancias mínimas legales. Pero también se salvaguarda cuando el fundo sobre el que se proyectan las vistas, es tejado, muro o tapia ciegos, o solar cerrado. Pues el hecho de que sea el propio vecino quien cierra su intimidad, no impide que objetivamente quede protegida la intimidad y privacidad del vecino. Las vistas que recaen sobre solar cerrado, o muro, pared, tapia o tejado ciegos, no perjudican al dueño del fundo sobre el que proyectan las vistas. La protección de la intimidad no se ve reducida porque sea el propio beneficiario quien *cierre* su fundo.

Por el contrario, exigir el cumplimiento de las distancias mínimas legales para la apertura de ventanas, en el caso de que sea el vecino quien cierre su propiedad, atentaría contra los principios *cessante ratione legis, cessat lex, y odiosa sunt restringenda*. Pues, desaparecida la causa que justifica la limitación, debería desaparecer la limitación. Y las limitaciones a la propiedad deben interpretarse restrictivamente. Así, la sentencia de 22 de noviembre de 1991, declara que el artículo 582 «como limitativo que es de las facultades dominicales, debe interpretarse en sentido restrictivo».

Por otra parte, el propietario que teniendo su *propiedad cerrada* demandara en cumplimiento de la ley la oclusión de las ventanas del vecino, estaría incurriendo en abuso de derecho y atentando contra las reglas *quod tibi non nocet et alii prodest non prohibetur y jus usus innocui* (20).

de hierro que enmarcan un cristal totalmente opaco” que hace que, “tanto en línea recta como en línea oblicua realmente no se vea nada del patio de la actora... ni de la vivienda de la misma”, según la literal constancia del acta de reconocimiento judicial que pone de manifiesto una situación fáctica que (...) *ha de considerarse, por lo que hace a tal hueco, su inocuidad, ya que ni la vida familiar ni el derecho de la demandante sufren inquietud alguna, pues que la técnica de construcción empleada al asegurar la opacidad del cerramiento no permite considerarlo comprendido en los artículos 581 y 582 del Código Civil*».

(19) ROGEL VIDE se manifiesta partidario de no aplicar las limitaciones del artículo 582 del Código Civil en determinados casos, como fundos urbanos o rústicos en los que no se vive; o cuando se hace imposible la inspección de los fundos debido a un desnivel notable de los fundos, a un accidente topográfico o a la existencia de un muro o pared ciegos (*ob. cit.*, págs. 107 y sigs. y págs. 118 y sigs.).

(20) La sentencia de 30 de octubre de 1983 utiliza esta argumentación. Desestima la adquisición por prescripción inmemorial de una servidumbre de luces y vistas. En el supuesto las ventanas llevaban abiertas más de cien años, pero el Tribunal Supremo las considera poseídas

En este sentido, la jurisprudencia española ha calificado de abuso de derecho, la posición del dueño del fundo vecino de exigir el cumplimiento de lo prescrito en los artículos 581 y 582 del Código Civil. Así, la sentencia de 3 de febrero de 1989, si bien se permite al dueño del fundo vecino edificar tapando o cubriendo las ventanas, considera que constituye un abuso de derecho y condena a la demolición de un tabicón adosado a la pared colindante que tenía las nueve ventanas en litigio, con la única finalidad de impedir las luces y vistas (21).

La sentencia de 16 de marzo de 1989 desestima el cierre de las ventanas con cristales opacos, que se sitúan en una fachada falsa, edificada por razones estéticas, que tiene tras de sí un patio y, por tanto, el vacío. Considera el Tribunal que esas ventanas no crean servidumbre alguna, y pueden cubrirse o taparse.

IV. LA POSESIÓN TOLERADA

Los huecos para luces y para vistas conceden a su poseedor diferentes clases de posesión.

Los huecos de ordenanza, los huecos legalmente permitidos para luces: a la altura de las carreras o inmediatos a los techos, de treinta centímetros en cuadro, con reja de hierro remetida y red de alambre, conceden a su poseedor una posesión tolerada. Es decir, estos huecos para luces del artículo 581 son de tolerancia impuesta por ley, de tolerancia *forzosa* o forzosamente tolerados. El dueño del predio contiguo no tiene acción para impedir que estén abiertos, ni para requerir que estén cerrados; no puede oponerse, ni realizar acto obstructivo de ninguna clase, ni puede pedir su oclusión o cerramiento. Sin embargo, estos huecos pueden ser cubiertos por el vecino, quien puede edificar o elevar una pared colindante.

Asimismo, y de acuerdo con la doctrina jurisprudencial sobre la utilización de material traslúcido en la construcción, es preciso considerar que los huecos cubiertos con material traslúcido son de posesión tolerada. Aquí hay que incluir el material traslúcido utilizado como muro, y el cristal traslúcido utilizado para

iure dominii, con base en las relaciones de vecindad. «Que también según autorizada doctrina y jurisprudencia territorial aragonesa (intérprete de su tradicional Derecho), la observancia citada no establece ni regula régimen alguno de servidumbre, sino que se limita, de acuerdo con el principio de honda raigambre aragonesa sentado en la observancia primera («cualquiera puede utilizar a su discreción la posesión ajena con tal que no lo haga en daño del poseedor»), a fijar las reglas convenientes para una buena convivencia pacífica, manifestación del *jus usus innocui*, lejos de un rígido ejercicio de los derechos dominicales como exclusivos y excluyentes, por vía de equidad y buen sentido, incluso económicamente favorables para la edificación y el mejor aprovechamiento y reparto del hoy llamado «medioambiente» (luz y paisaje)». Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Derecho aragonés. Luces y vistas. Relaciones de vecindad», en CCJC, núm. 3, 1983, págs. 1041 y sigs.

(21) Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Luces y vistas. Derecho aragonés. Abuso de derecho», en CCJC, núm. 19, 1989, págs. 159 y sigs.

cubrir vanos y ventanas. En efecto, al ser permitidos por la jurisprudencia e imponerse al dueño del predio vecino, se convierten en posesión tolerada. El dueño del predio vecino tiene que soportarlos, no puede oponerse, ni pedir su cierre u oclusión, ni la sustitución por material opaco. La jurisprudencia considera que el material traslúcido utilizado en pared colindante es de tolerancia impuesta o forzosa para el dueño del predio vecino.

Las ventanas para vistas que vulneren la distancia mínima legal del artículo 582 del Código Civil permiten la oposición del dueño del fundo vecino, para salvaguardar su derecho a la intimidad y proteger su privacidad. Los huecos de vistas que vulneren estas distancias legales pueden ser impedidos por el dueño del fundo vecino, pues producen una inmisión en el derecho de intimidad y en la privacidad. El dueño del fundo vecino puede oponerse y pedir la oclusión de los huecos.

Pero la jurisprudencia española diferencia los huecos para vistas en pared colindante, según que su configuración sea saliente sobre el fundo vecino afectando al derecho de vuelo, o sea sencillamente enmarcada, retranqueada o remetida.

Los huecos *retranqueados* abiertos en pared propia colindante se consideran tolerados; originan una *posesión tolerada*, que no aprovecha al poseedor a efectos de usucapión (arts. 444 y 1942 CC) (22). El dueño del predio vecino puede

(22) En este sentido, la sentencia de 21 de diciembre de 2001 califica la posesión de tolerada. «La sentencia, en efecto, conforme a la prueba practicada establece que la demandada mantiene abiertas luces y vistas frente al fundo de la actora que no respetan las distancias que marca el artículo 582 del Código Civil, a saber, dos metros en vistas rectas y sesenta centímetros en las oblicuas. Matiza que consta que entre las edificaciones de demandante y demandada existe un pasillo de sesenta centímetros que, como declara la parte actora en su demanda, se abrió en aras a las relaciones de buena vecindad, y con objeto de no privar de luz y ventilación a sus vecinos. De esta afirmación extrae la consecuencia de no aceptar la petición de la demandada tendente al cierre de ventanas, que fue concedida en la sentencia de instancia pues ello iría contra los propios actos de la parte actora, que ejercitaría una acción sin someterse a los postulados de la buena fe (art. 7 CC). Mas no se puede compartir la tesis de los actos propios, como justificación de la permanencia de los ilegales huecos pues no se concretan, ni determinan el alcance y contenido de estos propios «actos», apoyados, a lo que se dice, en relaciones de buena vecindad que, en todo caso, motivarían una conducta de tolerancia, reducida a «luz y ventilación» y no a «luces y vistas», por cuanto aquella finalidad se satisface sin necesidad de exlimitarse, de acuerdo con las previsiones del artículo 581 del Código Civil. (...) Con argumentos que recoge la sentencia de primera instancia, debe reiterarse que en lo referente a la posible adquisición de la servidumbre por negocio jurídico o título (art. 537 en relación con el art. 504 CC) la jurisprudencia tiene declarado, cuando se trata de la creación *intervivos* del derecho real, la necesidad de un concierto de voluntades que, de manera inequívoca, refleje el propósito de los otorgantes, operando, en caso de duda, la presunción de libertad del fundo, de tal suerte que, por muy amplia que haya podido ser en el supuesto de autos *el grado de tolerancia mostrado en torno a los huecos abiertos por los precedentes titulares del que hoy se pretende fundo sirviente*, no es posible atribuir a dicha actitud el valor de voluntad precisa y tajante exigida doctrinalmente para dar lugar al nacimiento del derecho real, sin que pueda considerarse acreditado el supuesto convenio verbal invocado de contrario».

oponerse y pedir el cierre de los huecos para vistas indebidamente abiertos que vulneren su privacidad; y puede edificar, elevar o sobreelevar tapando o cubriendo dichos huecos o ventanas abiertos en pared colindante. De modo que el hueco es tolerado hasta que recaiga la oposición mediante acto obstativo, como el requerimiento formal por parte del dueño del fundo vecino al dueño que abrió los huecos en su pared, para que los cierre. Así, cuando recae un acto formal obstativo, deja de haber tolerancia, y a partir de ese acto, la posesión es apta para la usucapión y empieza a correr el plazo de veinte años de la prescripción adquisitiva.

Los huecos que invaden el derecho de vuelo del fundo vecino no son tolerados. El dueño del fundo vecino no debe soportarlos, puede oponerse, pedir el cierre de los huecos, y la demolición del voladizo que produce una inmisión en el derecho de vuelo. Estos huecos originan una posesión apta para la usucapión empezando a correr el plazo de la prescripción adquisitiva desde su apertura.

Los huecos para vistas sobre tejado ciego también se diferencian según afecten al derecho de vuelo del fundo vecino.

Los huecos que vulneren el derecho de vuelo de la finca colindante no son de posesión tolerada, con independencia de que las vistas recaigan sobre tejado ciego. Originan una posesión apta para la usucapión desde el momento de su apertura. El dueño del fundo vecino puede pedir la demolición del saliente o voladizo.

Los huecos sobre tejado ciego retranqueados se deberán entender de tolerancia impuesta o forzosa, a la manera de los huecos de ordenanza y de las luces recibidas mediante cristal traslúcido. El dueño del fundo vecino tendrá que soportarlos, no podrá oponerse a que estén abiertos ni pedir su oclusión, no puede realizar ningún acto obstativo, pues no vulneran su intimidad, ni privacidad. Al ser una posesión tolerada no aprovecha a efectos de prescripción. El dueño del fundo vecino podrá cubrir las ventanas edificando o sobreelevando pared colindante.

Pero en el momento en que el tejado deje de ser ciego, o el solar deje de ser cerrado, se vulnera la privacidad del dueño del fundo vecino. Por tanto, este ya no tendrá que soportar las vistas, sino que puede impedir que los huecos estén abiertos y pedir su oclusión o cierre; puede oponerse mediante un acto obstativo. La posesión se entenderá tolerada mientras que el dueño del fundo vecino no manifieste su oposición mediante el acto obstativo. Cuando recaiga un acto obstativo, dejará de haber tolerancia, y comenzará a correr el plazo veintañal para la usucapión.

V. SERVIDUMBRE Y PRESCRIPCIÓN

La servidumbre de luces y de vistas y su adquisición por usucapión dependerá del tipo de hueco y de la posesión (23).

(23) Sobre la prescripción adquisitiva de las servidumbres, véase mi trabajo, *La usucapión inmobiliaria*, Pamplona, 2009, págs. 41 y sigs.

A) LOS HUECOS DE LUCES

La servidumbre de luces no está regulada en el Código Civil, normalmente se integra con la servidumbre de vistas. No obstante, es perfectamente admisible una servidumbre exclusivamente de luces.

La servidumbre de luces constituida sobre los huecos de tolerancia o sobre los huecos cubiertos con material traslúcido no conceden al dueño del predio dominante *más derecho a recibir más luz por el hecho del hueco*. Conceden el derecho a *seguir recibiendo* esa luz, es decir, a que el dueño del predio sirviente no construya una pared adosada impidiendo la recepción de luz, sino que respete dejando la distancia de tres metros, para que el dueño del predio dominante pueda seguir disfrutando de las luces.

En este sentido, la jurisprudencia ha aplicado por analogía a la servidumbre de luces, lo establecido en el artículo 585 del Código Civil para la servidumbre de vistas, y prohíbe al dueño del predio sirviente construir a menos de tres metros. Llama la atención que en el Código Civil español, el dueño puede construir con vistas rectas si guarda la distancia de dos metros con el fundo vecino; mientras que el dueño del predio sirviente tiene que respetar la distancia de tres metros (un metro más) en caso de haberse ganado la servidumbre (24). Estos tres metros empezarán a contar desde la pared con los huecos.

Es pacífico que la servidumbre de luces se puede adquirir por título. Las partes pueden voluntariamente constituir una servidumbre de luces respecto a los huecos legales del artículo 581 del Código Civil y a los huecos cerrados con material traslúcido.

(24) El Derecho francés recoge una única y misma distancia en ambos casos de 19 decímetros (art. 678 CC). El A. Cass, de 13 de julio de 2005, casa y anula la sentencia de instancia. Entiende que la servidumbre de vistas rectas adquirida por prescripción treintañal, únicamente impide al predio sirviente la construcción a menos de 1,9 metros de distancia, pero que no le impide el estacionar un vehículo dentro de la distancia de 19 decímetros, dado que el estacionamiento de un vehículo en esa distancia de 19 decímetros no supone una perturbación posesoria.

El Derecho italiano exige la distancia de un metro y medio (art. 905 CC) para abrir huecos con vistas rectas sobre la propiedad del vecino, y sin embargo, cuando se ha ganado el derecho a tener vistas sobre el fundo vecino, el dueño del predio sirviente no puede construir a menos de tres metros (art. 907 CC).

En el Derecho navarro se aplica el artículo 582 del Código Civil en cuanto a la distancia mínima de dos metros para abrir huecos con vistas rectas; pero ganada la servidumbre de luces y vistas, la ley 403 del Fuero Nuevo establece que el vecino no puede construir *a distancia menor de tres metros de la pared o del voladizo, en cuanto reduzca o dificulte las luces o las vistas*.

El Derecho aragonés requiere la distancia de dos metros para que el propietario pueda abrir huecos con vistas rectas (art. 9.2 de la Ley de Derecho Civil Patrimonial), y establece la distancia de tres metros en la que el dueño del fundo sirviente no puede construir para respetar la servidumbre constituida (art. 40).

Sin embargo, se cuestiona el carácter de aparente de la servidumbre de luces. La calificación de servidumbre aparente tiene relevancia a efectos de adquisición por destino del padre de familia (art. 541 CC) o por usucapión (arts. 537 y 539 CC), y a los efectos de publicidad registral (25).

Los ordenamientos navarro y aragonés establecen expresamente que los huecos de ordenanza no constituyen signo de servidumbre. Es de notar que en ambos ordenamientos la calificación de servidumbre no aparente carece de relevancia respecto a su adquisición por usucapión. Por tanto, aunque los huecos sean aparentes de por sí, no son *signo de servidumbre*. La servidumbre de luces constituida sobre unos huecos legales o unos huecos cubiertos con material traslúcido no será una servidumbre aparente (26).

Ahora bien, el Derecho común no recoge una norma que excepcione la servidumbre de luces del carácter de aparente.

La jurisprudencia ha admitido que la servidumbre de luces es aparente a los efectos de constitución por destino del padre de familia, y a los efectos de publicidad registral. En este sentido, la sentencia de 21 de diciembre de 1970 considera que la servidumbre de luces es aparente y perjudica al tercero adquirente de buena fe del artículo 34 del Registro de la Propiedad, a pesar de que

(25) Respecto a la apariencia y a la publicidad registral, las servidumbres aparentes no necesitan de inscripción para perjudicar a terceros de buena fe. La sentencia de 23 de octubre de 1980 asevera que las servidumbres aparentes caben oponerlas frente a tercero hipotecario, aunque no estén inscritas en el Registro de la Propiedad.

(26) El Derecho aragonés recoge una regulación específica respecto a la prescripción de las servidumbres, diferenciando según sean aparentes o no aparentes. Las servidumbres aparentes se usucapen por la posesión durante diez o veinte años, entre presentes y ausentes respectivamente (art. 32 de la Ley 8/2010). La usucapión de las servidumbres no aparentes requiere además de la posesión durante diez o veinte años entre presentes y ausentes, buena fe y justo título (art. 33). El Derecho aragonés considera signo aparente, y por tanto, servidumbre aparente, la servidumbre de luces y vistas que invada el vuelo del fundo del vecino; de manera que únicamente la servidumbre que invada el vuelo podrá adquirirse mediante prescripción de diez o veinte años, sin necesidad de justo título ni de buena fe (art. 38 de la Ley 8/2010). La jurisprudencia aragonesa ha confirmado expresamente que los huecos carentes de protección no constituyen signos aparentes de servidumbre, mientras no tengan voladizos, respecto al artículo 145 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, de 8 de abril de 1967, en el mismo sentido del actual artículo 38. Cfr. SSTSJ de Aragón, de 4 de febrero de 2004 y de 16 de diciembre de 2005. Ahora bien, la Ley aragonesa de Derecho Civil Patrimonial ha excluido de la prescripción adquisitiva la servidumbre de luces y vistas que no invada el vuelo del predio vecino. Así el artículo 39: *Imposibilidad de usucapión*. «La servidumbre no aparente de luces y vistas, al no ser susceptible de posesión, no puede adquirirse por usucapión».

El Derecho navarro admite la usucapión de las servidumbres aparentes y de las no aparentes (Ley 397 del Fuero Nuevo). Expresamente el Derecho navarro establece que los huecos de tolerancia «no serán tomados como signos de aparente servidumbre a efectos de prescripción» (Ley 404 § 1 i.f. del Fuero Nuevo). La STSJ de Navarra, de 4 de junio de 2002, asevera que la omisión de reja y red en los huecos de ordenanza no los constituye en signo de servidumbre cuando por su dimensión y ubicación no tienen otro fundamento que la tolerancia. Cfr. SAP de Navarra de 30 de mayo de 1986.

la servidumbre de luces no figuraba inscrita en el Registro de la Propiedad. La casa de los demandados tenía abiertos huecos de luces con distinto significado y situación. Primero: Desde que se hizo la construcción, dos siglos y medio antes, la fachada posterior sobre el jardín del vecino tenía en la parte inferior unos tragaluces y un respiradero a ras de suelo, y dos huecos extralimitados para luces en el piso principal de 1,08 m por 0,85 m. Segundo: Con fecha de 21 de septiembre de 1925, los dueños de ambos predios —uno de ellos el esposo de la demandada— convinieron en documento privado que este pudiera proceder en la fachada posterior a la apertura de dos huecos de luces en cada uno de los pisos segundo y tercero de dos metros de alto por uno de ancho. Obtuvo también la *autorización* para conservar las dos ventanas del piso principal y ampliar sus dimensiones a 1,55 metros de alto por 0,95 de ancho. Dicha autorización *«será valedera por todo el tiempo que la casa dure en propiedad del dueño y de sus legítimos herederos, quedando nula si pasara o propiedad de otro»*. Tercero. La pared contigua de la izquierda que se sobreeleva sobre el tejado [ciego] del vecino tiene abiertos unos huecos de luces extralimitados.

El actor adquirente de buena fe de quien había concedido la servidumbre, demanda el cierre de los huecos o su reducción a las medidas reglamentarias, alegando el propósito de realizar obras.

El Juzgado estima en parte la demanda y condena a cerrar los huecos de la planta baja de la fachada posterior que daba al jardín, y los huecos de la pared sobreelevada de la izquierda; es decir, los que no estaban amparados por el documento privado de 1925.

Recurrida en apelación por ambas partes, la Audiencia Territorial confirma parcialmente la sentencia en cuanto a los huecos de la pared izquierda, pues la califica de pared medianera, aunque no había sido solicitado por las partes; y la revoca parcialmente en cuanto a los huecos de la fachada posterior.

El actor recurre en casación alegando su condición de tercero hipotecario y la protección de los artículos 32 y 34 de la Ley hipotecaria frente a esa servidumbre no inscrita en el Registro de la Propiedad.

El Tribunal Supremo hace encaje de bolillos para no calificar la servidumbre como predial o personal. Considera que el documento privado de 1925 es un título válido para amparar el derecho de servidumbre de luces a favor de los demandados, y que dicha servidumbre, en cuanto aparente, perjudica al tercero adquirente de buena fe, aunque no figure inscrita en el Registro de la Propiedad. «Los signos de la servidumbre son ostensibles e indubitados, su apariencia exterior le atribuye una publicidad equivalente a la inscripción, surtiendo efecto contra el adquirente del inmueble, aunque no resulta del registro la existencia de la servidumbre». El fallo admite la existencia de motivo de casación por incongruencia por exceso, al haberse calificado la pared de la izquierda de medianera; pero no casa la sentencia pues esa calificación no modifica el sentido del fallo. Por tanto, confirma el fallo de no impedir el cierre de los huecos amparados

por la servidumbre constituida en 1925, y condena a la oclusión de los huecos de luces de la pared izquierda sobreelevada sobre tejado ciego.

Ahora bien, por la fecha de esta sentencia del año 1970, la doctrina jurisprudencial del material traslúcido era incipiente. Hoy en día, seguramente, no se hubiera condenado a cerrar esos huecos, sin perjuicio de la facultad del vecino de elevar y sobreelevar pared colindante que los cubra o tape.

Asimismo, la sentencia de 9 de junio de 1997 ha calificado de aparente la servidumbre de luces compuesta por grandes ventanales de cristal traslúcido abiertos en pared colindante. En el supuesto, la servidumbre de luces había sido constituida por el dueño de ambos solares en el año 1935, sin que accediera al Registro de la Propiedad. Años después el adquirente del predio sirviente, pretende edificar a distancia menor de tres metros. El dueño del predio dominante interpone acción confesoria de servidumbre de luces adquirida por título. El Tribunal Supremo estima que existe una servidumbre de luces de carácter aparente, oponible a tercero adquirente de buena fe, constituida mediante escritura pública y materializada en cinco ventanas con cristal esmerilado o traslúcido. La considera aparente dado el gran tamaño de los ventanales de más de un metro, extralimitados de los permitidos en el artículo 581 del Código Civil. De manera que los signos ostensibles e indubitados equivalen a la publicidad de la inscripción de la servidumbre en el Registro. El demandado es condenado a respetar la distancia de tres metros desde la pared colindante.

La servidumbre de luces, en cuanto aparente y continua, podría ser adquirida por usucapión (arts. 537 y 539 CC). Sin embargo, los huecos de ordenanza o los huecos legales para luces conceden una posesión tolerada (art. 444 y 1942 CC), que no afecta a la posesión. Al ser de tolerancia forzosa, *iure dominii*, no cabe acto obstructivo ni contradicción u oposición por el dueño del fundo vecino. Por tanto, no pueden ser adquiridos por usucapión por mucho tiempo que pase, y siempre pueden ser cubiertos o tapados por el vecino que construya o sobreeleve pared adosada (27). Los huecos de posesión tolerada, sin posibilidad de contradicción, no se ganan por prescripción.

(27) Por el contrario, la sentencia de 16 de septiembre de 1997 somete a prescripción extintiva, la acción del dueño del fundo vecino a obstar los huecos abiertos para luces. La doctrina manifestada en la sentencia reconoce que se recibe luz por mera tolerancia, pero somete la tolerancia a los treinta años de la prescripción extintiva. «Por supuesto que, si se violan las prohibiciones establecidas en los preceptos señalados, el propietario del fundo colindante puede pretender legítimamente que se ordene al cierre o que se tapen los huecos o ventanas, contruidos al margen de aquellos o fuera de su observancia, en virtud de «acción real» sometida a plazo, con prescripción extintiva de treinta años, conforme a lo dispuesto en el artículo 1963 del Código Civil, de manera que, transcurrido dicho plazo el colindante no puede exigir el cierre, no obstante, mantenga siempre el derecho a levantar pared contigua a la que tengan las ventanas o “huecos de tolerancia”». Sin embargo, en el supuesto de autos, aunque había transcurrido dicho plazo, el Tribunal entró al fondo.

Estas disposiciones pueden extenderse a los huecos cubiertos con material traslúcido y a la utilización de este material en la construcción. Originan una posesión tolerada, con tolerancia forzosa, que el vecino tiene que soportar, sin poder oponerse. En consecuencia, esta posesión no es apta para la usucapión de la servidumbre.

Lo mismo podría decirse en el supuesto de ventanas sobre tejado ciego o solar cerrado. La posesión tolerada sin posibilidad de oposición impediría la adquisición por usucapión, por mucho tiempo que transcurriese. En efecto, como no cabe oposición en el supuesto de los huecos sobre tejado ciego, no cabe acto obstativo. La posesión será siempre tolerada, forzosamente tolerada, por lo que no se podrá adquirir por prescripción adquisitiva.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha recogido ningún supuesto de prescripción adquisitiva de una servidumbre de luces. Si bien no con base en los argumentos anteriores. Considera el Tribunal Supremo que la servidumbre de luces sería aparente pero negativa. Por ello, exige para el inicio del plazo de prescripción adquisitiva, un acto del dueño del predio vecino que soporta las luces significativo de su falta de tolerancia, de su contradicción o de su oposición a los huecos. Ante la ausencia de acto obstativo, no comienza a correr el plazo de la usucapión.

B) LOS HUECOS RETRANQUEADOS PARA VISTAS

El hueco o la ventana retranqueado para vistas que vulnera las distancias mínimas del artículo 582 del Código Civil constituye un hueco *tolerado*. El dueño del fundo vecino puede tolerar esos huecos irregulares, por lo que el propietario de la pared colindante que tiene abiertos los huecos tendrá una posesión tolerada que no afecta a la posesión (arts. 444 y 1942 CC).

El hueco *tolerado* en pared propia retranqueado que no guarda la distancia mínima legal es susceptible de oposición por parte del dueño del fundo vecino mediante el acto obstativo. Estos huecos para vistas pueden originar la servidumbre de luces y vistas del artículo 585 del Código Civil.

La servidumbre de luces y vistas puede ser adquirida por título, y en cuanto aparente por destino del padre de familia; y en cuanto aparente y continua es susceptible de ser adquirida por usucapión.

Mientras no recaiga el acto obstativo la posesión será tolerada y en consecuencia no apta para la usucapión. De manera que por mucho tiempo que transcurra, no se adquiera servidumbre alguna por usucapión. La posesión tolerada no es apta para la adquisición por usucapión (arts. 444 y 1942 CC). Los huecos de posesión tolerada, con posibilidad de contradicción, no se ganan por prescripción, mientras no se contradigan y trascurra el plazo contado desde el acto obstativo.

El acto de oposición o acto obstativo por parte del dueño del predio vecino hace cesar la tolerancia en la posesión, comenzando a correr el plazo de veinte años de la usucapión (28).

Sin embargo, la jurisprudencia ha calificado la servidumbre de luces y vistas en pared propia mediante hueco retranqueado de servidumbre negativa, a los efectos del inicio del cómputo del plazo. La finalidad de la calificación jurisprudencial de servidumbre negativa tiene relación con el artículo 538 del Código Civil, que diferencia el carácter de servidumbre positiva o negativa para fijar el inicio del cómputo del plazo de la usucapión. De esta manera la jurisprudencia utiliza la calificación de servidumbre negativa a efectos de usucapión, para exigir el acto obstativo por el que cesa la tolerancia del dueño del predio sirviente. Abundantes son en este sentido los pronunciamientos del Tribunal Supremo, como las sentencias de 16 de junio de 1902, de 24 de mayo de 1933, de 15 de marzo de 1934, de 8 de junio de 1962, de 16 de noviembre de 1981, de 12 de julio de 1983, de 26 de octubre de 1984, de 30 de mayo de 1986, de 25 de septiembre de 1992, de 1 de octubre de 1993, de 12 de junio de 1995, de 18 de julio de 1997 y de 27 de noviembre de 1997.

En efecto, en las servidumbres negativas, el plazo de usucapión se inicia desde que se hubiera prohibido por un acto formal al dueño del predio sirviente la ejecución del hecho que sería lícito sin la servidumbre (art. 538 CC), o desde que medie acto obstativo a la libertad del predio sirviente (art. 36 de la Ley hipotecaria) (29).

Ahora bien, *strictu sensu*, la calificación de servidumbre negativa y la regulación del artículo 538 del Código Civil no se adaptan a la servidumbre de luces y vistas.

La servidumbre de luces y vistas concede al titular del predio dominante el derecho a recibir luz por el fundo sirviente y tener vistas sobre la propiedad colindante, y prohíbe al dueño del predio sirviente edificar a menos de tres metros de distancia de la pared con huecos del predio dominante (*ex art. 585 CC*).

Estos dos contenidos de la servidumbre de vistas, los derechos y obligaciones no son correlativos entre sí. La servidumbre de vistas es una servidumbre con parte activa: derecho a tener vistas, y con parte pasiva: prohibición de construir.

(28) Díez-PICAZO y GULLÓN consideran que el hueco es aparente, pero que esa apariencia no es «signo de servidumbre» constituida o en vías de adquisición por usucapión, porque puede no haberse constituido o no estar en vías de constitución, si no ha habido requerimiento, y este no posee el carácter de signo aparente (cfr. *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, Madrid, 1997, págs. 445 y 446).

(29) La sentencia de 10 de marzo de 1882 exige que medie acto obstativo de parte del dueño del predio dominante, desde el cual debe comenzarse a contar el tiempo para prescribir la servidumbre negativa. Cfr. la sentencia de 13 de mayo de 1882 para la servidumbre de luces y vistas. Cfr. sentencia de 13 de julio de 1878 respecto a la medianería.

Respecto a recibir la luz y tener vistas sobre el predio vecino, la servidumbre de luces y vistas permite al dueño del predio dominante hacer algo —abrir huecos y ventanas— que sería *ilícito* sin la servidumbre. Pues el dueño de un predio no puede abrir huecos para tener vistas en pared propia, que vulneren las distancias mínimas legales (arts. 582 y concordantes CC).

En cuanto a la edificación, la servidumbre prohíbe al dueño del predio sirviente hacer algo que sería *lícito* sin la servidumbre, construir ocupando todo el terreno propio. Así en caso de hacerlo, el dueño del predio dominante podrá requerir para que el dueño del predio sirviente cese la edificación y demuela lo ya edificado.

En la servidumbre de vistas no se puede separar el gravamen y el derecho del fundo, la parte activa y la pasiva. En la servidumbre de luces y vistas, la prohibición de construir es inherente a la servidumbre y participa de la apariencia del signo.

Por el contrario, la servidumbre no alzar *altius non tollendi*, en cuanto servidumbre autónoma sería calificada de servidumbre no aparente; además de servidumbre negativa según el artículo 533 del Código Civil, pues prohíbe al dueño del predio sirviente hacer algo que sería lícito sin la servidumbre, en este caso, el dueño del predio sirviente no puede construir ocupando por entero su terreno. Esta servidumbre negativa no aparente no puede adquirirse por usucapión. Así, la sentencia de 27 de junio de 1980, cuestionaba la oposición al comprador de buena fe de una servidumbre de luces y vistas no inscrita en el Registro de la Propiedad, y de una servidumbre no alzar *altius non tollendi*. El Tribunal Supremo estima oponible la servidumbre aparente de luces y vistas representada por numerosos huecos —unos con voladizos otros sin él— abiertos en la pared posterior de la finca inmediata y contigua en nivel superior. Condena a no alzar en los tres metros de distancia del artículo 585 del Código Civil, pudiendo edificar o elevar lo edificado y a cualquier altura, que no afecte a esos tres metros. Entiende que la obligación de no alzar no constituye una servidumbre autónoma de la servidumbre de luces y vistas, sino que deriva de la servidumbre de luces y vistas, *de la que viene a ser un elemento pasivo, por su accesoriadad e inherencia con relación a la misma*. El Tribunal Supremo considera, *obiter*, que una servidumbre autónoma de no alzar, en cuanto no aparente, necesitaría título expreso de constitución, no podría ser adquirida por usucapión, y necesitaría de la publicidad registral para ser opuesta a tercero.

Pero en el caso de la servidumbre de luces y vistas, además, el acto obstativo proviene del dueño del predio sirviente, al dueño del predio dominante con el requerimiento de que cierre los huecos. Mientras que el artículo 538 del Código Civil prevé que el acto obstativo lo interponga el dueño del predio dominante frente al dueño del predio sirviente. Por lo que, desde el contenido de conceder vistas sobre el fundo vecino, la servidumbre de luces y vistas no encaja en la calificación legal servidumbre negativa.

La jurisprudencia considera servidumbre negativa el hueco para vistas que no guarda la distancia legal y que sea retranqueado, mientras que califica de servidumbre positiva el hueco para vistas que no guarda la distancia legal y que tenga algún salidizo o voladizo que invada el vuelo del fundo vecino.

De manera que la característica de la que depende la calificación de positiva o negativa radica en la invasión o no del vuelo, que hace que la posesión sea o no tolerada. No se basa en el contenido de esta servidumbre, ni en la característica de gravamen de no alzar o edificar, pues ambas servidumbres de luces y vistas, positivas y negativas, permiten recibir luces, proyectar las vistas sobre el fundo vecino, y prohíben construir a menos de tres metros de distancia.

La diferencia radica en la tolerancia o no del hueco. El hueco retranqueado puede ser soportado o tolerado, al ser tolerado no hace correr el plazo de usucapión, sino desde que se deja de tolerar mediante un acto obstativo (30). El hueco con salidizo que invade el vuelo del vecino produce una posesión *iure servitutis* que hace correr el plazo de la prescripción adquisitiva desde que se construye.

La doctrina científica critica esta normativa legal y el criterio mantenido por la jurisprudencia con diversos argumentos y planteamientos. Se arguye que las servidumbres negativas, en cuanto que prohíben hacer algo que de no existir la servidumbre sería lícito hacer (art. 533 CC), serían por un lado servidumbres no aparentes, y por otro servidumbres no susceptibles de posesión, por lo que en ninguno de los dos casos podrían adquirirse por usucapión (31). Por ello, critican

(30) La sentencia de 8 de junio de 1962 considera la usucapión de la servidumbre de luces y vistas de carácter negativo, porque se estableció cuando los dos fundos pertenecían a la misma persona, y se ha mantenido después de su enajenación en 1842. Las sentencias de 24 de mayo de 1933 y de 15 de marzo de 1934 no estiman la prescripción adquisitiva de la servidumbre de luces negativa, porque no había transcurrido el plazo de veinte años desde el acto obstativo, aunque el plazo había transcurrido con exceso desde que se abrió el hueco. Cfr. sentencias de 16 de junio de 1902, de 16 de noviembre de 1981, de 25 de septiembre de 1992, de 1 de octubre de 1993 y de 12 de junio de 1995.

(31) La mayoría de doctrina científica piensa que las servidumbres negativas son siempre servidumbres no aparentes, por lo que nunca se podrían usucapir.

GARCÍA GOYENA califica las servidumbres negativas como *in non faciendo*, lo que podíamos hacer en nuestra cosa, como no edificar en cierto lugar o no levantar un edificio sino a una altura determinada; y concluye, «por consiguiente, todas las servidumbres negativas son no aparentes» (*ob. cit.*, pág. 250). Cfr. ALBALADEJO, *La usucapión*, Madrid, 2004, pág. 148; LACRUZ BERDEJO, «Usucapión de las servidumbres discontinuas o no aparentes», en *Estudios de Derecho Privado, Común y Foral*, tomo I, Madrid, 1992, págs. 321 y sigs. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS considera que las servidumbres negativas no llevan aneja la facultad de posesión inmediata, y niega que se puedan usucapir (cfr. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, vol. II, Madrid, 2001, pág. 599).

La Ley aragonesa de Derecho Civil Patrimonial, de 2 de diciembre de 2010, ha negado expresamente que las servidumbres negativas se puedan adquirir por prescripción (art. 31.1).

Por el contrario, el Fuero Nuevo admite servidumbres positivas, servidumbre negativas aparentes y servidumbre negativas no aparentes. Así, la Ley 397 establece que el tiempo para la usucapión empezará a contar, diferenciando entre las servidumbres positivas y negativas, y en estas últimas entre las aparentes y las no aparentes. «En las servidumbres positivas desde el primer acto de su ejercicio; en las negativas aparentes, desde la aparición de signos

que el Código Civil carece de coherencia interna, pues restringe la usucapión a las servidumbres aparentes y continuas, y a la vez, permite la usucapión de las servidumbres negativas que serían no aparentes.

Otra doctrina considera, en concreto, que la servidumbre de luces y vistas se debe constituir como servidumbre positiva (32), si bien se bifurca en los efectos, pues unos consideran que debe someterse al régimen de las servidumbres positivas en cuanto al inicio del plazo de la usucapión; mientras que otros entienden que cuando el hueco en pared propia esté retranqueado, la servidumbre es positiva, si bien se puede excepcionar el plazo de inicio de la usucapión, comenzando a contar el plazo de prescripción de veinte años, no desde que se abrió el hueco, sino desde que medió acto obstativo (33).

En suma, aunque el hueco retranqueado vulnera el derecho a la intimidad, que es el protegido con las distancias mínimas legales, los huecos retranqueados abiertos en pared propia colindante, y los huecos abiertos en pared propia no colindante, con o sin voladizos que no vulneren el derecho de vuelo, se consideran tolerados. El dueño del fundo vecino puede oponerse y pedir su cierre. A partir del acto de oposición u obstativo, la posesión deja de ser tolerada y comienza a correr el plazo de la prescripción adquisitiva.

Esa doctrina sería aplicable a las luces y vistas sobre tejado ciego o solar cerrado, a partir del momento en que deja de ser ciego o deja de estar cerrado. Dejaría de estar justificada la existencia de esas luces y vistas, que vulnerarían el derecho de intimidad del dueño del fundo vecino, quien podría oponerse y pedir su cierre. Pero hasta que recayese el acto obstativo, la posesión de esos huecos retranqueados sobre solar abierto sería una posesión tolerada.

C) LOS HUECOS CON SALIDIZOS QUE INVADEN EL VUELO DEL PREDIO VECINO

Los huecos para vistas en pared propia, colindante o no, que invadan el vuelo del predio vecino no pueden ser tolerados. El vecino puede pedir el cierre de las ventanas y la demolición del salidizo, voladizo, balcón, marquesina, etc.

de servidumbre, y en las negativas no aparentes, desde la prohibición formal del acto que la servidumbre impediría realizar». ARECHEDERRA ARANZADI considera que las servidumbres negativas se pueden poseer, con las características de lo público, continuo y pacífico, por lo que por sí mismas son prescriptibles (cfr. *Propiedad y constitución de servidumbres*, Madrid, 1993, págs. 58 y sigs.).

(32) MORENO TRUJILLO postula la unificación del tratamiento de las servidumbres de luces y vistas, como servidumbres positivas (cfr., *ob. cit.*, págs. 165 y sigs.).

(33) ALBALADEJO considera que la servidumbre de luces y vistas con hueco retranqueado es aparente y positiva, si bien la excepciona de las otras servidumbres positivas en que el plazo para adquirir por prescripción comienza desde el acto obstativo (cfr. *Derecho Civil. Derecho de Bienes*, tomo III, Madrid, 2004, págs. 605 y sigs.).

El dueño del fundo vecino puede oponerse y pedir la destrucción del voladizo o salidizo que invada su derecho de vuelo. Pues, los huecos en pared propia con voladizos que invaden el vuelo del predio vecino no son tolerados. Los huecos en pared propia colindante con el fundo vecino, que tengan algún tipo de salidizo, además de conceder unas vistas sobre el fundo vecino, producen una inmisión en el derecho de vuelo del fundo vecino.

La inmisión que el salidizo produce en el derecho de vuelo del dueño del predio dominante no es tolerable. El hueco con salidizo sobre el terreno contiguo implica una inmisión que obliga al titular del predio sirviente a reaccionar; no puede ser soportado o tolerado. Mientras que la falta de inmisión en el derecho de vuelo del fundo vecino de los huecos remetidos en pared colindante implica la mera tolerancia del dueño del predio vecino.

A estos efectos, no se puede considerar voladizo a todo lo que sobresalga de la pared colindante e invada el vuelo del vecino. Considero que carecerá de la consideración jurídica de voladizo, aquello que sobresaliendo pueda ser retirado sin perjudicar la pared o edificación, como las macetas exteriores, un tenderete de ropa o un toldo de tela sin armazón exterior de obra, así como aquello que siendo de obra sobresalga mínimamente de modo que no impida ser cubierto o tapado por pared adosada, como el marco de la ventana que sobresalga unos centímetros. Por el contrario, será considerado voladizo, el saliente que permita salir y asomarse como balcones, balaustradas; pero también aquellos que sean de obra y no puedan ser retirados sin perjudicar la pared, e impidan al dueño del fundo vecino sobrelevar pared adosada, como una marquesina, un alfeizar o poyetes de dimensiones considerables.

El ordenamiento aragonés ha recogido en la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho civil patrimonial, la determinación jurídica de voladizo. Así, el artículo 12 establece que únicamente se consideran voladizos los salientes en la zona inferior del hueco, suficientes para asomarse, apoyarse o moverse (34). En este sentido, la jurisprudencia aragonesa ya se había detenido en la determinación de «voladizo» en cuanto invasivo del derecho de vuelo. Esta jurisprudencia había entendido como voladizos, aquellos que permite salir al exterior. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 22 de abril de 2008 entiende que el alfeizar que sobresale 5 cm de la pared, no constituye un voladizo a tenor del artículo 145, pues su uso no es salir al exterior para asomarse, que no existe apariencia de servidumbre, ni se ha podido ganar por prescripción. Asimismo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 27 de

(34) Artículo 12. *Voladizos*: «1. Se entiende por voladizo los balcones y demás salientes que sobresalen suficientemente del paramento de la pared, están colocados debajo de un hueco de la misma y permiten asomarse, apoyarse o moverse por el saliente y mirar la finca vecina. 2. No se consideran voladizos los aleros, los elementos arquitectónicos de la pared ni otros elementos salientes existentes en la finca (...)».

septiembre de 2007, respecto a una repisa que sobresale mínimamente e invade unos centímetros el derecho de vuelo, ni a los tenderetes de ropa, que tampoco permiten salir.

Este hueco o ventana con salidizo cuando vulnera el derecho de vuelo del fundo vecino siempre es aparente. La servidumbre que genera estos huecos invasivos del derecho de vuelo puede ser adquirida por título, por usucapión y por destino del padre de familia. El plazo de tiempo de la prescripción adquisitiva comienza a correr desde que se abrió el hueco con el salidizo (art. 538 CC). Así, cuando el hueco en pared propia con salidizo sobre el terreno contiguo no guarda la distancia mínima legal, manifiesta la existencia y ejercicio de una servidumbre ya constituida o en vías de adquisición por usucapión en el plazo de veinte años desde que se abrió el hueco con el salidizo.

En este sentido, la sentencia de 8 de octubre de 1988 tiene como objeto litigioso un balcón con voladizo que vulnera el vuelo, y dos ventanas abiertas a cada lado del balcón. Se interpone acción confesoria de servidumbre de luces y vistas, adquirida por usucapión, solicitándose que se inutilice la terraza azotea construida por los vecinos a una altura de once centímetros por debajo del balcón. Reconvienen los demandados negando la servidumbre, y solicitando que se cierren los huecos de balcón y ventanas y se levante la barandilla de la azotea del vecino a una altura que impida las vistas sobre el edificio vecino. El Tribunal Supremo estima parcialmente la demanda al considerar que la servidumbre de vistas del balcón ha sido adquirida por prescripción al poseerse durante mas de veinte años, vulnerando el vuelo sobre la propiedad del vecino. Estima parcialmente la reconvención negatoria de servidumbre al negar que las ventanas hayan causado servidumbre de vistas, porque es servidumbre negativa y no había recaído acto obstativo. Sin embargo, el fallo no condena a cerrarlas, sino que únicamente condena al dueño del predio sirviente a realizar las obras para inutilizar la terraza en los tres metros de la servidumbre. «Con respecto a la acción negatoria de servidumbre ejercitada, en vía reconvencional, por los demandados, procede la estimación parcial de la misma solamente en el sentido de declarar que las dos ventanas, abiertas una a cada lado del expresado balcón, no constituyen servidumbre de luces y vistas a favor de la casa del actor, sin perjuicio de que las mismas han de permanecer abiertas en la situación en que se hallan, por así haberlo resuelto la sentencia recurrida en pronunciamiento que quedó firme». En efecto, habida cuenta que el actor tiene a su favor servidumbre de luces y vistas originada por el balcón, y que el demandado tiene que respetar las distancia de tres metros desde el voladizo sin construir; no agrava esta situación la existencia de las dos ventanas abiertas, que no generarán servidumbre (35).

(35) GARCÍA GOYENA afirmaba que solo se prescribe lo que se posee. «*Si el derecho de vistas se adquiere por prescripción, habrá de limitarse á lo rigurosamente poseído; tantum*

Ahora bien, el Tribunal Supremo resolvió en una ocasión la inmisión en el derecho de vuelo de otro modo. En efecto, es muy conocida la sentencia de 10 de diciembre de 1980. En el supuesto se había terminado de construir, a ciencia y paciencia del propietario vecino, un edificio compuesto de diez plantas con cuatro viviendas cada planta, mas ático, sótano y planta baja destinada a locales comerciales. La fachada del edificio colindaba con el predio vecino, y tenía voladizos que invadían el vuelo del fundo contiguo. Los actores interpusieron acción negatoria de servidumbre de luces, vistas y paso. El Juzgado declaró: «el derecho de la Sociedad demandada a *adquirir por accesión las servidumbres* de vistas, luces y pasos que corresponden al edificio construido de buena fe, sobre los terrenos de su propiedad», mediante las indemnizaciones correspondientes. La Audiencia revocó la sentencia, y condenó al cierre de los huecos para vistas y de los voladizos, o a retranquear dichos elementos de acuerdo con el artículo 582 del Código Civil. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso; y aplica las normas de la accesión invertida respecto a la inmisión sobre el derecho de vuelo, y respecto a las luces y vistas en vez de la regulación de las servidumbres. Así apelando a la mayor equidad, falla la adquisición por accesión invertida del terreno comprendido en los dos metros de distancia a lo largo de la fachada a contar desde el voladizo más saliente, para que se cumplieran las distancias mínimas del artículo 582 del Código Civil.

Esta sentencia no ha generado jurisprudencia al no haber sido seguida por ningún otro pronunciamiento. En efecto, otras sentencias parecen recoger también la teoría de la accesión invertida para hacer cumplir el artículo 582 del Código Civil al dueño infractor de las distancias mínimas, sin embargo, por diversas circunstancias no fue acogido en el fallo (36). La sentencia de 3 de abril de 1992 aplica la teoría de la accesión invertida respecto a la franja del terreno realmente invadida por la construcción (voladizos que sobresalen en 0,10 metros por una longitud de tres metros), y condena a indemnizar al dueño del predio contiguo el valor del terreno (0,30 metros cuadrados). Pero resuelve las luces y vistas sobre el fundo vecino con la regulación de los artículos 581 y 582 del Código Civil; estima la acción negatoria de servidumbre de luces y vistas, y condena a cerrar los huecos con material opaco o traslúcido.

La sentencia de 7 de noviembre de 1995 rectifica expresamente, y determina que no cabe aplicar la doctrina de la accesión invertida al caso del artículo 582

prescriptum quantum possessum; si eran, por ejemplo, dos ventanas abiertas, respecto de ellas solas obrará la prescripción y no podrá abrirse más» (ob. cit., pág. 271).

(36) La sentencia de 22 de noviembre de 1989 niega la aplicación de la doctrina de la accesión invertida, dada la mala fe del constructor. Cfr. sentencias de 1 de octubre y de 26 octubre de 1984. Véase, CARRASCO PERERA, Á., «Comentario a la sentencia de 1 de octubre de 1984. Accesión invertida. Servidumbre de luces y vistas. Buena fe. Derecho a continuar obras paralizadas», en *CCJC*, núm. 6, 1984, págs. 2005 y sigs.

del Código Civil sobre la prohibición de abrir ventanas con vistas rectas, si no hay dos metros de distancia entre la pared o la línea exterior del voladizo y el fundo vecino. Si bien en el supuesto, no se había invadido el derecho de vuelo del fundo contiguo. Frente a la acción negatoria de servidumbre de luces y vistas, el demandado había reconvenido pidiendo que se le reconociera el derecho de adquisición de la franja de dos metros a lo largo de su pared donde tenía abiertos los huecos. «Pero si el caso concreto halla pleno y claro encaje en el supuesto normativo, por más que resulten penosas las consecuencias del restablecimiento de la situación jurídica lesionada, no hay otra alternativa que la del respeto riguroso de la norma en cuestión, y, ninguna duda deja al respecto la aplicación al caso del artículo 582 del Código Civil que claramente ordena que no se abran ventanas con vistas rectas ni balcones u otros voladizos semejantes sobre la finca del vecino, si no hay dos metros de distancia entre la pared en que se construyan y dicha propiedad. Otra cosa es que la ejecución de las medidas restitutorias al estado precedente se lleven a cabo con el menor costo posible para el ejecutado» (37).

VI. PROPUESTA PERSONAL

Considero que es posible admitir en Derecho español la apertura de ventanas para luces y vistas que recaigan sobre tejado, pared o muro ciegos o sobre solar o terreno cerrado, aunque no respeten las distancias del artículo 582 del Código Civil, dado que no se vulnera el derecho a la intimidad y privacidad del vecino.

El propietario podría abrir los huecos para ventanas *iure dominii*, y no *iure servitutis*. En esta relación de vecindad se primaría la libertad del propietario de abrir huecos y ventanas, dado que no se perjudica la intimidad de la vida familiar del vecino. De manera que se relajaría la limitación de la propiedad y el cumplimiento estricto de los artículos 581 y 582 del Código Civil, en aras de las reglas *quod tibi non nocet et alii prodest non prohibetur*, *jus usus innocui* y abuso de derecho, *cessante ratione legis, cessat lex*, y *odiosa sunt restringenda*.

Posesión tolerada. La ventana sobre tejado ciego generaría una posesión tolerada, como la producida por los huecos cubiertos de material traslúcido. El vecino tendría que soportarla; no podría oponerse, no podría impedir que las ventanas estuviesen abiertas, ni pedir su cierre. Sería una posesión tolerada con tolerancia forzosa o impuesta.

(37) Cfr. FERNÁNDEZ-PACHECO MARTÍNEZ, M. T., «Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 7 de noviembre de 1995. Servidumbre de luces y vistas», en *RDP*, 1996, págs. 579 y sigs.

Oposición o acto obstativo. Mientras el tejado fuera ciego no se permitiría la oposición o acto obstativo. El vecino no podría contradecir esa posesión, tendría que soportarla.

Posibilidad de cubrirlos y taparlos. El dueño del fundo vecino puede cubrir los huecos sobre tejado ciego construyendo o sobreelevando pared adosada. Al igual que puede cubrir los huecos de ordenanza de acuerdo con el artículo 581 del Código Civil o los vanos cubiertos con material traslúcido.

Huecos retranqueados. Las ventanas para luces y vistas sobre tejado ciego deben ser huecos retranqueados, remetidos o enmarcados si están en pared colindante. No obstante, pueden tener algún salidizo, en pared retranqueada siempre que no invadan el vuelo del vecino.

No invasión del vuelo. Las ventanas para luces y vistas sobre tejado ciego para ser toleradas, no deben invadir el vuelo del fundo vecino. La posesión deja de ser tolerada cuando invade el vuelo del fundo vecino, quien podrá oponerse y contradecir dicho hueco.

No da lugar a la adquisición de servidumbre por usucapión. Las ventanas sobre tejado ciego no generarían derechos para el que tiene las vistas. Al ser posesión tolerada, no ganaría servidumbre por mucho tiempo que pase. La posesión tolerada no es apta para la usucapión (arts. 444 y 1942 CC).

No da lugar a prescripción extintiva. El vecino puede pedir el cierre de las ventanas en pared colindante cuando el tejado o el solar dejen de ser ciegos, por mucho tiempo que haya transcurrido desde la apertura de las ventanas.

Cuando el tejado deja de ser ciego. El tejado, tapia o muros ciegos pueden perder esa condición, porque se transformen en terraza, o se abran huecos o ventanas. Asimismo, el solar o terreno puede convertirse en abierto, porque se transforme en patio o jardín, o se construya un edificio abierto. Así, cuando el solar se convierte en abierto o el tejado deja de ser ciego, el dueño del fundo vecino es molestado en su intimidad y privacidad por esos huecos o ventanas que vulneran las distancias mínimas del artículo 582 del Código Civil. Por tanto, podrá oponerse y contradecir estos huecos y ventanas, impidiendo que estén abiertos y solicitando su cierre. También podrá cubrir o tapar esos huecos elevando o sobreelevando pared adosada.

No obstante, el vecino puede tolerar esos huecos retranqueados, ocasionando una posesión tolerada en el propietario, no apta para la prescripción adquisitiva.

En el caso de que el vecino contradiga esos huecos mediante el acto obstativo, la posesión deja de ser tolerada, siendo una posesión apta para la usucapión, comenzando a correr el plazo de prescripción desde el acto obstativo.

RESUMEN

*LUCES Y VISTAS
TEJADO CIEGO*

La regulación del Código Civil español sobre las luces y vistas no diferencia según las características del fundo sobre el que se proyectan las vistas, en atención a si recaen sobre tapia, pared, muro o tejado ciegos, o si el terreno o solar contiguo tiene el carácter de abierto o cerrado.

Este trabajo aborda las luces y vistas que recaen sobre tejado ciego y, por tanto, no vulneran el derecho a la intimidad y a la privacidad del propietario del fundo contiguo. Analiza desde la actual regulación jurídica, la posesión que generan esos huecos, la configuración de los vanos o ventanas, la oposición del dueño del fundo vecino, el derecho a sobreelevar pared adosada que cubra o tape esos huecos, la constitución de servidumbre y su eventual adquisición por prescripción.

El estudio finaliza con una propuesta de la autora de régimen jurídico de las luces y vistas sobre tejado ciego.

ABSTRACT

*BUILDING OPENINGS AND VIEWS
BLIND ROOF*

The terms of the Spanish Civil Code regulating building openings and views draws no distinctions according to whether views give onto a blind surface (wall fence, building wall, other type of wall or roof) or whether the contiguous land or lot is open or closed.

This paper discusses building openings and views that face onto a blind roof and therefore do not infringe the adjoining landowner's right to privacy. The analysis looks at current regulations, the possession generated by such holes, the configuration of apertures or windows, the objections of the owner of the neighbouring property, the right to increase the height of a party wall that covers or fills such holes, the creation of easements and the potential acquisition of easements by prescription.

The study ends with the author's personal proposal of a set of rules governing building openings and views that face onto blind roofs.

*(Trabajo recibido el 26-1-2011 y aceptado
para su publicación el 15-9-2011)*

DICTÁMENES Y NOTAS

El control de legalidad urbanística a través de la calificación registral. Alcance sobre la determinación de su extensión de la doctrina resultante de la Resolución de la DGRN de fecha 19 de mayo de 2010

por

RAFAEL ARNÁIZ RAMOS

Registrador de la Propiedad

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.
2. FORMAS DE ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE NATURALEZA URBANÍSTICA.
3. EL ARTÍCULO 99 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO Y SU ALCANCE EN LA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL DE ACTOS ADMINISTRATIVOS.
4. EXTENSIÓN DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS MÁS ALLÁ DEL ÁMBITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 99 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO. DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y EL NOTARIADO ANTERIOR A LA RESOLUCIÓN DE 19 DE MAYO DE 2010. POSTURAS DOCTRINALES.
5. CRÍTICA DEL CRITERIO RESULTANTE DE LA RESOLUCIÓN DE 19 DE MAYO DE 2010.

6. LA NECESIDAD DE EVITAR EL ACCESO AL REGISTRO DE SITUACIONES URBANÍSTICAS CLAUDICANTES. MEDIDAS AL EFECTO PREVISTAS POR EL LEGISLADOR.
7. PROPUESTAS DE REFORMA (1).

1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Lo que sigue es un conjunto de notas a través de las cuales se pretende poner de manifiesto las cuestiones que plantea la determinación del alcance con que el Registrador de la Propiedad debe calificar la validez intrínseca de aquellos actos administrativos de naturaleza urbanística por los que se aprueba, autoriza o se presta conformidad a modificaciones jurídico reales objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad y a través de las cuales se generan derechos de propiedad o se modifica su objeto, contenido o extensión.

Se trata, en definitiva, de reflexionar acerca del alcance con el que el registrador puede y debe calificar la actividad administrativa en materia urbanística, sobre todo dada la frecuencia con la que, en los últimos años, se han venido produciendo declaraciones judiciales que anulan actos de planeamiento, acuerdos de aprobación de reparcelaciones, o licencias de edificación o parcelación, imponiendo actuaciones de reestablecimiento de la legalidad urbanística que incluyen la desaparición de finca de resultado o el derribo de edificaciones y, con ello, la desaparición del objeto de derechos de propiedad válidamente adquiridos, generando con ello alarma social y una merma importante en la seguridad que ofrece nuestro sistema inmobiliario.

Se plantea así un conflicto entre la protección del derecho de propiedad y la protección de la legalidad urbanística que la Sala III del Tribunal Supremo ha resuelto, entre otras, en sentencias de fechas 12 de mayo de 2006 (*RJ* 2006/3646) y 18 de marzo de 2008 (*RJ* 2008/1756), sobre la consideración de que el adquirente de un derecho de propiedad sobre un objeto cuya existencia resulta contraria a la legalidad urbanística no queda protegido frente a las medidas de reestablecimiento de dicha legalidad por el principio registral de fe pública registral, dado, por un

(1) Entregado ya el presente trabajo para su publicación, el *BOE* de 7 de julio de 2011 publica el 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, con inclusión en su contenido de normas que dejan obsoletas algunas de las propuestas que en el presente se realizan. No obstante, y dado que la cuestión central en el presente trabajo tratada mantiene su vigencia a la fecha de redacción de la presente nota, el autor ha considerado adecuado mantener el texto entregado y añadir, por medio de notas al pie, las novedades introducidas por el Real Decreto-ley citado en las materias tratadas.

lado, que el adquirente se subroga *ex lege* en los deberes del transmitente, aunque no resulten del Registro y, por otro, que la fe pública protege al adquirente frente a vicios que afecten al título del transmitente y que no resulten del Registro, pero no frente a la desaparición del objeto del derecho por resultar ilegal. Así, la sentencia de 18 de marzo de 2008 establece: *«los terceros adquirentes del edificio cuyo derribo se ordena, o de sus elementos independientes, ni están protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, ni están exentos de soportar las actuaciones materiales que lícitamente sean necesarias para ejecutar la sentencia; su protección jurídica se mueve por otros cauces, cuales pueden ser los conducentes a dejar sin efecto, si aún fuera posible, la sentencia de cuya ejecución se trata, o a resolver los contratos por los que adquirieron, o a obtener del responsable o responsables de la infracción urbanística, o del incumplidor de los deberes que son propios de dichos contratos, el resarcimiento de los perjuicios irrogados por la ejecución. No están protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria porque este protege el derecho real, que pervive aunque después se anule o resuelva el del otorgante o transmitente; pero no protege la pervivencia de la cosa objeto del derecho cuando esta, la cosa, ha de desaparecer por imponerlo así el ordenamiento jurídico. Y no están exentos de soportar aquellas actuaciones materiales porque el nuevo titular de la finca queda subrogado en el lugar y puesto del anterior propietario en sus derechos y deberes urbanísticos, tal y como establece el artículo 21.1 de la Ley 6/1998 y establecían, antes, los artículos 22 del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1992 y 88 del Real Decreto 1346/1976»* (2).

Con independencia de la crítica que a la doctrina contenida en tales sentencias pueda realizarse, lo que sí resulta evidente a la vista de la misma es la necesidad de establecer las medidas necesarias para evitar que accedan al Registro derechos constituidos sobre objetos resultantes de una actividad urbanística, ya sea de gestión ya de edificación, cuya nulidad pueda ser posteriormente declarada, bien en virtud de un acto de revisión administrativa, bien en virtud de una resolución judicial.

Resulta por lo tanto esencial reforzar los controles *ex ante*, que eviten la consolidación de una apariencia registral de adecuación a la legalidad urbanís-

(2) Una interesante crítica de la Jurisprudencia citada puede leerse en el trabajo «Ejecución de sentencias en materia urbanística, demolición y terceros adquirentes de buena fe. El caso de la anulación de licencias», de Edilberto CARBÓN LAINEZ e Inmaculada REVUELTA PÉREZ, publicado en el número 720 de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, págs. 1595 y sigs.

Igualmente, resulta imprescindible en esta materia el trabajo, en prensa a la fecha de la presente, elaborado por Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ, con el título «El Registro español y el principio de fe pública: La incidencia de las sentencias de las Salas 1.^a y 3.^a del Tribunal Supremo sobre su funcionalidad». Dicho trabajo, a la fecha en que se corrigen las pruebas del presente trabajo, se ha convertido ya en la obra *Legalidad Urbanística, demolición y terceros adquirentes de buena fe*, editorial Lex Nova.

tica de actos administrativos que puedan ser posteriormente declarados nulos, y el depósito de confianza en dicha apariencia, generando sucesivos actos de transmisión o gravamen de derechos claudicantes por estar sujetos a la posible desaparición de la finca o edificación que constituye su objeto. Y en dicha línea es necesario plantearse hasta donde puede y debe llegar la calificación registral en el examen de la legalidad urbanística intrínseca de los actos administrativos de naturaleza urbanística sujetos a inscripción, o que posibilitan la inscripción de actos civiles con consecuencias urbanísticas.

Y es en este punto donde la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 19 de mayo de 2010, genera una doctrina que, a nuestro juicio, supone un cambio radical de orientación en el criterio delimitador del alcance con el que el registrador debe calificar aspectos relativos a la validez intrínseca de actos administrativos inscribibles, cambio que, como después veremos, se pone de manifiesto tanto respecto del criterio previo de la propia Dirección General como respecto del general en la doctrina.

Así, la resolución comentada confirma la calificación del registrador en un supuesto en que, por aquel, se había señalado como defecto para la inscripción de un proyecto de reparcelación el hecho de hallarse la unidad de actuación reparcelada dentro de un área considerada por un Plan de Ordenación Territorial Supramunicipal como suelo no urbanizable de especial protección por contaminación radiológica, y ello aun cuando el proyecto de reparcelación se adecuaba al Plan Parcial que le servía de fundamento.

Así, frente a las alegaciones del recurrente, que entendió que el registrador se había excedido en el ámbito de su calificación, y señalaba que el referido plan de ordenación supramunicipal constituye una directriz cuya aplicación corresponde a los órganos competentes de las Administraciones Públicas y no a los particulares, y que el proyecto de reparcelación se adecuaba a un plan parcial plenamente vigente, aprobado por el pleno del Ayuntamiento y publicado en el diario oficial correspondiente, la DGRN señala que, *«calificar es determinar si, conforme a la Ley (y en el concepto de Ley está cualquier norma jurídica aplicable y los Planes de Ordenación lo son, y por ello constan publicados en el Boletín Oficial correspondiente), procede o no practicar el asiento sobre el hecho cuya registración se solicita. En otras palabras, calificar supone contrastar si el hecho cuya inscripción se solicita se adecua a la legalidad aplicable, y para tal juicio de valor el registrador cuenta con unos medios que son los documentos presentados y los asientos del Registro, los cuales ha de enjuiciar si se adecuan a la normativa correspondiente, entre la cual, por supuesto, están los Planes de Ordenación. Por todo ello, el registrador en ningún momento se ha excedido en su función calificador»*.

Por tanto, la DGRN entiende que es materia que está dentro del ámbito de la calificación del registrador y, con ello, en vía de recurso, de la potestad revisora del propio órgano directivo y, en su caso, de los juzgados de lo civil, la adecua-

ción de planeamiento urbanístico de desarrollo y de sus actos administrativos de ejecución al planeamiento general de carácter municipal o supramunicipal.

A la vista de tal doctrina, se plantean las siguientes preguntas:

- ¿Debe entenderse establecido un nuevo criterio en la determinación del alcance de la función de control de la legalidad urbanística a desarrollar a través de la calificación registral, de forma que esta haya de entrar a apreciar la validez intrínseca de la decisión administrativa adoptada y, con ello, si el contenido del acuerdo de concesión de licencia o de aprobación de instrumentos de gestión se adecua a la norma de planeamiento especial en que tiene su origen, y esta, a su vez, a la norma de planeamiento general, y esta, a su vez, a la legislación urbanística que lo determina?
- ¿Debe entenderse que, para el caso de que el registrador inscriba sobre la base de una licencia o acuerdo de aprobación de un expediente de gestión que posteriormente sean declarados no ajustados al Plan, surgirá responsabilidad a su cargo? ¿Cabe entender que dicha responsabilidad surgirá cuando, aun ajustándose el acto de aprobación o autorización a la norma de planeamiento, esta no se ajuste al planeamiento general o a la legislación urbanística aplicable?
- En aquellos casos en los que la falta de adecuación del acto realizado a la legalidad urbanística le resulte conocida al registrador, no obstante existir un acto administrativo de aprobación, autorización o conformidad, ¿debe el registrador inscribir, sin perjuicio de la posible revisión judicial del acto realizado, o debe suspender por no resultar el acto inscribible plenamente válido?
- ¿Tienen los registradores los medios y la preparación necesaria para llevar a cabo la labor de calificación referida?
- ¿Resulta posible para el registrador, de forma general, determinar la localización física de las fincas registrales, de forma que le resulte posible conocer de forma indubitada el régimen jurídico urbanístico aplicable a las mismas?

Para dar una respuesta a tales cuestiones consideraremos, en primer lugar, el modo en que los actos administrativos de naturaleza urbanística acceden al Registro para, a continuación, examinar la doctrina anterior de la DGRN sobre el alcance de la calificación registral sobre los mismos, realizar una crítica de la resolución comentada y, finalmente, establecer un conjunto de propuestas que ayuden a superar los problemas que se pongan de manifiesto.

2. FORMAS DE ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE NATURALEZA URBANÍSTICA

La configuración legal de la relación entre el Registro de la Propiedad y el proceso de transformación urbanística parte de los principios constitucionales de protección de la propiedad privada, función social de la propiedad y sujeción de la delimitación de su contenido a lo establecido en la ley, tutela judicial efectiva y proscripción de la indefensión, y se concreta en un conjunto de principios desarrollados en los artículos 51 y siguientes del Real Decreto Legislativo 2/2008, por el que se aprueba el TR de la Ley de Suelo, y en el Real Decreto 1093/97, de 4 de julio, por el que se aprueban las Normas Complementarias al Reglamento Hipotecario sobre Inscripción de Actos de Naturaleza Urbanística, con arreglo a los cuales:

- La determinación de los derechos de propiedad afectados por el proceso de transformación urbanística deberá reconocer la existencia de las titularidades inscritas en el Registro de la Propiedad.
- Las modificaciones jurídico reales que sobre los derechos imponga la transformación urbanística deberán ser soportadas por sus titulares.
- Los titulares registrales deberán haber intervenido o podido intervenir en el procedimiento de transformación urbanística cuya conclusión afecte a la existencia o configuración de sus derechos.
- Las modificaciones jurídico reales que resulten del proceso de transformación urbanística deberán ser objeto de inscripción registral para producir plenos efectos.
- No podrán acceder al Registro actos de ejercicio de los derechos de propiedad inscritos que estén sujetos al cumplimiento de requisitos de licitud urbanística sin previa justificación del cumplimiento de estos.
- Para que los expedientes administrativos o procedimientos judiciales que tengan por objeto el mantenimiento de la legalidad urbanística o su reestablecimiento puedan provocar rectificaciones en el contenido registral de los derechos de propiedad inscritos será necesario que se acredite al registrador que los titulares de tales derechos han intervenido o tenido posibilidad de intervenir en el procedimiento seguido.

Por tanto, el legislador quiere establecer una estrecha relación entre la protección de los derechos de propiedad inscritos y la eficacia de las normas que tienen por objeto garantizar el mantenimiento o reestablecimiento de la legalidad urbanística. Y pieza clave para el mantenimiento de tal equilibrio es la labor calificadora de los registradores, a través de la cual, y de conformidad con lo previsto en la norma, se comprobará, tanto la adecuación de los actos administrativos de naturaleza urbanística a las normas civiles e hipotecarias

que garantizan la protección del derecho de propiedad, como la adecuación de los actos de ejercicio de aquel a la norma de ordenación urbana y territorial.

Y así, al entrar a estudiar el alcance y extensión de dicha calificación, cuando afecte a actos administrativos de naturaleza urbanística, resulta necesario, con carácter previo, precisar que el reflejo en el Registro de las consecuencias que sobre la configuración, contenido y régimen de ejercicio de los derechos inscritos tienen los actos administrativos de naturaleza urbanística, puede producirse de dos formas distintas, según dicho acto genere o no, por sí mismo, la modificación jurídico real inscribible. De acuerdo con ello es preciso distinguir:

- a) Actos administrativos generadores de modificaciones jurídico reales. Se trata de actos que ponen fin a procedimientos administrativos y que, de conformidad con lo previsto en la Ley, sirven de título material para la producción de una modificación jurídico real generadora de la constitución, modificación, transmisión, gravamen o extinción de derechos reales. Así ocurre con los acuerdos de aprobación de expedientes de gestión urbanística, o con los actos de aprobación de cesiones obligatorias. Dichos actos administrativos se inscriben en el Registro de la Propiedad, es decir, son actos inscribibles, y su calificación ha de ser realizada por el registrador con el alcance y extensión resultante de lo previsto con carácter general en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y, con carácter especial en el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, que posteriormente estudiaremos.
- b) Actos administrativos a través de los cuales se autoriza o se presta conformidad con un negocio jurídico civil generador de una modificación jurídico real de trascendencia urbanística. Son tales las licencias y demás actos administrativos habilitadores de actos civiles con consecuencias urbanísticas, tales como el fraccionamiento de suelo, la edificación o la constitución o modificación de regímenes de propiedad horizontal. Dichos actos administrativos no son objeto de inscripción registral (3). Lo que se inscribe es el negocio jurídico civil autorizado. La comprobación de la existencia del acto de autorización o conformidad constituye, si así lo establece la norma, presupuesto para que pueda procederse a

(3) Jesús GONZÁLEZ PÉREZ en su artículo: «Las licencias de urbanismo y el Registro de la Propiedad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 528, señala que: «En el supuesto de licencia de parcelación, el acto administrativo no es objeto de inscripción. Lo que se inscribe es el acto jurídico privado de parcelación. La licencia es solo un requisito para inscribir determinado título (...). Por lo que, en definitiva, acreditada la existencia del acto por el documento del que resulte que cumple las formalidades extrínsecas, bastará con verificar que la licencia se refiere al acto de parcelación que es objeto de inscripción para que esta sea procedente, siempre que no existan obstáculos que se deriven de los propios libros del Registro (...)».

la inscripción del acto civil. Por tanto, en la medida en que la licencia no se inscribe en el Registro de la Propiedad, caber plantearse si debe procederse a su calificación, al menos en los términos previstos por el artículo 99 RH, o si simplemente debe comprobarse su existencia.

3. EL ARTÍCULO 99 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO Y SU ALCANCE EN LA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

El artículo 99 del Reglamento Hipotecario fija la extensión de la calificación registral sobre los documentos administrativos. Aplicado su contenido a los actos administrativos de naturaleza urbanística se habrá de entender que la calificación registral se extenderá, en todo caso, a:

- Las formalidades extrínsecas del documento del que resulta el acto de aprobación, autorización o conformidad, de suerte que pueda tener la consideración de documento público, de conformidad con lo previsto en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria.
- La competencia del órgano que lo ha dictado, según lo previsto en la legislación urbanística y administrativa sobre competencias en materia urbanística.
- Los trámites esenciales del procedimiento seguido.
- La congruencia de la resolución dictada con el procedimiento o expediente seguido.
- Los obstáculos que resulten del Registro.

Al poner el contenido del artículo 99 del Reglamento Hipotecario en relación con la distinción, antes realizada, entre actos administrativos de naturaleza urbanística inscribibles y actos administrativos habilitadores de actos civiles inscribibles, resulta necesario plantear las diferencias que en su aplicación se pueden producir respecto de unos y otros.

Tratándose, en primer lugar, de actos administrativos inscribibles en sí mismos, y dado que producen modificaciones jurídico reales, no resulta duda alguna acerca del hecho de que habrá de procederse a su calificación con la extensión, al menos, prevista en el artículo 99 RH, de tal forma que el documento administrativo en cuya virtud se interese la inscripción deberá expresar todas las circunstancias precisas para que el registrador pueda calificar los extremos previstos en el citado artículo. Por otro lado, las Normas Complementarias al Reglamento Hipotecario, aprobadas por Real Decreto 1093/97, de 4 de julio, concretan, respecto de cada acto administrativo de naturaleza urbanística inscribible, los aspectos formales y materiales que habrán de ser objeto de cali-

ficación registral sin salir del ámbito fijado por el artículo 99 del Reglamento Hipotecario (4).

Tratándose de actos que autorizan o expresan conformidad con actos civiles inscribibles y que, por tanto, no son objeto de inscripción, pueden surgir dudas acerca de si procede su calificación al menos con la extensión prevista en el artículo 99 del Reglamento Hipotecario o si, por el contrario no deben ser objeto de calificación alguna, más allá de comprobar su existencia. La respuesta entendemos que debe ser afirmativa, toda vez que aunque la licencia no se inscribe en el Registro, ni produce por sí misma modificación jurídico real alguna, una mínima comprobación de su existencia y, con ello, de la licitud urbanística del acto civil inscribible, exige calificar los extremos previstos en el artículo 99 RH.

Así, es necesario que la existencia del acto administrativo resulte del contenido de un documento público expedido por quien tiene competencia para certificar de la realidad de la actuación administrativa. En tal sentido cabe citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 1.ª, de 19 de junio de 2007, que confirma la del Juzgado de Primera Instancia, número 6, de Pamplona, de 4 de julio de 2005, que entiende necesario para acreditar la existencia, validez, vigencia y legalidad de la licencia, que se aporte certificación del acuerdo de concesión de la misma expedida por el Secretario, y que a su vez revoca la RDGRN, de 6 de octubre de 2004, que admitió la simple notificación del acuerdo de concesión realizada con la firma del alcalde. La posterior RDGRN, de 15 de enero de 2011, insiste en el criterio de la de 6 de octubre de 2004, y solo exige la intervención del secretario para el caso de que el traslado de la licencia no haya sido firmado por el alcalde. Finalmente, la RDGRN, de 25 de marzo de 2011, exige que la certificación de la licencia expedida por el secretario incluya el visto bueno del alcalde.

Pese a la falta de una absoluta concordancia entre la doctrina de la DGRN, que parece seguir admitiendo como forma documental de acreditar la existencia de la licencia la notificación de su concesión realizada por el alcalde, y el criterio sostenido en la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, que exige en todo caso certificación administrativa del acuerdo de concesión, lo que sí resulta de ambas instancias es la consideración de que la intervención del secretario en la expedición de la certificación del acuerdo de concesión de la licencia no solo acredita la existencia de esta, sino también su vigencia, validez y legalidad, lo que podría llevar a considerar que la intervención del secretario permite al registrador tener por acreditada, además de la existencia de la licencia, la competencia del órgano concedente de la misma, el cumplimiento de trámites esenciales del procedimiento, y la congruencia de la resolución dictada con aquel, extremos que, a partir del contenido del

(4) Véanse, sobre todo, los artículos 2, 6, 24, 30, 33, 45, 46, 57, 69 del Real Decreto 1093/97, de 4 de julio.

documento en que se formaliza la concesión de la licencia, resultan de difícil calificación, y cuya comprobación directa por el registrador exigiría el relato del procedimiento seguido en la certificación que se acompañe al título. Por tanto, la intervención del secretario no solo dará fe de la realidad del acto administrativo y de su contenido, sino de la vigencia, legalidad, legitimidad y validez del acto, de acuerdo con las funciones que a la secretaría atribuye la DA 2.^a de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que incluyen no solo la fe pública sino también el asesoramiento legal preceptivo.

Una vez admitida la extensión de la calificación registral a los extremos necesarios para apreciar la existencia de una licencia válidamente concedida, resulta necesario que el registrador pueda comprobar la adecuación del acto civil de cuya inscripción se trata a la habilitación administrativa que lo autoriza. Y en este punto, resulta la posibilidad de distinguir dos situaciones:

- Aquella en que la adecuación entre el acto civil de cuya inscripción se trata y el efectivamente autorizado puede ser comprobada por el registrador a partir del cotejo entre los datos contenidos en el traslado certificado de la licencia y los resultantes del documento público en que se formalice el acto inscribible. Así ocurre con el fraccionamiento de suelo, en el que la comprobación de la adecuación del mismo a la licencia puede ser realizada por el registrador sobre la base de un mero cotejo de superficies.
- Aquella en que la adecuación entre el acto civil de cuya inscripción se trata y el efectivamente autorizado precisa de un conjunto de pruebas y conocimientos de los que el registrador carece, de tal forma que el legislador, teniendo en cuenta tal circunstancia, prevé que la calificación registral de tal comprobación tenga carácter mediato, limitándose a comprobar la existencia de una opinión técnica de la que resulte la identidad entre lo realizado y lo autorizado. A tal criterio responde el sistema previsto por el artículo 20 del Texto Refundido de la Ley de Suelo y 45 y siguientes del Real Decreto 1093/97 para la comprobación de la adecuación de lo edificado al proyecto para el que obtuvo la licencia de obras, comprobación que se realiza a través del juicio emitido por un arquitecto o técnico cuya competencia resulte acreditada. Por tanto, la calificación registral se limita a comprobar la existencia del juicio emitido por el técnico, y no entra a verificar los aspectos comprobados por este.

Posteriormente volveremos sobre la utilidad del sistema descrito, en el que el legislador, ante la imposibilidad de que la calificación alcance extremos que por razón del carácter del procedimiento registral y de la falta de conocimientos técnicos del registrador, este no puede llegar a conocer, prevé la incorporación al procedimiento registral de un juicio técnico realizado por quien tiene la competencia profesional y los medios para ello.

4. EXTENSIÓN DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS MÁS ALLÁ DEL ÁMBITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 99 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO. DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO ANTERIOR A LA RESOLUCIÓN DE 19 DE MAYO DE 2010. POSTURAS DOCTRINALES

Entrando ya en la cuestión, central en las presentes notas, relativa a si resulta o no posible o necesario que el registrador extienda su calificación del acto administrativo de naturaleza urbanística más allá del límite previsto en el artículo 99 del Reglamento Hipotecario (5), el precepto referido señala los extremos a los que la calificación registral se extenderá «en todo caso», sin establecer de forma expresa la imposibilidad de que el registrador entre a calificar otros extremos distintos de los recogidos en el precepto, y cuya concurrencia pueda afectar a la validez y eficacia del acto administrativo y, con ello, a su inscribibilidad. En este sentido, la redacción del artículo 99 RH es menos clara que la del artículo 100 RH, el cual, al referirse a la calificación de documentos judiciales, establece los extremos a los que «se limitará» la calificación registral.

Al considerar, por tanto, si el registrador puede denegar o suspender la inscripción de actos administrativos por causas distintas de las previstas en el artículo 99 RH nos encontramos, en primer lugar, con la inexistencia de una norma hipotecaria que excluya tal posibilidad. Sin embargo, la presunción de validez que para el acto administrativo establece el artículo 57 de la LRJAPPAC parece excluir una revisión registral de la validez del acto más allá de los extremos a que se refiere el artículo 99 del Reglamento Hipotecario. Dicho de otra forma: el artículo 99 del Reglamento Hipotecario determina el ámbito objetivo en el que la presunción de validez del acto administrativo no alcanzará a la calificación registral, precisando, con ello, el alcance general que para la calificación registral establece el artículo 18 de la Ley Hipotecaria. No obstante, la DGRN parece admitir la posibilidad de que la calificación registral se extienda, sin por ello excederse de su ámbito, más allá de los extremos previstos en el artículo 99 RH. Así habría de entenderse del texto literal de la Resolución de 31 de marzo de 2005, cuyo último fundamento de derecho establece que: *«según la doctrina reiterada de esta Dirección general (cfr., por todas, la Resolución de 31 de julio de 2001), cabe recordar que, no obstante la presunción de legalidad, ejecutividad y eficacia de que legalmente están investidos los actos adminis-*

(5) El 99 del Reglamento Hipotecario establece que: «la calificación registral de documentos administrativos se extenderá, en todo caso, a la competencia del órgano, a la congruencia de la resolución con la clase de expediente o procedimiento seguido, a las formalidades extrínsecas del documento presentado, a los trámites e incidencias esenciales del procedimiento, a la relación de este con el titular registral y a los obstáculos que surjan del Registro.

trativos (cfr. arts. 56 y 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), el artículo 99 del Reglamento Hipotecario faculta al registrador para calificar, respecto de los documentos administrativos, entre otros extremos, la competencia del órgano, la congruencia de la resolución con el procedimiento seguido, los trámites e incidencias esenciales de este, así como la relación del mismo con el titular registral y a los obstáculos que surjan con el Registro».

Por tanto, la Dirección General, al incluir la expresión «entre otros extremos» como precedente a la enumeración de los previstos en el artículo 99 RH, parece interpretar el contenido de dicho artículo como delimitador de un mínimo sujeto a calificación, que no excluye la posible extensión de la calificación a otros distintos. No obstante, precisa el alcance de tal interpretación y así, en Resolución de fecha 16 de octubre de 1992, excluye la posibilidad de que el registrador califique el fondo de la actuación administrativa y emita un juicio sobre su validez intrínseca que es competencia de los tribunales en vía de impugnación; en Resolución de fecha 22 de octubre de 1996 señala que la calificación de documentos administrativos, «no puede extenderse a la legalidad intrínseca del acto documentado», y en Resolución de 21 de septiembre de 2006 señala que el registrador «no puede calificar la decisión de fondo de la Administración».

En cuanto a las posturas mantenidas por la doctrina, y sin ánimo alguno exhaustivo por razón de la brevedad de las presentes notas, baste aquí citar, como expresión de la complejidad de la materia, dos posturas contradictorias recogidas en sendos trabajos incluidos en la obra colectiva, *La Calificación Registral*, editada por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Thompson Civitas, Segunda Edición, año 2008. Así, mientras Ricardo EGEA IBÁÑEZ considera en la página 1249 de la obra citada que: «*los actos nulos, según el artículo 62 de la LRJAPPAC, que no coincidan o no tengan un equivalente normativo con el artículo 99 RH, deben ser calificados por el registrador bajo su responsabilidad con arreglo al artículo 18, ya que la calificación se limita a extender, suspender o denegar el asiento, sin perjuicio de la decisión de los tribunales*», Jesús REMÓN PEÑALVER, en la página 1257 de la misma obra, entiende que «*al enjuiciar la validez del acto administrativo el registrador habrá de limitar su verificación a los concretos puntos expresamente referidos en el artículo 99 del Reglamento Hipotecario*».

5. CRÍTICA DEL CRITERIO RESULTANTE DE LA RESOLUCIÓN DE 19 DE MAYO DE 2010

Llegados así a la Resolución de 19 de mayo de 2010, observamos que en ella la DGRN entiende incluido, dentro del ámbito de la calificación registral, la comprobación de la adecuación del acto administrativo inscribible, no solo

al plan parcial en aplicación del cual se dicta, sino al plan general y al plan de ordenación supramunicipal, lo cual, a nuestro juicio, supone admitir la posibilidad de que el registrador califique la validez material o sustantiva del acto urbanístico inscribible.

Así, en el supuesto de hecho a que se refiere la Resolución de 19 de mayo de 2010, el registrador deniega la inscripción interesada por «*hallarse la unidad de ejecución urbanística en un área considerada como suelo no urbanizable de especial protección por contaminación radiológica*», lo cual supone apreciar, en el desarrollo de su labor calificadora:

- primero, la inclusión de la Unidad de Actuación en la delimitación de suelo no urbanizable de especial protección realizada por el POTALA y,
- segundo, la contradicción existente entre el acto reparcelatorio cuya inscripción se pretende y el Plan Supramunicipal de Ordenación Territorial del Área del Levante Almeriense, apreciando, por tanto, la incompatibilidad entre la clasificación de suelo realizada por el Plan Parcial, y el carácter de suelo no urbanizable de especial protección por contaminación radiológica que el POTALA atribuye a dicho suelo.

Dada dicha actuación calificadora, cabe plantearse dos cuestiones: la primera es la referida a si existe o no una extralimitación en la labor calificadora del registrador. La segunda, para el caso de que la respuesta a la primera sea negativa, es la referida a si, por tanto, la calificación registral debe en todo caso extenderse a la adecuación del acto administrativo de autorización, aprobación o conformidad, a la norma de planeamiento especial o de desarrollo que determina su contenido y, a su vez, a la adecuación de dicha norma de planeamiento a la superior de planeamiento general o sectorial y, finalmente, a la de este a las normas legales y reglamentarias de ordenación urbana que fueran aplicables.

En relación con la primera de las dos cuestiones planteadas, es decir, la de si existe una extralimitación en la calificación que deniega la inscripción de la reparcelación por resultar contradictoria con lo previsto en el POTALA, no obstante adecuarse a un Plan Parcial vigente, la Dirección General, en la resolución comentada, abandona sus recelos anteriores a la posibilidad de que el registrador califique la legalidad intrínseca del acto administrativo y se pronuncia con claridad: no existe extralimitación, toda vez que, calificar, «*supone contrastar si el hecho cuya inscripción se solicita se adecua a la legalidad aplicable, y para tal juicio de valor el registrador cuenta con unos medios que son los documentos presentados y los asientos del Registro, los cuales ha de enjuiciar si se adecuan a la normativa correspondiente, entre los cuales, por supuesto, están los Planes de Ordenación*». Y todo ello, sin ni siquiera citar en los Vistos el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, de lo cual parece resultar que no considera que el contenido de tal precepto delimite el ámbito objetivo

respecto del cual puede el registrador realizar la calificación del documento administrativo.

En su comentario al contenido de la Resolución de 19 de mayo de 2010, publicado en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 721, págs. 2466 y siguientes, Gabriel SORIA realiza una crítica favorable de la Resolución, y señala que: «*el registrador puede entonces, en la comprobación de la legalidad del contenido del acto, encontrarse con acuerdos (...) que, aunque se acomoden al Plan Urbanístico, resultan claramente contrarios a una Ley o a una norma de rango superior. Sucede en estos casos que el contraste del acto con el bloque de legalidad no admite el reconocimiento de validez y, ante esta evidencia, el registrador está abocado a denegar la inscripción tal y como viene reconociendo constantemente la Dirección General*».

No estamos totalmente conformes con el criterio del autor, pues si bien es cierto que es doctrina reiterada de la DGRN la de que al Registro deben llegar actos plenamente válidos y no aquellos nulos o anulables, entendemos que tal doctrina se ha de interpretar en el sentido de que, tratándose de la inscripción de actos administrativos, la causa de nulidad o anulabilidad determinará la denegación de la inscripción cuando resulte incluida en el ámbito de calificación previsto en el artículo 99 del Reglamento Hipotecario (como ocurría en la Resolución de 7 de septiembre de 1992, citada por el autor, donde, a juicio de la DG, se había omitido un trámite esencial del procedimiento de apremio sobre inmuebles).

El problema se plantea cuando la causa de nulidad no resulta de defectos de competencia, procedimentales, de congruencia del acto administrativo o del propio Registro, sino de la falta de adecuación del fondo material del mismo a una norma de rango superior. O, en el supuesto de la Resolución comentada, cuando el acto inscribible se adecua a la norma de planeamiento de desarrollo que ejecuta pero aquel no lo hace al planeamiento general. Es decir, no se trata de una causa de nulidad propia del acto inscribible, y resultante de su modo de producción o de su contenido específico, sino de nulidad de una disposición administrativa de carácter general, que transmite por derivación a aquel el vicio de nulidad que le afecta.

La DGRN, con la resolución comentada, altera el criterio sostenido en su doctrina previa, y abre un nuevo escenario en el que no solo admite la posibilidad, sino que fija la obligación del registrador de entrar a calificar la adecuación del acto inscribible no solo al plan que ejecuta, sino a las normas de rango superior que dicho plan no puede contradecir. Con ello, rompe con una práctica registral que, sobre la base de la doctrina anterior de la DGRN, la presunción de validez y ejecutividad de dicho acto y lo previsto en el artículo 99 RH y Normas Complementarias al Reglamento Hipotecario sobre Inscripción de Actos de Naturaleza Urbanística, entendía que el registrador no había de entrar a calificar la adecuación del acto administrativo de naturaleza urbanística a la norma

de planeamiento urbanístico especial que le sirve de fundamento, ni la de este a la de planeamiento general o sectorial de la que sea desarrollo.

Procede ahora contestar a la segunda cuestión antes planteada: admitido por la DGRN que no existe extralimitación en la calificación registral que entra a examinar la adecuación del acto de naturaleza urbanística a la cadena de normas de planeamiento y de ordenación urbanística que le sirven de fundamento, ¿debe entenderse que el examen de dicha adecuación debe formar parte de la calificación registral en todo caso? A nuestro juicio, la respuesta ha de ser inevitablemente afirmativa, pues no cabe pensar en que la realización por el registrador de dicho juicio de valor, como lo llama la resolución de 19 de mayo de 2010, pueda realizarse en unos casos y en otros no, en función de la diligencia del registrador, de la notoriedad de la ilegalidad urbanística concurrente, o de la posibilidad técnica de identificar la realidad física en que se encuentra la finca registral. Dicho de otro modo: si entendemos que la calificación registral ha de tener la extensión referida, resultará inevitable entender que el registrador debe calificar en todo caso dichos extremos, y que responderá de los daños que se puedan producir por la falta de realización de su labor calificadora, pudiendo, además, incurrir en responsabilidad disciplinaria, a la vista de lo previsto en el artículo 313.d) de la Ley Hipotecaria.

Y no se encuentra razón para no entender que la doctrina resultante de la resolución comentada no sea de aplicación a la inscripción de actos civiles sujetos a autorización o conformidad urbanística, para aquellos casos en que la licencia o el acto de conformidad no se adecuen a lo previsto en la ordenanza municipal o en el plan de ordenación, supuesto en el que, sin duda, la calificación por el registrador de la posible existencia de la ilegalidad urbanística se hace mucho más compleja.

Y es que, a nuestro juicio y según lo puesto de manifiesto al comienzo de las presentes notas, no puede dudarse de la conveniencia de que no accedan al Registro de la Propiedad actos de naturaleza urbanística claudicantes, en cuanto sujetos a una posible declaración de nulidad cuya causa sea conocida en el momento de ser solicitada la inscripción. Sin embargo, consideramos que el medio a través del cual lograr dicho objetivo no puede ser la extensión de la calificación registral a la validez intrínseca de los actos administrativos de naturaleza urbanística y de los planes de ordenación en que se apoyan, por las razones siguientes:

- Restringe hasta casi dejar sin efecto, en el ámbito registral, la presunción de validez y el carácter ejecutivo de los actos administrativos. Así, la denegación de la inscripción sobre la base de la ilegalidad urbanística de la licencia o del acuerdo de aprobación del expediente de equidistribución deja tales actos administrativos en una suerte de limbo, en el cual dejan de producir efectos, no obstante la presunción de validez prevista para

los mismos y su carácter ejecutivo, y no concurrir en ellos defecto de competencia, procedimiento o congruencia. La inmediata relación entre la inscripción registral y el acceso a la financiación hipotecaria tanto del titular registral como de eventuales adquirentes pone de manifiesto hasta qué punto la falta de inscripción paraliza los efectos del acto de naturaleza urbanística.

- Traslada al Registro de la Propiedad competencias de policía y revisión de la eficacia y validez de actos y disposiciones administrativas dictadas en materia urbanística, de forma que el registrador pasa de ser un colaborador de la Administración en el mantenimiento o reestablecimiento de la legalidad urbanística, a juzgar la adecuación material de la actividad administrativa de ejecución a la norma de planeamiento, y la dicha norma, a su vez, a la de planeamiento general que le sirve de base o a la legislación de ordenación urbana.
- Supone la posibilidad de que la legalidad urbanística de los actos inscribibles y, con ello, de los planes de ordenación de los que son ejecución, sean revisados no solo por los registradores, sino, en vía de recurso, por un órgano administrativo dependiente del Ministerio de Justicia, como es la DGRN, y por la jurisdicción civil, cuando parece claro que la competencia jurisdiccional en materia de revisión de la validez de actos administrativos de competencia urbanística corresponde al orden contencioso administrativo.
- Obliga a desarrollar la labor calificadora con plena extensión a la validez intrínseca del acto administrativo de naturaleza urbanística en todo caso, pues no es admisible pensar que proceda solo en supuestos de especial notoriedad o por razón de una especial preparación del registrador de que se trate. Pero lo cierto es que ni el muy reducido plazo que la ley concede para desarrollar la labor calificadora, ni la falta de preparación técnico urbanística de los registradores, ni la dificultad que presenta la georeferenciación de gran cantidad de fincas registrales, parece que deba llevar a considerar que sea voluntad del legislador convertir la calificación registral en una revisión de la legalidad urbanística de la actividad administrativa.

Frente a los argumentos expuestos, cabe aquí citar la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, número 15 de Valladolid, de fecha 20 de enero de 2011, que resuelve un recurso judicial directo contra una calificación registral, y en la que el Juez afirma que: *«Igualmente se dice que una calificación registral no es medio hábil para revisar la legalidad de un instrumento de planeamiento, por lo que la calificación negativa no puede fundarse en la supuesta disconformidad a derecho del estudio de detalle. Pues bien, tampoco puede estimarse este argumento, ya que la señora Registradora en ningún*

momento declara la ilegalidad del estudio de detalle sino que comprueba que en desarrollo del mismo se vulneran una serie de preceptos de la Ley y del Reglamento de Urbanismo de Castilla y León, por lo que conforme a las atribuciones que el ordenamiento jurídico le encomienda (arts. 1, 18, 38 y 40 de la Ley Hipotecaria) deniega la inscripción, sin que ello tenga más efecto que el no acceso al Registro del negocio jurídico en cuestión».

La sentencia, en una línea similar a la de la Resolución de 19 de mayo de 2010, distingue con claridad entre la declaración de ilegalidad del plan de ordenación y la decisión de no inscribir el acto administrativo basado en aquel por resultar su contenido contrario a determinados preceptos legales. Tal distinción se ajusta a la determinación legal de los efectos propios de la calificación registral, la cual, de conformidad con lo previsto en el artículo 101 RH, tiene sus efectos limitados a la decisión de «*extender, suspender o denegar la inscripción, anotación, nota marginal o cancelación solicitada, y no impedirá el procedimiento que pueda seguirse ante los Tribunales sobre la validez o nulidad del título o sobre la competencia del Juez o Tribunal, ni prejuzgará los resultados del mismo procedimiento*». Los artículos 66 y 328 *in fine* de la Ley Hipotecaria reiteran tal criterio, y prevén la posibilidad de que el interesado en la inscripción pueda acudir a los tribunales para que se declare la validez del título, admitiendo la posibilidad de que se tome anotación preventiva de la demanda.

Aplicados tales preceptos al supuesto de hecho que da lugar a la sentencia relacionada, se habría de entender que la decisión de la registradora de no inscribir por considerar un estudio de detalle y su desarrollo contrario a la ley no prejuzgaría la validez de dicha disposición administrativa ni de sus actos de ejecución, ni impediría a la Administración que dictó uno u otros acudir a los tribunales para que se declarara la validez de su actuación.

Parece evidente, sin embargo, que a todo el razonamiento anterior se opone la presunción de validez y el carácter ejecutivo de los actos administrativos prevista en el artículo 57 de la LRJAPPAC: si es cierto que la registradora no ha declarado la nulidad o falta de validez del acto administrativo, este sigue estando bajo la presunción legal del referido artículo 57 y, por tanto, debe considerarse válido y ejecutivo. Y tal carácter ejecutivo parece que debe incluir la posibilidad de su inscripción en el Registro de la Propiedad, salvo que concurren alguno de los defectos que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 99 del RH, permiten suspender o denegar la inscripción interesada. Sobre todo, si tenemos en cuenta lo siguiente:

- Que la inscripción, según prevé el artículo 33 de la Ley Hipotecaria, no convalida el acto nulo con arreglo a las leyes, de forma que no impide la posterior declaración de nulidad del acto administrativo, ni limita las posibilidades de revisión del mismo ya en vía administrativa ya en vía jurisdiccional.

- Que el legislador ha diseñado procedimientos para que la situación de posible ilegalidad sea comunicada por el Registro a los órganos administrativos y judiciales competentes para proceder a su revisión, excitando el celo de aquellos en el ejercicio de las funciones de su competencia.
- Que la legislación hipotecaria establece mecanismos para que los procedimientos administrativos o judiciales de revisión de la legalidad del acto de naturaleza urbanística accedan al Registro.

6. LA NECESIDAD DE EVITAR EL ACCESO AL REGISTRO DE SITUACIONES URBANÍSTICAS CLAUDICANTES. MEDIDAS AL EFECTO PREVISTAS POR EL LEGISLADOR

Llegamos así a un punto en el que aparece clara, por un lado, la necesidad de evitar la publicidad registral de situaciones urbanísticas creadas o autorizadas por actos administrativos respecto de los que el registrador pueda tener constancia de su posible ilegalidad y, por otro, de la falta tanto de una competencia clara como de medios calificadores suficientes para que la calificación registral pueda, según su configuración actual, y por sí sola, juzgar la legalidad urbanística intrínseca de todas las situaciones jurídico urbanísticas inscribibles en el Registro de la Propiedad.

Dada tal situación el legislador, consciente por un lado de las limitaciones que los artículos citados imponen a la calificación de documentos administrativos y, por otro, de la imposibilidad de que el registrador pueda, por sí solo, y a partir de los medios calificadores previstos en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, apreciar con pleno alcance la legalidad o ilegalidad urbanística de determinados actos de naturaleza urbanística, ha establecido procedimientos de conexión entre el Registro y la Administración Local que permiten al registrador, antes de tomar la decisión de proceder o no a inscribir, conocer lo que sobre la legalidad del acto inscribible hubiera de decir la Administración Local o Autonómica a quien la legislación administrativa y de ordenación urbana atribuye las competencias en materia de policía urbanística.

Al repasar tales procedimientos, cabría distinguir tres supuestos:

- Aquel en que se prevé un cauce de «consulta» por el registrador a la Administración para aquellos casos en los que se pretendiera el acceso al Registro de determinados actos privados, carentes de autorización administrativa, acerca de cuyo alcance urbanístico el registrador tuviera dudas. A tal finalidad responde el procedimiento previsto en el artículo 79 del Real Decreto 1093/97: el registrador, antes de inscribir lo que se le presenta como una división o segregación sin alcance parcelatorio, si tiene dudas de que pueda estar produciéndose una parcelación ilegal en suelo no urbanizable,

lo notifica al Ayuntamiento para que este determine si el acto debe o no entenderse adecuado a la legalidad urbanística. Dicha Administración podrá contestar diciendo que el acto no es contrario a la norma urbanística, con lo cual se inscribirá, podrá decir que genera una parcelación ilegal, lo que impedirá su inscripción, o podrá no contestar en un plazo determinado (cuatro meses), lo que dará lugar a que, ante su falta de actuación expresa, se proceda a practicar la inscripción interesada.

- Aquel en que se prevé por el legislador un procedimiento de consulta a realizar por el registrador al Ayuntamiento para aquellos casos en los que, existiendo una licencia que autorice el acto de cuya inscripción se trata, esta tiene carácter presunto, y se dice adquirida por silencio administrativo. A tal finalidad responde el procedimiento previsto en el artículo 250.3 del Decreto 305/2006, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Urbanismo de Cataluña, conforme al cual, pretendida la inscripción de actos de fraccionamiento de suelo o de edificación sobre la base de licencias presuntas, el registrador notificará al Ayuntamiento para que este, en plazo de quince días desde la notificación, se pronuncie acerca de si denegó la licencia o si existieron defectos en la solicitud (6).
- Aquel en que se prevé la posibilidad de que el registrador, aun existiendo un acto administrativo municipal expreso que autorice el acto inscribible, pueda comunicar la solicitud de inscripción y los documentos en que se basa a aquella otra Administración autonómica a la que corresponde fiscalizar la actuación del Ayuntamiento, para aquellos casos en los que el registrador, no obstante la existencia de una licencia, dude acerca de la posibilidad de que se esté produciendo un acto de parcelación ilegal. En este sentido cabe citar el artículo 28.3 del Decreto 6/2010, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía, conforme al cual: *«Los Registradores de la Propiedad deberán comunicar a la Consejería competente en materia*

(6) A la fecha en que el presente se publica, la posibilidad de existencia de licencias concedidas por acto administrativo presunto ha quedado excluida por la redacción del artículo 23 del Real Decreto-ley 8/2011, que establece el silencio administrativo negativo para aquellos actos administrativos que hayan de autorizar o prestar conformidad, entre otros, a actos civiles de parcelación o edificación. Por tanto, debe entenderse que lo previsto en el citado artículo 250.3 del Decreto 305/2006, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Urbanismo de Cataluña queda sin vigencia, en cuanto el supuesto de hecho sobre el que se apoya, la posible existencia de licencias concedidas por silencio administrativo, no podrá ya darse. Una muy interesante y a nuestro juicio acertada crítica de la introducción del silencio administrativo negativo en relación con determinados actos de naturaleza urbanística fue realizada por Vicente LASO MARTÍNEZ en conferencia pronunciada en el Colegio de Registradores con fecha 7 de noviembre de 2011, con ocasión de la Jornada «Registro de la Propiedad y Urbanismo: Novedades introducidas por el Real Decreto-ley 8/2011». Un resumen de la misma está publicado en la *Revista Registradores*, núm. 60, octubre-noviembre de 2011.

de urbanismo las solicitudes de inscripción registral de parcelaciones con licencia o declaración de innecesariedad cuando estas pudieran ser contrarias a la ordenación urbanística y territorial».

Vemos, por tanto, como el legislador, en lugar de prever la calificación registral del fondo de la legalidad urbanística de los actos inscribibles, va reforzando la conexión entre la labor calificadora del registrador y la labor de policía urbanística de las administraciones local y autonómica sobre la base, a nuestro juicio, de las siguientes ideas:

- El registrador no tiene los conocimientos ni las competencias necesarias para decidir acerca de la legalidad urbanística de los actos inscribibles, más allá de la comprobación de la existencia de un acto administrativo formal y procedimentalmente válido que los aprueba o autorice.
- En los casos en que el registrador dude acerca de si dicha autorización es necesaria o acerca de si existe, podrá paralizar la inscripción interesada y preguntar a la Administración competente, para que sea esta la que comunique al primero la legalidad o ilegalidad urbanística del acto.
- No obstante lo anterior, si aun existiendo un acto de autorización, el registrador duda de la legalidad de dicho acto, podrá ponerlo en conocimiento de la Administración con competencias de fiscalización, pero sin que ello impida la inscripción.

A la vista de las cuestiones que la Resolución de 19 de mayo de 2010 plantea, resulta fundamental llevar a cabo una interpretación sistemática de la doctrina sentada por el Centro Directivo, que la ponga en relación con las normas que regulan el alcance de la calificación registral, la determinación legal de las competencias en materia de disciplina, policía urbanística, eficacia de los actos administrativos y revisión de su validez, el grado de desarrollo de los sistemas de identificación geográfica de las fincas registrales, y la propia doctrina de la DGRN resultante de otras resoluciones, a partir de todo lo cual, entendemos:

1. Que no es exigible que el control de legalidad urbanística a desarrollar por los registradores de la propiedad en la calificación de la inscripción de los actos de naturaleza urbanística deba extenderse a la validez intrínseca del acto administrativo de autorización, aprobación o conformidad del acto inscribible realizado, y ello porque el registrador carece de competencias fiscalizadoras de la validez y eficacia de los actos administrativos dictados en actuaciones urbanísticas más allá de lo previsto en el artículo 99 del Reglamento Hipotecario y en el Real Decreto 1093/97, toda vez que la revisión de la adecuación a las normas de ordenación urbana de los actos administrativos de autorización, aprobación o conformidad que, en ejercicio de sus competencias, dicte

la Administración local, corresponde, de conformidad con lo previsto en la Legislación Urbanística, Administrativa y Procesal, a las Administraciones autonómicas y a los Juzgados de lo Contencioso Administrativo, y no a los Registradores de la Propiedad. Tal es el criterio que, según lo antes expuesto, se deriva de la anterior doctrina de la DGRN, sentada en las resoluciones citadas de 1992, 1996 y 2002.

El hecho de que los planes de ordenación urbana tanto generales como de desarrollo o de detalle, formen parte de la normativa aplicable para la determinación de la validez de los actos administrativos por los que se autoricen actos de parcelación o edificación o se aprueben actos de gestión urbanística, no puede dar lugar a entender, como hace la Resolución aquí estudiada, que la adecuación de dichos actos a aquella norma deba ser objeto de calificación por el registrador, y ello porque, al hacerlo, el registrador estaría revisando, más allá del alcance previsto legalmente para su función calificadora, la validez del acto administrativo, rompiendo con ello la presunción legal de validez y ejecutividad solo revisable, en cuanto se refiera a cuestiones de fondo y como ya se ha reiterado, por la propia Administración a través de la revisión administrativa, o por los órganos jurisdiccionales.

No obstante lo anterior, la imposibilidad legal de exigir del registrador una calificación de la validez intrínseca del acto administrativo inscribible no debe llevar a considerar que, ante una situación en la que el registrador tiene constancia de circunstancias determinantes de una posible ineficacia del acto administrativo, deba proceder sin más a su inscripción.

Por el contrario, la conveniencia de evitar la consolidación de una situación registral claudicante, y la aparición de terceros que confíen en ella, debe llevar a la búsqueda de un sistema que, sin extralimitar el ámbito de la calificación registral ni violentar la presunción de validez del acto administrativo, impida la incorporación al tráfico de derechos reales cuyo objeto pueda desaparecer por resultar contrario a la legalidad urbanística.

Entendemos, por ello, que hubiera resultado más adecuado a la doctrina anterior de la propia DGRN, y a los principios expuestos, declarar la incompetencia del registrador para calificar la legalidad urbanística de la reparcelación y del plan parcial en que se apoya y proponer, como ya lo ha hecho en Resoluciones de fechas 15 de septiembre de 2009 y de 17 de junio de 2010, ante supuestos de licencias presuntas, que se acuda a los procedimientos de comunicación entre los registradores y la Administración previstos legalmente, a través de los cuales el registrador pueda poner sus dudas sobre la legalidad del acto en conocimiento de quien tiene la competencia para su revisión.

Así, el legislador ha querido que tanto el registrador, como la Dirección General de los Registros y del Notariado, en vía de recurso, desarrollen una labor de colaboración en la garantía de la legalidad urbanística, evitando el acceso al Registro de actos de naturaleza urbanística que carezcan de la autorización, aprobación o conformidad administrativa prevista en la ley, cuya autorización, aprobación o conformidad no se pueda acreditar, que haya sido dada por órgano incompetente, o con ausencia de trámites esenciales en el procedimiento. Lo que no ha querido es que, cumplidos tales requisitos, el registrador o la Dirección General de los Registros y del Notariado asuman competencias propias de los órganos judiciales, a quienes con libertad de proposición de prueba y en procedimiento contencioso, corresponde decidir acerca de la validez de las licencias y actos de aprobación de instrumentos de planeamiento o gestión urbanística.

2. Que una extensión del ámbito de la calificación registral a la validez intrínseca de los actos administrativos de planeamiento y de ejecución del mismo dictados por la Administración local podría provocar una paralización en el acceso al Registro de actos de naturaleza urbanística, y ello por cuanto el registrador, según lo previsto en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, califica bajo su responsabilidad y, por tanto, sería entendible que no se procediera al despacho de documento alguno en tanto el registrador no estuviera seguro de la validez de todos y cada uno de los actos de planeamiento, gestión y disciplina urbanística en que tenga su origen el acto inscribible, labor que exige conocimientos técnicos de los que el registrador carece y cuya realización completa precisaría de un plazo para el despacho de documentos mucho mayor que el actualmente establecido en la legislación hipotecaria.

Si por el contrario el registrador inscribe sobre la base de presumir la validez de tales actos administrativos, estaría asumiendo una posible responsabilidad civil por haber procedido a la inscripción sobre la base de licencias, reparcelaciones, o planes de ordenación susceptibles de ser posteriormente declarados nulos.

De nuevo, parece más ajustado a las normas delimitadoras del ámbito de la calificación registral, de la eficacia y posible revisión de los actos administrativos, y de la competencia para el desarrollo de cada una de dichas actuaciones, que el registrador lleve a cabo la calificación de tales actos de autorización, aprobación o conformidad con sujeción a los límites legales, sin entrar a calificar el fondo de la cuestión ni la validez intrínseca del acuerdo adoptado y, para el caso de que tenga dudas acerca de dicha validez, pueda comunicarlo a quien tiene las competencias necesarias para revisar el acto y, en su caso, declarar su nulidad. De este modo, la responsabilidad personal del registrador

que pueda resultar del ejercicio de su función quedará ajustada a las competencias y medios de actuación de los que dispone.

7. PROPUESTAS DE REFORMA (7)

Por tanto, y según lo hasta aquí dicho, se hace necesario establecer las medidas necesarias para evitar que el Registro de la Propiedad genere una apariencia de legalidad sobre situaciones de naturaleza urbanística nacidas de actos administrativos de aprobación o autorización que puedan ser posteriormente declarados nulos, a fin de evitar la creación, transmisión y gravamen de derechos reales sobre aquellas y, con ello, los desastrosos efectos que aquella declaración de nulidad produce, tanto sobre las situaciones jurídicas creadas al amparo del acto declarado nulo, como sobre la percepción general de la seguridad jurídica tráfico inmobiliario.

Y entre tales medidas deben estar, a nuestro juicio, las siguientes:

- Aquellas que permitan realizar, en el momento en que se solicite la inscripción en el Registro, un control de la legalidad urbanística intrínseca del acto cuya inscripción se pretende, control que, según se ha puesto de manifiesto, no puede ser realizado a través de la calificación registral más allá de los límites que imponen la presunción de validez y ejecutividad de dichos actos, el ámbito objetivo que a la calificación registral de documentos administrativos atribuye el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, los medios y conocimientos técnico-urbanísticos de que dispone el registrador, y la posibilidad de identificar con suficiente precisión la localización geográfica de las fincas registrales. Tales limitaciones en el alcance de la calificación registral de la validez intrínseca del acto administrativo de naturaleza urbanística obligan a completar la actuación registral sobre la base de reforzar, en el momento de la inscripción, la colaboración interadministrativa, en los términos que se proponen a continuación.
- Aquellas que promuevan el acceso temprano al Registro de todos aquellos procedimientos judiciales o administrativos por los que se revise la legalidad del acto administrativo de naturaleza urbanística que aprobó o autorizó

(7) El contenido del presente epígrafe carece, a la fecha de su publicación, de vigencia, toda vez que el contenido de alguna de tales propuestas ha quedado recogido en el 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, publicado en el *BOE* de 7 de julio de 2011, fecha en que el presente trabajo había sido ya entregado para su publicación.

la situación jurídica sobre la que recaigan los derechos reales inscritos, a fin de evitar la discordancia resultante de la existencia simultánea de una apariencia registral de legalidad y de un procedimiento extrarregistral de revisión de dicha legalidad.

Así, sobre la base de lo dicho, cabría realizar las siguientes propuestas:

1. Profundizar en la regulación y desarrollo de procedimientos de conexión y comunicación entre los Registros de la Propiedad y las Administraciones con competencias urbanísticas, en términos análogos a los previstos en los artículos 79 del Real Decreto 1093/97, 250.3 del Decreto 305/2006 y 28.3 del Decreto 6/2010, antes estudiados, de tal forma que:
 - a) por un lado, los registradores puedan poner sus dudas acerca de la legalidad del acto en conocimiento de la Administración con competencia para revisarlo y para interponer contra él recurso contencioso administrativo;
 - b) por otro, se excite el celo de tales administraciones en el ejercicio de sus competencias de policía y revisión.

A tal fin, cabe proponer extender el sistema de comunicación previsto en el Decreto andaluz 6/2010 a todo caso en que se pretenda la inscripción de actos acerca de cuya legalidad urbanística el registrador pueda albergar dudas, sobre la base de las siguientes ideas:

- i) Introducir su regulación en una norma de ámbito estatal (8).

(8) El 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, en el que se da nueva redacción al artículo 51 del Texto Refundido de la Ley de Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, y se introduce un número segundo cuyo párrafo primero tiene la siguiente redacción: «*Inscrita la parcelación o reparcelación de fincas, la declaración de nuevas construcciones o la constitución de regímenes de propiedad horizontal, o inscritos, en su caso, los conjuntos inmobiliarios, el Registrador de la Propiedad notificará a la Comunidad Autónoma competente la realización de las inscripciones correspondientes, con los datos resultantes del Registro. A la comunicación, de la que se dejará constancia por nota al margen de las inscripciones correspondientes, se acompañará certificación de las operaciones realizadas y de la autorización administrativa que se incorpore o acompañe al título inscrito*».

Por tanto, y a nuestro juicio, la postura del legislador en esta reciente disposición confirma la necesidad de respetar el ámbito competencial de las diversas Administraciones involucradas en la configuración y tráfico de los derechos de propiedad sobre situaciones jurídicas cuya creación resulte de actos habilitadores que garanticen su adecuación a la legalidad urbanística, y al mismo tiempo reforzar la coordinación entre ellas, a través de un intercambio recíproco de información que produzca un doble efecto: por un lado, evitar la creación, por el Registro

- ii) Establecer que el desarrollo del procedimiento no impida la inscripción, toda vez que la Administración autonómica a la que se notifique, en caso de que considere que el acto inscrito es contrario al planeamiento o a la norma de ordenación urbana, podrá acudir a los tribunales de lo contencioso y pedir anotación preventiva de la interposición del recurso y de su demanda. A nuestro juicio, no procede, existiendo un acto administrativo que autoriza o aprueba el acto inscribible, de conformidad con la ley, sujetar su inscripción a la previa manifestación favorable de otra Administración, pues esta puede tener competencias de fiscalización y policía, mas no de revisión de la validez del acto, que recaerán siempre en los órganos jurisdiccionales.
2. Promover la constancia registral temprana de las actuaciones administrativas y judiciales que tengan por objeto revisar la legalidad de actos administrativos de naturaleza urbanística. Cabría pensar en sistema de notas marginales para hacer constar la decisión de una Administración de interponer recurso contencioso-administrativo contra actos de otra Administración, o para hacer constar la incoación de expedientes administrativos de revisión de la legalidad del acto previo (9).

de la Propiedad, de apariencias «engañosas» de legalidad urbanística, sin con ello paralizar el tráfico jurídico inmobiliario y, por otro, evitar la pasividad de la administración que ejerce las funciones de policía urbanística y los perjuicios que de tal pasividad pueden resultar.

(9) En la misma línea, enderezada a reforzar la coordinación entre el contenido del Registro de la Propiedad y las medidas de carácter administrativo que tienen por objeto el mantenimiento o reestablecimiento de la legalidad urbanística, el Real Decreto-ley 8/2001, da carácter obligatorio a la anotación preventiva de incoación de expedientes de disciplina urbanística que afecten a actuaciones por virtud de las cuales se lleve a cabo la creación de nuevas fincas registrales por vía de parcelación, reparcelación en cualquiera de sus modalidades, declaración de obra nueva o constitución de régimen de propiedad horizontal, de tal forma que la Administración que no interese su extensión responderá de los daños y perjuicios que, por su omisión, se puedan generar a adquirentes de buena fe. Así, el Real Decreto-ley citado da nueva redacción al artículo 51.1.c) del Texto Refundido de la Ley de Suelo, introduciendo un párrafo segundo conforme al cual: «En todo caso, la incoación de expedientes de disciplina urbanística que afecten a actuaciones por virtud de las cuales se lleve a cabo la creación de nuevas fincas registrales por vía de parcelación, reparcelación en cualquiera de sus modalidades, declaración de obra nueva o constitución de régimen de propiedad horizontal, la Administración estará obligada a acordar la práctica en el Registro de la Propiedad de la anotación preventiva a que se refiere el artículo 53.2 de la Ley de Suelo». Se introduce igualmente un párrafo segundo en el número 2 del artículo 51, conforme al cual: «La omisión de la resolución por la que se acuerde la práctica de la anotación preventiva a que hace referencia el apartado 1, letra c), segundo párrafo, dará lugar a la responsabilidad de la Administración competente en el caso de que se produzcan perjuicios económicos al adquirente de buena fe de la finca afectada por el expediente. En tal caso, la citada Administración deberá indemnizar al adquirente de buena fe los daños y perjuicios causados».

3. Reforzar el sistema de bases gráficas registrales, de tal forma que resulte más fácil a los registradores identificar la posición de las fincas registrales respecto de las delimitaciones urbanísticas del territorio, y con ello, determinar su estatuto jurídico urbanístico, en función de la clasificación y calificación del suelo sobre el que se extienden (10).
4. Facilitar el conocimiento por los registradores del planeamiento urbanístico, reforzando a tal efecto la comunicación con la Administración competente para su aprobación, así como la constancia registral de sus determinaciones, en aquellos casos en que se refieran a fincas registrales identificables y se solicite de forma expresa.

Se trata, en definitiva, de avanzar en la implantación del, a nuestro juicio, principio básico de actuación conjunta y coordinada entre las instituciones a las que la ley atribuye, por un lado, la competencia de garantizar la adecuación a la ley de los actos de transformación urbanística y, por otro, de garantizar la existencia y validez de los derechos de propiedad inmobiliaria cuyo contenido atribuye a sus titulares facultades de uso y transformación de suelo.

El fomento de la constancia registral de los expedientes de disciplina urbanística favorece, sin duda, la coordinación entre las medidas de mantenimiento y reestablecimiento de la legalidad urbanística y el contenido del Registro de la Propiedad, pero no actúa de forma directa sobre el problema derivado de la posible inscripción de actos de naturaleza urbanística cuyos títulos administrativos habilitadores puedan padecer vicios que determinen su nulidad, y ello en la medida en que las anotaciones preventivas de expedientes de disciplina urbanística publican expedientes administrativos de carácter generalmente local, incoados por razón de la existencia de actuaciones carentes de licencia o de otro título habilitador o en cuya ejecución se contraviene el contenido de la licencia dada. Frente a ello, el supuesto que aquí nos ocupa es aquel en el que el acto de naturaleza urbanística que se inscribe está autorizado o aprobado por la Administración local y ejecutado de conformidad con las prescripciones establecidas en el título habilitante, y este, posteriormente, resulta declarado nulo, bien en virtud de un procedimiento administrativo de carácter revisor, bien en virtud de su posterior anulación judicial.

(10) En este punto es importante el reconocimiento de la importancia de las bases gráficas registrales que lleva a cabo la Disposición Final decimoctava de la Ley de Economía Sostenible 2/2011, de 4 de marzo, al dar nueva redacción a los artículos 18.3 y 33 del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, reconociendo la posibilidad de que tales bases puedan ser utilizadas para la rectificación de la descripción de los inmuebles catastrales por el procedimiento de rectificación por ajustes cartográficos.

La necesidad de tal identificación geográfica de las fincas registrales se hace más evidente tras el Real Decreto-ley 8/2001, de 1 de julio, *BOE* de 7 de julio, en la medida en que su artículo 24.2, al regular la inscripción de declaraciones de obra nueva de edificaciones «antiguas», o consolidadas por el transcurso de los plazos de prescripción de las acciones que permitirían su demolición, establece que el registrador comprobará, entre otros extremos, que el suelo sobre el que se declara la obra no tiene carácter demanial, ni está afectado por servidumbres de uso público, lo cual exige poder localizar en la realidad física la finca registral, sobre todo en los numerosos casos en los que el dominio público no consta inscrito en el Registro de la Propiedad, no obstante la obligación establecida por el artículo 36 de la Ley 33/2003 de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

RESUMEN

CALIFICACIÓN
ACTOS ADMINISTRATIVOS
URBANISMO

El control de legalidad de los actos administrativos de naturaleza urbanística inscribibles en el Registro de la Propiedad es materia de extraordinaria relevancia, sobre todo dada la proliferación de resoluciones judiciales declarativas de la ilicitud de tales actos, y cuya ejecución, dirigida al reestablecimiento de la legalidad, puede provocar la desaparición del objeto inmobiliario de derechos de propiedad inscritos. Al considerar cual ha de ser la extensión con la que la calificación registral entrará a examinar la concurrencia de los requisitos de validez de tales actos administrativos, se plantea la cuestión de si debe entrar en la adecuación de la decisión administrativa a lo establecido en la norma de planeamiento y a la de esta, a su vez, a la de planeamiento general y a la ley, o si, por el contrario, la revisión de tal adecuación es competencia judicial y en ella no debe entrar la calificación registral. A partir de la crítica a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 19 de mayo de 2011, se procede a considerar los diversos medios previstos por el legislador para evitar el acceso al Registro de la Propiedad de situaciones jurídico urbanísticas claudicantes y se proponen reformas que, sin alterar la competencia básica de registradores, administración y jueces, logren un suficiente y tempestivo control de legalidad de la actividad administrativa inscribible en materia urbanística.

VOCES: Calificación, actos administrativos, urbanismo.

ABSTRACT

LAND REGISTRAR'S CONTROL OF
LEGALITY
PUBLIC ADMINISTRATION ACTIVITY
URBAN DEVELOPMENT

The control of the legality of administrative acts of urban nature, registrable in the Land Registry, is a matter of extraordinary importance, especially given the proliferation of judgments declaring the illegality of such acts. The execution of those judgements, led to the restoration of legality, may cause the disappearance of the real estate property rights registered. When considering what should be the extent to those administrative acts of the registrar's control of legality, we may consider either that the registrar shall examine the existence of the conditions of validity of such administrative action, and the adequacy of the administrative decision as provided in the land planning and of this, to the general planning and the law or, on the contrary, that the review of such adequacy should be done by the administrative courts. Starting out from the criticism of the Resolution of the General Direction of Land Registries and Public Notaries, dated May 19, 2011, we proceed to consider the various means provided by the law to prevent access to the Land Registry of ilegal situations and we propose reforms that, without altering the core competence of registration, administration and judges, may allow us to achieve a sufficient and timely review of registrable administrative activity.

KEYWORDS: Land Registrar's control of legality. Public Administration activity. Urban Development.

(Trabajo recibido el 20-6-2011 y aceptado para su publicación el 15-9-2011)

Interpretación de testamento y comentario a la sentencia de 27 de abril de 2010

por

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA

*Doctora en Derecho. Abogada especializada en Derecho de Sucesiones
Profesora de Derecho de Familia y Sucesiones*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN AL TEMA.
- II. LA INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO: FACTORES FUNDAMENTALES.
- III. NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

I. INTRODUCCIÓN AL TEMA

La problemática que genera la interpretación de los testamentos es, sin lugar a dudas, uno de los temas más apasionantes y polémicos que plantea el Derecho de Sucesiones. No es una cuestión baladí, pero hay que tener en cuenta que nuestro Código Civil tan solo dedica a este complejo tema un precepto, el artículo 675, que establece lo siguiente: «toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento».

Hasta aquí el contenido, escueto, parco, del citado precepto civil. Con motivo de una interesantísima sentencia dictada por nuestro Tribunal Constitucional, Sala 1.^a, en fecha 27 de abril de 2010, voy a analizar la problemática que plantea

este tema, aportando, en primer lugar, algunas ideas sobre la interpretación del negocio testamentario.

II. LA INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO: FACTORES FUNDAMENTALES

Lo primero que hay que decir es que toda declaración de voluntad expresa y mediante palabras, tal como lo es el testamento, precisa, lógicamente, de una interpretación. Esta interpretación, en determinados supuestos, se limitará a señalar la coincidencia entre el claro sentido aparente y el real. Pero, en otros supuestos —frecuentes en la práctica—, descubrirá un sentido real distinto del aparente; y, en algunos casos, completará la expresión insuficientemente desarrollada en su tenor literal, o bien la hará valer frente a nuevas e imprevistas situaciones en él.

Siendo el testamento un negocio jurídico y constituyendo la esencia del mismo la declaración de voluntad de su autor, la interpretación del testamento tiene la misma finalidad que la interpretación del negocio jurídico en general, cual es la búsqueda del sentido o intención de la voluntad del testador, manifestada en las diversas cláusulas que constituyen un testamento. Como expresaba Eduardo SERRANO ALONSO: fijar el alcance de la voluntad del testador supone delimitar su contenido y concretar los términos de su ejecución, sin que, en principio, la labor de depuración del texto a interpretar difiera de la interpretación de los negocios jurídicos en general.

Hay veces en las que la labor de interpretación se complica por las especiales circunstancias que configuran el carácter negocial del testamento, como son su carácter unilateral —es solo una la voluntad que hay que interpretar, porque es una sola persona la que emite una declaración de voluntad— y el hecho de ser un negocio *mortis causa*, cuya eficacia va a operar a partir del fallecimiento del testador, lo que impide contar con su concurso para apreciar el alcance de su propia voluntad.

Hay que tener en cuenta, además, que el testamento, por lo general, es fruto de una decisión íntima, reservada —cabría incluso denominar «secreta»— del causante, que, por lo general, no va acompañada de signos externos del propio testador, ni de la intervención de terceras personas que pudieran completar, o complementar, la voluntad del causante.

El intérprete ha de analizar, por tanto, como materia prima de su actividad, unas palabras —unas frases—, que, por hipótesis, componen una disposición *mortis causa*. La primera fase de su labor interpretativa consiste en averiguar el contenido ideológico de esas palabras escritas en el testamento, y todo ello según la mente del testador o, cabría decir más correctamente, en función de la voluntad, libre y soberana, del testador.

JORDANO afirmaba que, a consecuencia del carácter formal y personalísimo de la declaración testamentaria, según los artículos 687 y 670 de nuestro Código Civil, al intérprete le está vedado adicionar o completar el contexto del testamento. En definitiva, el intérprete no puede forjar una disposición nueva, si el testador no la ha formulado, aunque quisiera formularla, y aunque no hubiere la menor duda sobre cuál hubiera sido su tenor de haberla formulado.

Una vez hechas estas premisas y consideraciones previas, voy a entrar en el análisis de una interesantísima sentencia dictada por nuestro Tribunal Constitucional el 27 de abril de 2010, ya que incide claramente en las normas que regulan la interpretación de los testamentos.

Voy a centrarme en los Hechos que fundamentaron, más tarde, los Fundamentos de Derecho: en el año 1927 se otorgó testamento por un señor que falleció posteriormente en el año 1945, en el que dispuso una sustitución fideicomisaria condicional a favor de sus cinco hijos, si *sine liberis decceserit*. La disposición testamentaria establecía, literalmente, lo siguiente: «Y de todos sus bienes restantes —cláusula séptima—, muebles e inmuebles, derechos, créditos y acciones presentes y futuros, instituye heredero universal a su hijo don José Antonio, quien podrá disponer libremente de los bienes de la herencia cuando tenga algún hijo o hija que haya llegado a la pubertad; y en caso contrario solo podrá disponer de la cantidad de siete mil pesetas que le servirán de pago de su porción legitimaria; y para después de su muerte sin hijos, le sustituyen sus hermanos don Arcadio, don Ramón, don Antonio y don Juan, no a todos juntos, sino el uno después del otro por el orden indicado y con la misma condición impuesta al primer instituido; advirtiéndole que, si al tener efecto alguna de tales instituciones, hubiese fallecido el sustituto y dejado algún hijo legítimo que entonces o después llegue a la edad de testar, quiere que estos sucedan en lugar de su padre premuerto en el modo en que resultan instituidos, y a falta de disposición observarán el mismo modo de suceder que el testador establece aquí para sus hijos».

El heredero instituido en primer lugar falleció soltero y sin hijos en 1997. El segundo instituido había premuerto al testador en 1940, también soltero y sin descendencia. El llamado en tercer lugar había fallecido en 1995, con anterioridad al primer instituido, pero había dejado dos hijas adoptivas que ya habían alcanzado la edad de testar, por lo que acudieron ante Notario a otorgar escritura en la que, acreditando los hechos que se dejan expuestos, se adjudicaban, por mitad, dos fincas rústicas que constituían el objeto de la herencia fideicomitida.

Presentada la escritura ante el Registro de la Propiedad, el Registrador denegó la práctica del asiento porque, al ser las otorgantes de la escritura de adjudicación de herencia que se pretendía inscribir hijas adoptivas del hijo llamado en tercer lugar, a juicio del Registrador, no podrían ser consideradas hijas legítimas, tal y como disponía el testador. Mientras tanto, el instituido en cuarto lugar había obtenido la inscripción a su favor en el Registro de la Propiedad de las dos fincas que constituían la herencia fideicomitida.

La demanda fue desestimada íntegramente por sentencia de 15 de septiembre de 2000, del Juzgado de Primera Instancia de Villafranca de Penedés y posteriormente confirmada en apelación por sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 2 de abril de 2003, siendo coincidente, en lo esencial, los razonamientos empleados por ambas resoluciones para desestimar la demanda, consistentes en entender que las demandantes, por su condición de hijas adoptivas, no cumplían la condición de ser hijas legítimas establecida en el testamento, de modo que se debía proceder al llamamiento del cuarto sustituto designado por el testador, que fue quien obtuvo la inscripción registral de las fincas fideicomitidas.

Contra la sentencia de la Audiencia Provincial las demandantes interpusieron recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el que alegaban, entre otros motivos, la vulneración del artículo 14 de la Constitución, vigente en el año 1997 —que consagra el principio de igualdad— cuando se produjo el fallecimiento del instituido en primer lugar como heredero fiduciario. El recurso fue desestimado por sentencia de 22 de enero de 2004, al entender la Sala que, en materia de sucesión testamentaria, la voluntad del testador es la ley que ha de regir la sucesión y que, en este caso, no era posible distinguir entre una sustitución fideicomisaria regida por la voluntad del testador y una sustitución vulgar en la que, por haberse producido el hecho que desencadena la sustitución en un momento en el que se encontraban legalmente equiparados los hijos adoptivos a los llamados legítimos, aquellos no podrían ser excluidos de la herencia.

Las demandantes formularon recurso de amparo, que fue estimado por el Tribunal Constitucional, reconociendo su derecho fundamental a la igualdad y a no ser discriminadas por razón de nacimiento, que proclama el artículo 14 de la Constitución, en relación con lo dispuesto en el artículo 39.2 del mismo Texto Fundamental, que proclama que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos, iguales estos ante la Ley con independencia de su filiación.

Voy a detenerme en el análisis de los motivos del recurso de amparo. Las recurrentes adujeron que la sentencia impugnada había vulnerado su derecho a la igualdad, derecho que proclama el artículo 14 de nuestra Constitución, al ser este un precepto que se encontraba vigente en el momento de producirse el llamamiento de los sucesivos herederos tras el fallecimiento, sin descendencia, del instituido heredero fiduciario en primer lugar —fallecimiento que se había producido en 1997—. Es interesante poner de relieve que la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña había entendido que la expresión «hijos legítimos», que había sido empleada por el testador al tiempo del otorgamiento del testamento, es decir, en una fecha tan remota como lo es 1927, había de ser interpretada en dicho contexto cronológico, o bien en el momento del fallecimiento del causante, que tuvo lugar en 1945. De este modo, con arreglo a esta interpretación, la expresión «hijos legítimos» no comprendería a los hijos

adoptivos, no estarían los hijos adoptivos incluidos en ella. Sin embargo, entendían las demandantes que la interpretación de esta noción debía llevarse a cabo al tiempo del fallecimiento, sin hijos, del primer instituido, que es lo que desencadena el mecanismo sustitutorio establecido en el testamento, momento en el que ha de examinarse la idoneidad de las demandantes de amparo para entrar en la herencia de su abuelo como sustitutas vulgares de su padre fallecido, procediendo, en este sentido, llevar a cabo una interpretación de la cláusula testamentaria conforme a los principios constitucionales vigentes. El Tribunal Constitucional razonó en el sentido de estimar que la sentencia impugnada, al mantener que los hijos adoptivos no pueden ser considerados hijos legítimos, había creado una discriminación por razón de nacimiento, no justificada de manera objetiva y razonable, que no solo habría vulnerado el artículo 14 de la Constitución, sino también el artículo 39.2 del citado Texto Fundamental, al establecer este último precepto la igualdad de los hijos ante la Ley con independencia de su filiación.

Me interesa hacer un breve análisis de las alegaciones que efectuaron los otros herederos, que entendieron que era plenamente aplicable al supuesto enjuiciado el Auto del Tribunal Constitucional 22/1992, de 27 de enero, que abocó a la desestimación de la demanda porque, tanto la fecha de otorgamiento del testamento —1927—, como en la de fallecimiento del causante fideicomitente —1945—, que produce la apertura de la sucesión, eran, entonces, muy anteriores a la promulgación de la Constitución de 1978, por lo que habrían de considerarse inaplicables al caso los preceptos y principios constitucionales invocados, al no estar vigentes en ese momento, debiendo ajustarse la interpretación de la voluntad testamentaria al momento histórico en que se otorgó el testamento.

A mi juicio, la problemática planteada se reducía a una cuestión de interpretación del testamento y, en concreto, como en cualquier otro testamento, de interpretación de cuál fue la voluntad del causante al realizar el negocio testamentario. Aquí radica, desde mi punto de vista, el nudo principal de la cuestión debatida. En este sentido, si me detengo en el análisis de la interpretación del testamento por medios intrínsecos, hay que resaltar que el elemento fundamental para conocer la voluntad del testador es el propio tenor del testamento, al cual hay que atenerse cuando falta razón válida para dudar de su significado. Una antigua sentencia, de 3 de junio de 1942, declaró que «cuando el texto de las cláusulas testamentarias sea claro y expresivo, de suerte que baste la simple lectura para colegir por modo inequívoco el propósito e intención del testador, habrá el Juzgador de atenerse a ese literal contexto».

Otra importante sentencia, por lo que al tema que estoy analizando respecta, fue la dictada el 28 de junio de 1947, a propósito de las expresiones jurídicas —en el supuesto objeto de estudio, la expresión del testador fue la siguiente: «hijos legítimos»—, declaraba, con un criterio que algún sector doctrinal tachó de excesivamente estricto, que, tratándose de palabras con significación definida

en las leyes, había que estar al sentido legal, y no al vulgar, a menos que conste que se emplearon en sentido estricto. Hay que suponer que en tal caso la prueba contraria se admitirá con facilidad, porque el testador no es un jurista, aunque suele estar asesorado por persona experta en Derecho, y persigue, con sus disposiciones, un efecto práctico, debiendo el oponente probar, en este supuesto, cuál era el intento que la cláusula testamentaria quería traducir a la realidad.

Sin embargo, en determinados supuestos, el intérprete ha de apartarse del sentido literal. Así, la sentencia de 19 de noviembre de 1964 estimó que, cuando se descubre, de modo evidente, la disparidad entre la intención del otorgante y las palabras reales empleadas para expresarla, habrá que apartarse de la interpretación literal. Siguiendo en esta línea, la sentencia de 5 de marzo de 1944, dictada por nuestro Tribunal Supremo, declaró que «toda interpretación y, por consiguiente, tanto de las normas como de los negocios jurídicos, al ir dirigida a indagar el significado efectivo y el alcance de una manifestación de voluntad, exige, fundamentalmente, captar el elemento espiritual, la voluntad e intención de los sujetos declarantes contenidas en la Ley o en el acto jurídico, sin limitarse al sentido aparente e inmediato que resulte de las palabras». Esta tesis alcanza especial relieve y aplicación cuando se trata de declaraciones de voluntad no recepticias, como lo es el testamento, y está sustancialmente acogida por el artículo 675 de nuestro Código Civil. Añade esta importantísima sentencia que «los elementos llamados gramatical, lógico y sistemático no pueden aislarse unos de otros ni ser escalonados como categorías o especies diversas de interpretación, pues no son más que medios los instrumentos que el intérprete ha de poner en juego dentro de un proceso interpretativo unitario».

Hay que resaltar, asimismo, que el artículo 675 del Código Civil no impone un orden de prelación para el uso de los diversos criterios interpretativos, en el sentido de que, para determinar si hay una clara voluntad del testador que obligue a no dar a las palabras de este un sentido literal, o para apreciar, en otro caso, si hay, cuanto menos, motivos de duda a este respecto, no se excluyen necesariamente otros criterios interpretativos, debiendo utilizarse, conjunta y combinadamente, todos los instrumentos de interpretación al alcance. En este sentido se decantó también la sentencia de 4 de mayo de 1966.

Es importante constatar, con relación a la interpretación del testamento que estoy analizando, que las palabras del testador, como puso de relieve LACRUZ BERDEJO, han de ser interpretadas con arreglo a su propio lenguaje. Así lo estimó la sentencia de 6 de febrero de 1958: «la interpretación de los negocios jurídicos *mortis causa* ha de hacerse en función subjetiva de la voluntad del causante, que es la que da vida al actor en sus consecuencias jurídicas ulteriores al óbito, voluntad manifiesta en signos o palabras escritas, o simplemente pronunciadas en determinados casos de excepción que, en general, responden a la intención de aquel, indagada por el intérprete a través del elemento gramatical conocido, no según el lenguaje ordinario de la comunidad en el sector social en

que se halla nucleado el agente, sino en el propio y peculiar de este al referirse concretamente a sus bienes y derechos en la vida de relación, ya que en otro supuesto podría incidir el Juzgador en la grave falta de sustituir la voluntad real con otra no conocida con exactitud». Y la sentencia de 3 de junio de 1942 se refiere a dar a las palabras el sentido que sea más conforme con la situación, ideas y hábitos del testador.

Cuando las palabras son claras, pero de sentido discutible en el caso concreto, junto al elemento gramatical habrá que tener en cuenta el intérprete los elementos lógico y sistemático, apreciando en su conjunto las declaraciones testamentarias, intentando armonizar el posible contenido de todas, tal como declararon las sentencias de 23 de octubre de 1925, 6 de mayo de 1944, 3 de enero de 1961 y 29 de octubre de 1968.

En realidad, de lo que se trata es de averiguar cuál fue la voluntad del causante en su día, es decir, cuando redactó su testamento y, desde luego, para llevar a cabo esta labor interpretativa, no hay que tener en cuenta al destinatario, o destinatarios, de la declaración *mortis causa*. Lo esencial es, por tanto, la propia voluntad del testador, lo que perseguía, en definitiva, al hacer testamento, es decir, los efectos que su declaración iban a tener en el futuro, una vez fallecido este.

Por lo que respecta a los medios de prueba extrínsecos, hay que resaltar que su empleo ha dado lugar a cierta polémica doctrinal, en el sentido de que algunos autores, como OSSORIO MORALES, han pretendido excluir, en la interpretación de testamentos, la posibilidad de incluir elementos extraños al mismo. Lo que, en realidad, pretenden estos autores es impedir que se acepte, como última voluntad, la que no se halla declarada en el instrumento. Pero, en la actualidad, nadie duda de la posibilidad de explicar las disposiciones testamentarias con ayuda de los actos del testador, sean estos anteriores, sean coetáneos, sean posteriores al otorgamiento. Es en este sentido como hay que admitir el recurso a circunstancias externas al testamento, tal como puso de relieve nuestra doctrina jurisprudencial en las carismáticas sentencias de 6 de noviembre de 1962 y 8 de julio de 1940. Efectivamente, se deben apreciar todas las circunstancias del caso, para dar a las palabras el sentido que sea conforme a la situación, ideas y hábitos del testador, según la sentencia de 3 de junio de 1942.

JORDANO aseguraba que el carácter formal del testamento no impedía el recurso a los denominados medios de prueba extrínsecos, sino que provocaba la irrelevancia, en sede interpretativa, de una voluntad totalmente inexpressada o inconciliable con la declaración testamentaria. La realidad es que no impone el legislador ninguna restricción por lo que respecta a los medios utilizados para indagar la voluntad real del testador, y donde la ley no distingue, nosotros no debemos distinguir.

Por lo que respecta a la sentencia objeto de estudio, es interesante destacar las alegaciones que realizaron los herederos, centradas o enfocadas en abocar

a la desestimación de la demanda porque, tanto la fecha de otorgamiento del testamento —1927—, cuanto la fecha del fallecimiento del testador —1945—, que produjo la apertura de la sucesión, eran muy anteriores a la fecha de promulgación de la Constitución de 1978, por lo que estimaban que habían de considerarse inaplicables al caso los preceptos y principios constitucionales invocados, al no estar vigentes en esos momentos, debiendo ajustarse la interpretación del testamento o de la voluntad testamentaria al momento histórico en que el testamento fue otorgado.

También alegaron los herederos que la Constitución no ha derogado el principio de libertad de testar y que el principio de igualdad de los hijos con independencia de su filiación únicamente implica que los derechos que la Ley les otorga corresponden a todos los hijos por igual respecto de sus padres, pero no que el testador esté obligado a repartir su herencia en partes iguales entre todos sus hijos. En la medida en que las fincas fideicomitidas sobre las que versó el proceso judicial constituían la parte de libre disposición de dicha herencia, el testador fideicomitente habría obrado en el ejercicio legítimo de su derecho a la libertad de testar al llamar, como sustitutos vulgares de los fideicomisarios premuertos, a los hijos legítimos de estos.

El Tribunal Constitucional estimó el recurso de amparo interpuesto por las dos hijas adoptivas del tercer hijo instituido. Los razonamientos se fundamentaron en los siguientes que paso a examinar a continuación.

El principio de igualdad no prohíbe, según doctrina reiterada, cualquier tratamiento desigual, sino, específicamente, aquellas situaciones desiguales, o aquellas desigualdades que resultan artificiosas o injustificadas, al no venir fundadas en criterios razonables y objetivos, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados, o que, de otro lado, impliquen consecuencias jurídicas que no sean proporcionadas a la finalidad perseguida, generando, con ello, o a consecuencia de ello, resultados excesivamente gravosos o desmedidos. El principio de igualdad no solo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida, según una abundante doctrina jurisprudencial, que resumo en dos sentencias, para evitar la farragosidad: sentencias del Tribunal Constitucional de 16 de noviembre de 1998 y 22 de mayo de 2006.

A diferencia del derecho general a la igualdad, que no postula, ni como fin, ni como medio, la paridad, sino solo la razonabilidad del criterio que funda la diferencia de trato y la proporcionalidad de las consecuencias que de ella se derivan, la prohibición de discriminación por las causas específicas contenidas en el artículo 14 de la Constitución implica, por un lado, un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida según la Constitución, que impone, como fin, y, generalmente, como medio, la parificación, de manera que solo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación

jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad, según la sentencia de 10 de noviembre de 1988. En estos supuestos, la carga de demostrar el carácter justificado de la diferenciación recae sobre quien asume la defensa de la misma y se torna aún más rigurosa que en aquellos supuestos que quedan genéricamente dentro de la cláusula general de igualdad del artículo 14 de la Constitución, al venir dado el factor diferencial por uno de los típicos que el mencionado artículo 14 concreta para vetar que en ellos pueda basarse la diferenciación, como ocurre con el sexo, la raza, la religión, el nacimiento y las opiniones, tal como concretó la sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de octubre de 2001.

En el marco de la prohibición de discriminación del artículo 14 y, concretamente, en el ámbito de la no discriminación por razón del nacimiento, el Tribunal Constitucional ha encuadrado la igualdad entre las distintas clases o modalidades de filiación, de modo que estas deban entenderse absolutamente equiparadas. Asimismo, directamente conectado con el principio constitucional de no discriminación por razón de filiación, se encuentra el mandato constitucional que recoge el artículo 39.2 del Texto Fundamental, al obligar a los poderes públicos a asegurar la protección integral de los hijos, iguales estos ante la Ley, con independencia de su filiación, tal como declaró la sentencia 7/1994, de 17 de enero.

En consecuencia, a la vista de estos planteamientos, toda opción legislativa de protección de los hijos que quebrante, por sus contenidos, esa unidad, incurrir en una discriminación por razón de nacimiento, que el artículo 14 prohíbe expresamente, ya que la filiación no admite categorías jurídicas intermedias. En este sentido, hay que citar la sentencia 154/2006, de 22 de mayo, que subrayó la importancia de la interpretación sistemática de ambos preceptos constitucionales como consecuencia del principio de unidad de la Constitución.

Alude, también, la sentencia objeto de estudio a las consecuencias específicas que se derivan para los órganos judiciales en el sentido de no poder vulnerar el artículo 14 de la Constitución, por lo que las normas jurídicas han de ser aplicadas con un criterio interpretativo que evite tratos discriminatorios en relación con otras situaciones válidamente comparables. Cuando exista una alternativa de interpretación más conforme con la igualdad —como sucede en el caso de autos—, su no utilización equivale —o implica— una aplicación de la norma que el artículo 14 de la Constitución precisamente no consiente.

Ahora bien, aunque estas premisas son correctas y válidas desde el punto de vista jurídico, habría que centrarse —y enfocar el tema objeto de debate— en torno a la interpretación de la cláusula testamentaria dudosa, o sea, enfocar la polémica en relación con la dicción «hijos legítimos». Estamos, por tanto, ante una labor de interpretación que, a mi juicio, ha quedado relegada en aras del principio de igualdad proclamado en el artículo 14 de nuestra Constitución.

Estimo que la expresión que el testador empleó en su día, cuando redactó su testamento —«hijos legítimos»— no comprende, en su seno, a los hijos adoptados. Esto es algo evidente. Esa expresión no nos hace deducir, de forma inequívoca, que el testador hubiera querido incluir a los hijos adoptados, tal como se desprende, a mi juicio, con claridad, de la cláusula testamentaria. En consecuencia, hay que entender que el otorgamiento del recurso de amparo a las demandantes fue producto de la interpretación que hizo de esa expresión el órgano judicial. Es decir, el testador, con toda probabilidad —con seguridad, diría yo— no hubiera querido englobar, en dicha expresión, a los hijos adoptados. En consecuencia, la interpretación que el órgano judicial hace de esa expresión proviene directamente del arbitrio de este, arbitrio en función del cual los órganos judiciales podían realizar legítimamente interpretaciones diversas de la expresión «hijos legítimos».

Cabe preguntarse qué queda, en este supuesto, de la interpretación del testamento con arreglo al artículo 675 del Código Civil. La respuesta es que bien poco. Efectivamente, la expresión «hijos legítimos» —es la dicción que siembra las dudas, aunque, en realidad, esas dudas son más teóricas que prácticas— debería haberse interpretado de conformidad con el significado que tenía en el ámbito de la legislación vigente, es decir, cuando el testador redactó su testamento y lo otorgó o, en otro caso, en el momento del fallecimiento del causante. Precisamente fue este el criterio empleado por la sentencia objeto de impugnación, en cuanto dicha resolución citaba, a este respecto, a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, entendiendo que la voluntad del testador estaba clara tanto en su interpretación literal, como si la ponemos en relación con las disposiciones legales vigentes en el momento del otorgamiento del testamento, es decir, en el año 1927. Pero también estaba clara en el momento de la apertura de la sucesión, 1945. Por tanto, hay que deducir que la expresión «hijos legítimos» y, en concreto, el llamamiento que hace a favor de estos, solo comprendía a los hijos legítimos y a los legitimados por subsiguiente matrimonio. Pero nunca a los hijos naturales, ni a los hijos adoptivos.

Sin embargo, hay que subrayar que la condición correspondiente a la sustitución fideicomisaria se verificó con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución de 1978, de modo que pudiera entenderse —en función de otra interpretación, no literal, sino histórica— que la voluntad del testador expresada en el testamento debía ser interpretada de conformidad con la situación jurídica propia del momento en que ha de ejecutarse la sustitución. Precisamente fue esta la interpretación que preconizaron las demandantes de amparo. Sobre ello hay que decir que esta última interpretación fue acogida por nuestro Tribunal Supremo en diversos pronunciamientos. Así lo estimaron las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 28 de junio de 2002, 15 de diciembre de 2005 y 29 de septiembre de 2006. En función de estos planteamientos, sería lógico presumir que, a menos que en el testamento conste lo contrario de forma

inequívoca, no es la voluntad del testador establecer distinciones que resulten contrarias a los fundamentos del sistema jurídico vigente en el momento en que se cumple la condición y han de ser ejecutadas las correspondientes disposiciones testamentarias.

Cuando la interpretación del testamento lesiona el ámbito de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución —como sucede en el caso de autos en relación con la expresión empleada por el testador, «hijos legítimos»— le va a corresponder al Tribunal Constitucional revisar, en vía de amparo, la apreciación que de dicha expresión hayan realizado los órganos judiciales. Se entiende que los preceptos lesionados, en función de esta premisa, eran los artículos 14 y 39.2 del Texto Constitucional.

Habría que preguntarse quién ha creado un tratamiento jurídico discriminatorio a partir del criterio de filiación adoptiva. ¿Ha sido el testador, al redactar su testamento? Estimo que no, ya que, cuando otorgó testamento, en 1927, el legislador ni siquiera se había planteado la problemática jurídica que suscitan los tratamientos diferenciadores discriminatorios en relación con la filiación adoptiva, la legítima o la legitimada por subsiguiente matrimonio. Tampoco pudo suscitarse esta cuestión en 1945, cuando el testador falleció y se produjo la apertura de la sucesión. En consecuencia, han sido los órganos judiciales los causantes del trato discriminatorio, llegándose a este resultado por aplicación de la doctrina jurisprudencial, en virtud de la cual los órganos judiciales pueden vulnerar el artículo 14 de la Constitución cuando interpretan las normas jurídicas con un criterio que produzca el trato discriminatorio en relación con otras situaciones válidamente comparables, siempre que la norma a aplicar sea susceptible de distinta interpretación que, siendo admitida en Derecho, conduzca a eliminar la desigualdad injustificada que, en aquel caso, produce, lo cual supone que, si existe esa alternativa de interpretación más conforme con la igualdad, su no utilización equivale a una aplicación de la norma que el artículo 14 de la Constitución no consiente. Estos fueron los postulados contenidos en la doctrina de la sentencia del Tribunal Constitucional 34/2004, de 8 de marzo, y de la sentencia 154/2006, de 22 de mayo.

Como podemos observar, la problemática que pudiera suscitar el contenido de la disposición testamentaria debatida, la voluntad, soberana, del testador, y su posterior interpretación, para nada se va a tener en cuenta por el Tribunal Constitucional. Estamos, por tanto, ante una cuestión de carácter constitucional estrictamente, al margen, en consecuencia, de una cuestión de interpretación del testamento, de indagación en la verdadera voluntad del testador, porque estas últimas cuestiones no son objeto del recurso de amparo, ni han de ser tomadas en consideración a la hora de resolver dicho recurso.

Es evidente que, si hiciéramos una interpretación de la voluntad del testador —en función de la dicción empleada por este, «hijos legítimos»—, con las normas interpretativas de las que disponemos y con el artículo 675 de nuestro

Código Civil —que es bien parco, por otra parte, en la materia—, llegaríamos a la conclusión de que el testador no quiso, en dicha expresión, englobar o incluir a los hijos adoptivos. Esto es algo muy claro. Habría que recurrir a las reglas de interpretación del testamento para comprender hasta qué punto el alcance de la sentencia del Tribunal Constitucional se desvía de esas reglas, porque, en realidad, la función de dicho Tribunal viene sujeta a interpretar todas las normas de acuerdo con los principios de nuestra Constitución. No obstante conviene detenerse brevemente en las reglas de interpretación del testamento. Los medios de los que el intérprete dispone son los siguientes:

- a) El elemento gramatical, o análisis de los términos, o palabras, utilizadas por el testador, cuyo sentido deberá atender no solo al significado general de aquellos y de estas, sino también a las particularidades semánticas que habitualmente les atribuyera el causante.
- b) El medio o instrumento lógico. Este elemento implica la idea de permanencia del negocio testamentario o *favor testamenti*, en el sentido de que hay que entender que el testador quiso realmente testar y, en consecuencia, hay que buscar, siempre que sea posible, un sentido que permita sustentar la vigencia del testamento, principio que encuentra su apoyo en la aplicación analógica del artículo 1284 del Código Civil: «Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto».
- c) La interpretación sistemática, que supone considerar las diversas cláusulas, o disposiciones, de un testamento como integrantes de una unidad cuyo sentido se obtiene de la adecuada ordenación de las mismas, criterio que se sustenta según el artículo 1285 del Código Civil: «Las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas».
- d) El elemento objetivo en la interpretación. Esto quiere decir que se debe buscar el sentido de la declaración de voluntad conforme a lo que externamente aparece manifestado por el testador.
- e) El elemento subjetivo. Supone colocar en primer plano la intención o voluntad realmente querida por el declarante.

Como ya ha quedado expuesto anteriormente, el Código Civil ha optado por priorizar el elemento subjetivo, es decir, si existieran dudas acerca de lo que se manifiesta por el causante en su testamento, se estará a lo que resulte ser su verdadera voluntad, aunque esté en contradicción lo que externamente se manifiesta. Pero si no hay duda de que lo manifestado es lo que realmente quiere, se atenderá, como ha expresado Eduardo SERRANO ALONSO, a lo que se desprende de lo manifestado, y, solo cuando aparezca que la voluntad del testador es claramente contraria a lo que manifestó, podrá el intérprete proceder a integrarla con los medios interpretativos habituales.

Tal como ha quedado expuesto, el Tribunal Constitucional realizó una interpretación sistemática de diversos preceptos constitucionales: el artículo 14, el artículo 39.2, el artículo 10.2, y el artículo 14 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades públicas, instrumento internacional de conformidad con el cual es preciso interpretar los derechos y libertades proclamados por la Constitución, en función de lo dispuesto en el artículo 10.2 del Texto Constitucional.

Efectivamente, el Tribunal Constitucional, a partir de los razonamientos ya expuestos, concluyó que la sentencia impugnada, así como las pronunciadas en las instancias judiciales inferiores de las que aquella era confirmación, al tomar, como fundamento, de la desestimación de la pretensión procesal de las recurrentes su condición de hijas adoptivas del instituido sucesor fideicomisario, dispensaron a las demandantes un tratamiento discriminatorio que está prohibido constitucionalmente en virtud de lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución, precepto este que hay que interpretar, desde el punto de vista sistemático, en relación con el artículo 39.2 del propio Texto Fundamental.

Me interesa destacar el VOTO PARTICULAR formulado por el Magistrado Jorge RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ a esta sentencia. En este Voto Particular expresaba su disconformidad con la sentencia. Razonaba afirmando que, en principio, entendía la incidencia que, en la decisión de la Sala, había tenido la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recaída en el caso Pla y Puncernau c. Andorra, si bien no podía estimarse que fueran supuestos parejos. Estimaba RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ que, en nuestro Derecho interno, la cuestión relativa a la aplicación de las normas sobre la interpretación de los testamentos pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria, de modo que al Tribunal Constitucional no le corresponde revisar, en vía de amparo, la apreciación que de las mismas hayan realizado los órganos judiciales, a menos que sea dicha interpretación la que lesione el contenido de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución.

En este sentido, entendía que las prohibiciones de discriminación contenidas en el artículo 14 de la Constitución no se proyectan sobre los actos de liberalidad *inter vivos* o *mortis causa*. En nuestro Derecho civil sucesorio, tanto en el común cuanto en el foral, se confiere a la persona un amplio ámbito de libertad de disposición *mortis causa* sobre sus propios bienes, de modo que, respetando, en su caso, el régimen de legítimas, el causante puede disponer de ellos para después de su fallecimiento del modo que estime más conveniente, sin necesidad de ofrecer justificación sobre su decisión, ni de estar vinculado por las prohibiciones contempladas en el artículo 14 de la Constitución. Y, si esto es así, había que tener en cuenta que, en materia de interpretación de las disposiciones testamentarias, la única regla básica de nuestro Ordenamiento Jurídico era la indagación de la voluntad del testador, en función de lo dispuesto en el artículo 675 del Código Civil y 110 del Código de Sucesiones por causa

de muerte de Cataluña. Si, tras la oportuna labor exegética, el órgano judicial alcanzase la conclusión de que la voluntad del testador fue excluir de la herencia a los adoptados (o a cualquier otra categoría de personas), tal consecuencia no entra por sí misma en colisión con el artículo 14 de la Constitución, porque tanto ese resultado, como el contrario, son opciones igualmente válidas constitucional y legalmente, acordes con el ejercicio de la libertad de estar, y ante las cuales los poderes públicos han de mantenerse neutrales.

Por todo ello, razona RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ que, solo si la interpretación que el órgano judicial realizase de la cláusula testamentaria pudiera conceptuarse —conforme a reiterado canon de control— como arbitraria, irrazonable o incurra en error fáctico, habría de ser calificada por la resolución judicial como contraria, ante todo, al artículo 24.1 de la Constitución.

Este es el planteamiento que lleva a cabo en discrepancia a la sentencia objeto de análisis el magistrado RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, planteamiento que es absolutamente coherente y respetuoso con la libertad de testar que toda persona a la que se repute capaz de hacer testamento debería tener.

Estimo que el derecho a la libertad de testar, que quedaría englobado, o enmarcado, desde un punto de vista sistemático, en los artículos 9.2 y 10.1 del Texto Constitucional, del que toda persona capaz debe gozar, quedó, en este supuesto, relegado, en aras del principio de igualdad —art. 14 de la Constitución—, y del artículo 39.2 del citado Texto Fundamental, así como relegadas quedaron igualmente las reglas o normas de interpretación de testamento contenidas en nuestro Código Civil.

III. NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

JORDANO BAREA, José: *Interpretación de testamento*, Barcelona, 1958.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, Editorial Bosch, Barcelona, 1982.

OSSORIO MORALES: *Manual de Sucesión Testada*, 1957.

SERRANO ALONSO, Eduardo: *Manual de Derecho de Sucesiones*, Editorial McGraw Hill, Madrid, 1997.

RESUMEN

TESTAMENTO. INTERPRETACIÓN IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN

La problemática que plantea el tema de interpretación de testamentos es, sin duda, una de las más apasionantes que el

ABSTRACT

WILL. INTERPRETATION EQUALITY. DISCRIMINATION

The problem raised by the issue of will interpretation is certainly one of the most thrilling that the law of successions poses.

derecho de sucesiones tiene planteadas. En este trabajo, se trata acerca de la interpretación de un testamento que había sido otorgado en la década de los años veinte del siglo XX, produciéndose la apertura de la sucesión años más tarde, en 1945, y originando una polémica importante una expresión que figuraba en el testamento, «hijos legítimos».

El Tribunal Constitucional, ya que la cuestión llegó al recurso de amparo por las demandantes que se consideraban discriminadas, al ser hijas adoptivas, estimó que la interpretación del testamento quedaba fuera del debate, centrándose, en cambio, en el artículo 14 de la Constitución, que consagra el principio de igualdad de todos ante la ley.

La sentencia, desde mi punto de vista, es polémica, porque prescinde de todo tipo de interpretación de esa cláusula testamentaria, con la dicción «hijos legítimos», otorgando el amparo a las solicitantes y prescindiendo de la voluntad, soberana, del testador; que debería ser la ley de la sucesión, pero que, en este supuesto, no lo fue.

This paper deals with the interpretation of a will made in the 1920s, causing succession to be opened years later, in 1945, when an expression stated in the will, «legitimate issue», set off a major dispute.

The matter went all the way to the Constitutional Court in an appeal for protection of civil rights; the appellants considered they had been discriminated against because they were adopted daughters. The Constitutional Court ruled that the interpretation of the will was not a matter for discussion and focused instead on article 14 of the Constitution, which establishes the rule that all are equal in the eyes of the law.

From the viewpoint of the author of this paper, the ruling is polemic, because it rules out any kind of interpretation whatsoever of the testamentary clause containing the phrase «legitimate issue», finds for the appellants and ignores the sovereign will of the testator, which should have been heeded under the law of succession but in this case was not.

(Trabajo recibido el 8-2-2011 y aceptado para su publicación el 15-9-2012)

DERECHO COMPARADO

El *fallimento post mortem* y la separación de patrimonios en el ordenamiento italiano (*)

por

FÁTIMA YÁÑEZ VIVERO

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil UNED

SUMARIO

- I. LA REGULACIÓN DE LA QUIEBRA *POST MORTEM* EN ALGUNOS ORDENAMIENTOS EUROPEOS Y EL REGLAMENTO CE, DE 29 DE MAYO DE 2000, SOBRE INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA.
- II. LA DECLARACIÓN DE QUIEBRA DE UN EMPRESARIO FALLECIDO EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO: EL *FALLIMENTO POST MORTEM*:
 1. REGULACIÓN VIGENTE Y ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.
 2. PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA CUESTIÓN ANTE LAS DIFERENTES SITUACIONES FÁCTICAS: INSOLVENCIA DEL CAUSANTE *VERSUS* INSOLVENCIA DEL HEREDERO.
 3. PRESUPUESTO OBJETIVO: LA INSOLVENCIA POSTERIOR A LA MUERTE.
 4. TÉRMINO EN EL QUE SE PUEDE DECLARAR LA QUIEBRA DE UN EMPRESARIO YA FALLECIDO.
 5. LEGITIMACIÓN PARA SOLICITAR LA QUIEBRA DEL EMPRESARIO FALLECIDO:

(*) Este trabajo se integra en el marco del Proyecto de Investigación I+D+i (Referencia DER2009-10387), titulado «Los problemas de la aplicación de la Ley Concursal», concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2010 y el 31 de diciembre de 2012 y cuyo Investigador Principal es el Profesor Emilio BELTRÁN SÁNCHEZ.

La búsqueda y análisis preliminar del material bibliográfico se realizó en el mes de julio de 2010, en la *Facoltà di Economia* y en la *Facoltà di Giurisprudenza* de la *Università di Siena* (Italia). Agradecemos, en especial, a Angelo BARBA, Profesor Ordinario de Derecho Privado en Siena, y a Virginia ZAMBRANO, Profesora Ordinaria de Derecho Privado Comparado en Salerno, la ayuda proporcionada a lo largo de este periodo.

- 5.1. *¿Quiénes pueden solicitar la declaración de quiebra de un empresario fallecido?*
 - 5.2. *La prohibición del heredero que haya aceptado pura y simplemente solicitar la quiebra de su causante.*
 6. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE QUIEBRA DEL EMPRESARIO FALLECIDO:
 - 6.1. *La separación del patrimonio hereditario como principal efecto de la declaración de quiebra de un empresario fallecido.*
 - 6.2. *La extinción de los efectos de la separación de bienes obtenida por los acreedores hereditarios a consecuencia del efecto consuntivo de separación patrimonial derivado de la quiebra.*
 - 6.3. *Diferencia entre la separación de bienes concretos que pueden obtener los acreedores y la separación patrimonial como efecto de la declaración de quiebra.*
 - 6.4. *Un caso particular: la separación patrimonial consiguiente a la declaración de quiebra de un patrimonio hereditario aceptado de modo puro y simple.*
 - 6.5. *¿Desde cuándo tiene lugar la separación del patrimonio hereditario y cómo se materializa?*
 7. QUIEBRA DEL DIFUNTO Y QUIEBRA DEL HEREDERO.
 8. LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACTOS PERJUDICIALES PARA LA MASA REALIZADOS POR LOS HEREDEROS: LA ACCIÓN REVOCATORIA EN EL FALLIMENTO POST MORTEM.
 9. FUNCIÓN Y FINALIDAD DEL FALLIMENTO POST MORTEM.
- III. REFLEXIONES CONCLUSIVAS A LA LUZ DE UN ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA REGULACIÓN ITALIANA Y ESPAÑOLA DE ESTA CUESTIÓN.
- IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. LA REGULACIÓN DE LA QUIEBRA *POST MORTEM* EN ALGUNOS ORDENAMIENTOS EUROPEOS Y EL REGLAMENTO CE, DE 29 DE MAYO DE 2000, SOBRE INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA

El origen de la preocupación legislativa por regular esta cuestión se sitúa en los albores del siglo XIX, cuando surge la eventualidad de declarar la quiebra de un comerciante que se ha suicidado porque no podía hacer frente a sus propias deudas (1). La doctrina era bastante reacia a aceptar la posibilidad de declarar la quiebra de una persona no existente (*quiebra sin quebrado*). Y como la doctrina no resolvía los problemas prácticos que se presentaban en este sentido, la jurisprudencia francesa, a comienzos del siglo XIX, comenzó a reconocer y a aplicar la *faillite sans failli*, es decir, la quiebra de un comerciante que ya no existe por haber fallecido (2).

Así pues, el Código de Comercio francés, tras una reforma efectuada el 20 de mayo de 1838, disponía, en su artículo 437, lo siguiente: «*La faillite d'un*

(1) Vid. VELLANI, *Fallimento post mortem e separazione dei beni*, Cedam, 1991, pág. 16.

(2) Vid. VELLANI, *ibidem*.

commerçant peut être déclarée après son décès, lorsqu'il est mort en état de cessation de payments.

La déclaration de faillite ne pourra être, sois prononcée d'office, sois demandée par les créanciers, que dans l'année qui suivra le décès».

La Ley de quiebras francesa del año 1967 (Ley núm. 67-563, de 13 de julio) mantiene la misma idea de que se puede declarar la quiebra de un empresario muerto, siempre que la cesación de pagos existiese ya en el momento de su muerte, y no después (art. 3). Observaremos, más adelante, que en Italia se produjo una evolución en este concreto punto porque la insolvencia puede manifestarse dentro del año siguiente a la muerte. Por el contrario, en otros países, como España, la legislación concursal guarda silencio sobre este aspecto.

A la reforma francesa que introdujo la quiebra *post mortem* le precedió la portuguesa, que en el Código de Comercio de 1833 (art. 1126), introdujo ya la quiebra del comerciante difunto. También el Código de Comercio belga, de 18 de abril de 1851 (art. 437), regula la quiebra *post mortem* en idéntico sentido al Código francés.

Y en Alemania, la *Konkursordnung* (Ley Concursal de 1877), en su párrafo 215, y la *Insolvenzordnung* (Ley de Insolvencia de 1994), en los párrafos 315-344, admiten solamente el *concurso de la herencia* y el estado de insolvencia se puede presentar antes o tiempo después del fallecimiento del deudor, sin fijación de ningún periodo temporal. En consecuencia, se puede manifestar algún tiempo después de la muerte, a consecuencia, por ejemplo, de malversación, robo, incendio o catástrofe natural; o bien mucho tiempo después porque, por ejemplo, se descubra un delito cometido por el causante que haya provocado graves daños.

En esta sucinta panorámica europea no podemos omitir el Reglamento CE, número 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre insolvencia transfronteriza, que en su artículo 4, segundo párrafo, dispone que será la Ley del Estado de apertura del procedimiento de insolvencia la que establezca las condiciones de apertura del procedimiento concursal y, en consecuencia, la eventual previsión de un plazo para el ejercicio de la solicitud de concurso desde la muerte del deudor. Ya hemos anticipado que así como el derecho italiano sí establece un plazo de un año, la regulación alemana no establece plazo alguno como tampoco lo hace la legislación española, aunque la diferencia entre ambas es notable: la alemana dice, expresamente, que la insolvencia puede ser posterior a la muerte mientras que la española no dice nada al respecto.

En España son, principalmente, los artículos 1 y 182 de la vigente Ley Concursal (LC), los que se encargan de disciplinar esta materia. El artículo 1 reconoce la capacidad concursal de la herencia y permite declarar el concurso de una herencia mientras *no haya sido aceptada pura y simplemente*. El 182, por su parte, se encarga de regular el supuesto del fallecimiento de un deudor

ya declarado en concurso y la continuación del concurso como concurso de la herencia.

En Italia, son los artículos 11 y 12 del Real Decreto de 16 de marzo de 1942 (*Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa*) los que se encargan de regular tanto el *fallimento post mortem* (art. 11) como el *fallimento ante mortem* (art. 12).

En este estudio abordaremos, exclusivamente, el *fallimento post mortem* del ordenamiento italiano de quiebras, es decir, la previsión legislativa de declarar la quiebra de un empresario fallecido estableciendo, naturalmente, las oportunas comparaciones con nuestro propio ordenamiento y sentando algunas bases que nos permitan desarrollar, con posterioridad, un análisis más sosegado y profundo de esta materia.

II. LA DECLARACIÓN DE QUIEBRA DE UN EMPRESARIO FALLECIDO EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO: EL *FALLIMENTO POST MORTEM*

1. REGULACIÓN VIGENTE Y ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

Ya hemos anunciado que el denominado *fallimento post mortem* está regulado en el artículo 11 de la *Legge Fallimentare* (LF) contenida en el Real Decreto de 16 de marzo de 1942 (núm. 267). La disciplina de la quiebra en Italia ha sufrido recientes modificaciones que no han afectado sustancialmente al referido artículo 11 (3). Su tenor es el siguiente:

«Fallimento dell'imprenditore defunto.

L'imprenditore defunto può essere dichiarato fallito quando ricorrono le condizioni stabilite nell'articolo precedente. [Esto es: se puede declarar la quiebra de un empresario ya fallecido durante el año posterior al fallecimiento, cuando la insolvencia se haya manifestado anteriormente al fallecimiento o dentro del año siguiente] (4).

L'erede può chiedere il fallimento del defunto, purchè l'eredità non sia già confusa con il suo patrimonio; l'erede che chiede il fallimento del defunto

(3) Las últimas modificaciones en la legislación concursal italiana son efectuadas por los decretos legislativos de 12 de septiembre de 2007 (n. 169) y de 9 de enero de 2006 (n. 5), siendo este último el más importante por introducir una amplia reforma de los procedimientos concursales.

(4) El artículo 10 de la *Legge Fallimentare* permite declarar la quiebra de un empresario que ha cesado en el ejercicio de la empresa en el periodo de un año desde la cancelación del registro de la empresa siempre que la insolvencia se haya manifestado anteriormente a esta cancelación o dentro del año siguiente.

non è soggetto agli obblighi di deposito di cui agli articoli 14 e 16, secondo comma, n. 3 (5).

Con la dichiarazione di fallimento cessano di diritto gli effetti della separazione dei beni ottenuta dai creditori del defunto a norma del Codice civile».

Así pues, el artículo 11 consta de tres reglas: la primera permite la declaración de concurso del empresario difunto siempre que la insolvencia se haya manifestado en vida de él o en el plazo de un año desde la apertura de la sucesión; con la segunda, se prohíbe al heredero solicitar la quiebra del difunto en la hipótesis en que entre los dos patrimonios exista confusión como consecuencia, por ejemplo, de la aceptación pura y simple de la herencia. Con la tercera, se producirá la cesación del derecho de separación de bienes obtenida por los acreedores, según el Código Civil italiano. Esta materia se complica con la existencia de ese «derecho de separación», que tienen los acreedores del causante en el derecho italiano y al que nos referiremos más adelante.

El origen del precepto hoy vigente se encuentra en el Código de Comercio de 1865, cuyo artículo 543 establecía lo siguiente: «*Il fallimento del commerciante può essere dichiarato dopo la sua morte, se prima di essa ebbe luogo la cessazione dei pagamenti*». El cambio respecto a la vigente *Legge Fallimentare* de 1942 es notable en la medida en que, tras la vigencia de esta última, se puede declarar la quiebra *post mortem* aun en el caso de que la insolvencia se manifieste dentro del año posterior al fallecimiento.

Ya hemos visto que el precedente «social» del artículo 11 LF se sitúa en torno a 1800, cuando se plantea si se puede declarar la quiebra de un comerciante que se ha suicidado porque no podía hacer frente a sus deudas. Y, en defecto de regulación, fue la jurisprudencia francesa, en los albores del siglo XIX, la que comenzó a reconocer y a aplicar la quiebra *post mortem*. En el Código de Comercio francés que entró en vigor el 1 de enero de 1808 no se contemplaba la hipótesis de la quiebra del empresario difunto, porque rompía con la concepción personalista de la quiebra (no podía haber quiebra sin quebrado). Por influencia de la jurisprudencia, la ley de 28 de mayo de 1838 (*Loi sur la faillite et la banqueroute*) modifica el Código de Comercio en materia de quiebras y añade, como ya hemos visto, los dos siguientes párrafos al artículo 437 del Código de Comercio: «*La faillite d'un commerçant peut être déclarée après son décès, lorsqu'il est mort en état de cessation de payments*».

(5) Este segundo párrafo del artículo 11 sufre una ligera modificación a raíz del decreto legislativo de 9 de enero de 2006, de reforma de los procedimientos concursales, en vigor desde el 16 de julio de 2006, y que se limita a añadir la frase que exonera a los herederos que solicitan la quiebra del difunto de las obligaciones de depósito de documentación contable, fiscal, el estado de su actividad, el elenco de acreedores, etc.

La déclaration de faillite ne pourra être, sois prononcée d'office, sois demandée par les créanciers, que dans l'année qui suivra le décès».

La reforma francesa influye en el Código de Comercio del Reino de Cerdeña, de 1842, que copia el texto francés y de ahí pasa al artículo 543 del Código de Comercio del Reino de Italia de 1865. Pero habrá que esperar al Código de Comercio de 1882 (art. 690) para que, por primera vez, no sea necesario que la cesación de pagos sea anterior a la muerte, pudiendo producirse hasta un año después de la misma (6).

La regulación de la quiebra dentro del Código de Comercio italiano resulta modificada por sucesivos proyectos de reforma de la *Legge Fallimentare*, donde también se recoge la declaración de quiebra del empresario difunto. El Proyecto BONELLI (que debe su nombre al jurista que lo impulsó) —uno de los primeros en este ámbito normativo— permitía a los herederos solicitar la quiebra del difunto en cualquier caso, sin referencia alguna al supuesto en el que la herencia esté confundida (7). Notable diferencia la del Proyecto BONELLI respecto a otros Proyectos legislativos y al texto actualmente vigente de 1942, en el que el heredero no podrá pedir la declaración de quiebra del difunto si la herencia se encuentra confundida con su propio patrimonio. Reflexionaremos sobre esta cuestión y el sentido del Proyecto Bonelli desde la perspectiva de la autonomía e individualidad del patrimonio hereditario que va más allá del tipo de aceptación de la herencia.

2. PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA CUESTIÓN ANTE LAS DIFERENTES SITUACIONES FÁCTICAS: INSOLVENCIA DEL CAUSANTE VERSUS INSOLVENCIA DEL HEREDERO

El legislador italiano prevé, pues, la posibilidad de que sea declarada la quiebra del empresario fallecido siempre que tal declaración se realice dentro del plazo de un año desde la muerte y la insolvencia se haya manifestado anteriormente a la misma o dentro del año siguiente.

Una de las cuestiones debatidas por la doctrina italiana es la relativa a la fuente u origen de la insolvencia que puede dar lugar a la declaración de quiebra del difunto.

Para que se dé tal supuesto (declaración de quiebra del difunto) en el derecho italiano, es necesario, según SCHIANO DI PEPE, que la insolvencia sea imputable a la empresa gestionada por tal empresario (8). Si, además,

(6) Vid. esta evolución legislativa en VELLANI, *op. cit.*, pág. 18.

(7) Vid. VELLANI, pág. 22.

(8) Vid. «Il fallimento dell'imprenditore defunto», en *Il Diritto Fallimentare Riformato. Commento sistematico a cura di G. SCHIANO DI PEPE*, Cedam, 2007, págs. 19-20.

la insolvencia está ligada a su muerte o incluso a sucesos posteriores que afecten a los bienes del difunto, aunque estos procedan de comportamiento del propio heredero, también se puede declarar, según algunos autores, la quiebra del difunto (9). Esto último resulta, a mi entender, más discutible porque si la actuación del heredero con el patrimonio del difunto ha sido, en parte o en su totalidad, la causante de la insolvencia habrá que valorar si, también, se puede declarar la quiebra del propio heredero. Y ello, especialmente, en los casos en que el heredero sea empresario. Si no lo fuese, somos conscientes de que fallaría, en el ordenamiento italiano, el presupuesto subjetivo del *fallimento*.

En el caso de que el heredero haya continuado con la actividad empresarial del causante y la insolvencia se atribuya a la gestión del primero, es claro que no habrá declaración de concurso del fallecido sino solo del heredero-empresario. E incluso en el supuesto de continuación de actividad empresarial por parte del heredero, aunque la insolvencia sea imputable al causante, se ha dicho —a mi juicio, sorprendentemente— que el declarado en quiebra será el heredero (10).

Un caso diferente es aquel en el que haya confusión de patrimonios, el heredero sea o llegue a ser empresario y la insolvencia proceda de la actividad del causante. A pesar de lo complejo de la situación se tiende a considerar que en este caso existirán dos quiebras, la del *de cuius* y la del heredero, con diferentes masas pasivas, pudiendo los acreedores del *de cuius* concurrir también en la quiebra del heredero, pero no los del heredero en la quiebra del *de cuius* (11). La quiebra conjunta de causante y heredero es la tesis defendida en España por el Profesor LACRUZ, aunque no solo para el heredero que sea o llegue a ser empresario sino para cualquier heredero o herederos que acepten la herencia de modo puro y simple (12).

En el caso en el que haya confusión de patrimonios pero el heredero no sea empresario, se declarará la quiebra del *de cuius*, siempre que la confusión de patrimonios no haga desaparecer la insolvencia (13). En este caso, en España, no se podría declarar el concurso de la herencia, *ex* artículo 1.2 LC. Y aunque

(9) Así lo entienden SAVI, «Fallimento dell'imprenditore defunto e separazione dei patrimoni», en *Giurisprudenza commerciale*, 1974, I, págs. 459 y sigs., y SALANITRO, *Il fallimento dell'imprenditore defunto*, Giuffrè, 1974, págs. 3 y sigs.

(10) Vid. SCHIANO DI PEPE, *op. cit.*, pág. 19.

(11) Vid., en este sentido, SCHIANO DI PEPE, *op. cit.*, págs. 19-20.

(12) Vid. *Derecho de Sucesiones. Parte General*, Bosch, 1961, pág. 380.

(13) Esto no es pacífico en la doctrina italiana. Para algunos autores, como RAGUSA MAGGIORE, cuando la insolvencia procede exclusivamente del heredero no empresario, este debe responder en vía civil sin que se pueda declarar la insolvencia ni de él (que no es empresario) ni la del difunto. Vid. RAGUSA, «La morte dell'imprenditore e il fallimento», en *Diritto Fallimentare*, 1978, I, págs. 5 y sigs.

la ley no dice que se pueda declarar en concurso el o los herederos, la mayor parte de la doctrina así lo defiende (14).

En cualquiera de los casos de confusión de patrimonios anteriormente expuestos que originen, en Italia, o bien solo la quiebra del difunto o bien el concurso de quiebra del difunto y de los herederos, se defiende mayoritariamente —tanto en la doctrina como en la jurisprudencia— la existencia de dos masas patrimoniales diferentes: una formada por el patrimonio hereditario y otra por el patrimonio del heredero (15). Mientras la primera se destinará a la satisfacción de los acreedores concursales, la segunda se sujetará a las acciones ejecutivas individuales de los acreedores del difunto, así como a las de los personales del heredero. Es importante anunciar que aun en casos de confusión patrimonial, la doctrina y jurisprudencia italianas entienden que como consecuencia de la quiebra se generan dos masas patrimoniales diferentes y que el destino del patrimonio hereditario es el de satisfacer preferentemente a sus acreedores.

Cuando, por el contrario, la herencia no sea aceptada o haya sido aceptada con beneficio de inventario, se declarará la quiebra solo del *de cuius*, que puede ser solicitada tanto por los acreedores del difunto, como por los del heredero, sin que el patrimonio de los herederos pueda ser afectado de ningún modo. En este caso, en España, se podría declarar el concurso de la herencia, a la luz del artículo 1.2 de la vigente Ley Concursal.

En este epígrafe de carácter general tan solo hemos pretendido exponer las principales hipótesis partiendo, primeramente, del origen de la insolvencia y, luego, de la existencia o no de confusión patrimonial que suele encadenarse —discutiblemente, en mi opinión— a la aceptación pura y simple de la herencia. Si la insolvencia es imputable al heredero, parece obvio que es este último el que, en su caso, podrá ser declarado en quiebra. Pero en el ordenamiento italiano, solo el heredero empresario es susceptible de *fallimento*, por lo que en el supuesto de heredero no empresario habrá que pensar, en principio, en acciones civiles ejecutivas, individuales o singulares contra él mismo, pero no en un procedimiento de quiebra, como tal.

(14) Vid., a título de ejemplo, ROJO-ORDUÑA, «Comentario al artículo 1.2 de la Ley Concursal», en *Comentario de la Ley Concursal*, Civitas, 2004, pág. 157; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentario del artículo 1 LC», en *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. I, dirigidos por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tecnos, 2004, págs. 34 y sigs.; PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, Civitas (Estudios de Derecho Concursal), 2009, pág. 48; NAVARRO CASTRO, *La responsabilidad por las deudas hereditarias*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2009, pág. 61; o HIDALGO GARCÍA, «Comentario del artículo 1.2 LC», en *Comentarios de la Ley Concursal*, dirigidos por SÁNCHEZ-CALERO y GUILARTE GUTIÉRREZ, Lex Nova, 2004, pág. 81.

(15) Si bien volveremos sobre ello más adelante con una mayor extensión, citamos, como ejemplo paradigmático, la sentencia de la Corte Suprema (Sezione Prima Civile) de 28 de diciembre de 1998.

Cuando, por el contrario, la insolvencia proceda del causante y, además, exista confusión patrimonial se podría declarar, en el derecho italiano, la quiebra del difunto —o la del difunto y la del heredero si este es empresario— siempre, naturalmente, que la confusión patrimonial no haga desaparecer la insolvencia. El efecto de la declaración de quiebra —aun en el caso de confusión ligada a un particular modo de aceptar la herencia— será el de la separación del patrimonio hereditario. He aquí una importante diferencia respecto al ordenamiento español, donde en un supuesto similar —de confusión de patrimonio hereditario y patrimonio del heredero— una interpretación literal del artículo 1.2 LC no permitiría declarar el concurso de la herencia; y el heredero respondería con todo un patrimonio monolítico en el que la masa hereditaria habría perdido su identidad y autonomía. Esta interpretación gramatical del artículo 1.2 LC exigiría, en mi modesta opinión, una lectura correctora, aunque no sea este el lugar donde debamos realizarla.

3. PRESUPUESTO OBJETIVO: LA INSOLVENCIA POSTERIOR A LA MUERTE

Ya hemos visto que no solo la insolvencia anterior a la muerte puede dar lugar a la declaración de quiebra del difunto. Según el artículo 10 de la *Legge Fallimentare*, al que remite el 11 del mismo texto legal, la insolvencia que originará, en su caso, el *fallimento dell'imprenditore defunto* debe haberse *manifestato* anteriormente a la muerte o «*entro l'anno successivo*». Ya hemos anunciado que la legislación concursal española no regula la insolvencia *post mortem* como presupuesto objetivo del *concurso de la herencia*.

El primer interrogante que plantea el precepto italiano, según SALANITRO, es el de si el estado de insolvencia debe provenir del periodo anterior a la muerte del empresario o se puede haber producido también en el año sucesivo (16). Porque la ley habla de «manifestación de la insolvencia», pero la insolvencia puede haberse generado en un momento y manifestarse en otro. No es lo mismo, como bien se sabe, la cesación de pagos que el estado de insolvencia. Por estado de insolvencia, parece que hemos de entender, según el artículo 5 LF, aquella situación de incumplimiento en la que se encuentra el deudor que no puede satisfacer regularmente sus propias obligaciones. En consecuencia, parece que hemos de entender que aunque la insolvencia cristalice en un momento posterior a la muerte debe haberse gestado antes del fallecimiento, esto es, debe derivar del incumplimiento de obligaciones contraídas o surgidas antes de ese momento (17).

(16) Vid. *Il fallimento dell'imprenditore defunto*, Giuffrè, 1974, pág. 3.

(17) A la insolvencia relativa a obligaciones contraídas antes del cese de actividad empresarial se refiere la sentencia de la Corte Costituzionale (66/1999), de 8 de marzo de 1999 (Fundamento de Derecho Tercero).

Otro aspecto de cierto interés que suscita el presupuesto objetivo de la quiebra *post mortem* es el de la repercusión que sobre el mismo tiene el modo de aceptar la herencia por el o los herederos. DI MAJO dice que hay una cuestión sobre la que no existe ninguna duda doctrinal, y lo mismo podríamos decir para la regulación española: la quiebra no puede ser declarada si, a consecuencia de la confusión del patrimonio del difunto y el del heredero, el estado de insolvencia desaparece (18). Esto es obvio, lo cual no quiere decir que no se pueda declarar la quiebra del empresario fallecido, aun en el caso de herencia aceptada pura y simplemente, cuando el estado de insolvencia persista después de la aceptación, sea cual sea la modalidad de esta por la que se haya optado. La declaración de quiebra del empresario difunto (es decir, de su patrimonio hereditario) es compatible con la aceptación pura y simple de la herencia en el ordenamiento italiano, a diferencia de lo que sucede, para un caso similar, si aplicamos literalmente el artículo 1.2 de la Ley Concursal española.

4. TÉRMINO EN EL QUE SE PUEDE DECLARAR LA QUIEBRA DE UN EMPRESARIO YA FALLECIDO

Respecto al término o plazo en el que se puede declarar el *fallimento* de una persona fallecida, este es de un año, según establece el artículo 10 LF, y el *dies a quo* es el de la muerte del empresario. No existe tal plazo en el ordenamiento español para declarar en concurso una herencia, al que se le aplicarían las reglas generales establecidas en la ley concursal.

La sentencia de la *Corte Costituzionale* italiana de 8 de marzo de 1999 (núm. 66/1999) considera que el legislador, en los precitados artículos 10 y 11 de la *legge fallimentare*, fija en un año, desde la muerte o cese de actividad, el término dentro del cual pueda ser declarado el *fallimento dell'imprenditore cessato o defunto*, para equilibrar, de este modo, el difícil conflicto entre las exigencias de tutela de los acreedores y las de seguridad del tráfico jurídico, (Fundamento de Derecho núm. 5).

Una hipótesis particular es aquella en la que la actividad empresarial haya cesado antes de la muerte del empresario. En estos casos, lo lógico será que el plazo de un año se cuente no desde el fallecimiento sino desde el cese de actividad (19). Porque lo relevante, en estos casos, será el momento último de realización de actividad, ya que lo que genera la insolvencia es, en principio, la actividad empresarial y no el hecho en sí del fallecimiento, por muy elevados que sean los costes o gastos derivados de este.

(18) «Commentario art. 11 e 12 Legge Fallimentare», en *Codice commentato del fallimento*, diretto da G. LO CASCIO, Ipsa, 2008, pág. 92.

(19) Vid. DI MAJO, *op. cit.*, pág. 88.

5. LEGITIMACIÓN PARA SOLICITAR LA QUIEBRA DEL EMPRESARIO FALLECIDO

5.1. *¿Quiénes pueden solicitar la declaración de quiebra de un empresario fallecido?*

El artículo 11.2 de la *Legge Fallimentare* menciona solamente al heredero como persona legitimada, en determinados casos, para solicitar la declaración de quiebra, pero ello no quiere decir que sea este el único sujeto que pueda pedir la quiebra. En realidad, lo que parece querer decir el apartado segundo de este precepto es que a los sujetos legitimados con carácter general por la LF en el artículo 6, se añade otro más en determinadas circunstancias: el heredero. El artículo 6 permite la legitimación al deudor, al acreedor o acreedores y al Ministerio Fiscal. Desde la reforma de 9 de enero de 2006 (*Riforma delle procedure concorsuali*) la quiebra no se puede declarar de oficio.

A diferencia del ordenamiento italiano, el artículo 3 de la Ley Concursal española, en su apartado cuarto, establece que «los acreedores del deudor fallecido, los herederos de este y el administrador de la herencia podrán solicitar la declaración de concurso de la herencia no aceptada pura y simplemente».

En realidad, la diferencia más relevante queda reducida a la figura del Ministerio Fiscal que carece de legitimación en el Derecho concursal español. En relación al administrador de la herencia, al que expresamente se refiere la ley española, hemos de entender que también está legitimado en el ordenamiento italiano.

Así, algún autor ha señalado que las personas legitimadas para pedir el *fallimento dell'imprenditore defunto* son el *curatore della liquidazione concorsuale ereditaria*, el *esecutore testamentario*, los *creditori del defunto dell'eredità* y, si falta heredero, el *curatore dell'eredità giacente* (20). Observemos que, además de los correspondientes administradores, acreedores y herederos, se menciona al «ejecutor» testamentario, es decir, al albacea. En el ordenamiento italiano, el *esecutore testamentario*, salvo disposición contraria del testador, tiene, entre otras, la facultad de administrar la masa hereditaria (art. 703 CC italiano) y, en este sentido, está justificada su legitimación para la solicitud de quiebra.

Parcialmente diversas son las funciones del albacea en el Código Civil español. Salvo que el testador le hubiese conferido expresamente la facultad de solicitar el concurso *post mortem*, es dudosa esta legitimación habida cuenta de que estamos ante un mero ejecutor testamentario que, como tal, debe limitarse a hacer cumplir la voluntad testamentaria. Es cierto que cuando el testador no haya establecido expresamente las facultades del albacea, este puede, entre otras cosas, «tomar las precauciones necesarias para la conservación y custodia de

(20) Vid. VELLANI, *op. cit.*, pág. 48.

los bienes, con intervención de los herederos presentes» (art. 902 CC español); pero «conservación» y «custodia» no implican, a mi juicio, ni administración ni actos de especial trascendencia para el patrimonio hereditario como lo son las consecuencias derivadas de la quiebra o concurso.

Además de los sujetos anteriormente señalados, la doctrina italiana se ha planteado la legitimación del «llamado» a la herencia que no la haya aceptado o repudiado todavía. Una buena parte de los autores responden afirmativamente, basándose en los artículos 460 y 485 del Código Civil italiano que parecen atribuir al llamado la facultad de velar por la conservación del patrimonio hereditario, evitando, por ejemplo, las acciones ejecutivas individuales y sustituyendo estas acciones por el *fallimento* (21).

La legitimación del simple llamado en el ordenamiento italiano podría estar justificada, además de en el argumento legal anteriormente expuesto, en la falta de previsión expresa del legislador italiano sobre los sujetos legitimados para pedir la quiebra del empresario fallecido. Por el contrario, en el derecho español, al referirse el artículo 3.4 LC al heredero, parece que queda claro que si se quisiese legitimar al llamado, se habría dicho expresamente. De otro lado, hay que tener presente que los actos que puede realizar, en su caso, el simple llamado a una herencia son actos que despliegan una eficacia provisional y temporal en el patrimonio hereditario, mientras que la declaración de quiebra o concurso de acreedores tiende a producir efectos definitivos sobre ese patrimonio. Sin embargo, no hay que descuidar la posibilidad de que cuando la Ley Concursal española se refiere al heredero legitimado para solicitar el *concurso de la herencia*, lo haga no solo al heredero en sentido estricto, por haber aceptado ya la herencia a beneficio de inventario, sino también al simple llamado a una herencia que todavía no ha sido aceptada. Solo así cobraría sentido, por ejemplo, la expresión empleada por el artículo 1.2 LC: «*el concurso de la herencia podrá declararse en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente*» (22).

Por último, hay que hacer referencia a la legitimación del o de los herederos para pedir la quiebra *post mortem* siempre que «*l'eredità non sia già confusa con il suo patrimonio*» (segundo párrafo del art. 11 LF). Coincide tal previsión con la establecida en el artículo 3.4 de la LC, al decir que se puede pedir «*la declaración de concurso de la herencia no aceptada pura y simplemente*», habida cuenta de que se asocia —erróneamente, en mi opinión— el efecto de confusión a la aceptación pura y simple de la herencia. Con todo, hay una diferencia importante entre la norma del artículo 11.2 LF y la del 3.4 LC: el primero solo afecta al heredero —o herederos— prohibiéndole solicitar la

(21) Vid. APRILE, «Commentario articolo 11 e 12 Legge Fallimentare», en *La Legge Fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di M. FERRO, Cedam, 2007, pág. 89; o VELLANI, *op. cit.*, pág. 48.

(22) La redonda es mía.

quiebra cuando la herencia esté confundida con su patrimonio; el segundo, por el contrario, proscribe la solicitud de concurso a todos los sujetos legitimados, cuando la herencia haya sido aceptada de modo puro y simple. Y esta diferencia tiene, naturalmente, importantes consecuencias prácticas: el hecho de que, en el ordenamiento italiano, el heredero puro y simple no pueda pedir la declaración de quiebra del difunto no significa que no lo puedan pedir los otros sujetos legitimados para hacerlo.

5.2. *La prohibición del heredero que haya aceptado pura y simplemente de solicitar la quiebra de su causante*

La doctrina considera que son dos las razones que justifican la prohibición del segundo párrafo del artículo 11 LF respecto al heredero que ha aceptado de modo puro y simple la herencia: del mismo modo que al heredero no se le permite pedir la separación ordinaria de derecho civil, reservada para los acreedores de la herencia, así, análogamente, no le debe estar permitido pedir la quiebra del difunto porque ello eliminaría la confusión de patrimonios; por otro lado, se arguye que si al heredero se le permitiese, en este caso, pedir la declaración de quiebra, ello implicaría la modificación del régimen de su responsabilidad por los créditos hereditarios porque declarada la quiebra y separados, por tanto, los patrimonios, su responsabilidad no sería directa sino subsidiaria (23).

En definitiva, lo que se quiere significar es que si no existiese tal proscripción quedaría eliminado el efecto de la aceptación pura y simple, que es el de la confusión, según la doctrina dominante. Si partimos, como hace PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS en la doctrina española, de que el efecto de la aceptación no es el de la confusión (24), no habría por qué impedir al heredero pedir la declaración de quiebra del difunto. Tampoco estoy plenamente de acuerdo con la idea de que se produciría una modificación del régimen de responsabilidad en caso de que el heredero solicitase la declaración de quiebra del difunto. Creo que no se produciría modificación alguna en la medida en que la masa responsable seguiría siendo la misma, antes y después de la aceptación y con independencia de la modalidad de esta.

En consecuencia, no se entiende bien por qué solo se realiza tal prohibición respecto al heredero o herederos y no afecta, sin embargo, al resto de sujetos legitimados para solicitar el *fallimento dell'imprenditore defunto*, que pueden hacerlo al margen de cómo haya sido aceptada la herencia.

(23) Vid. VELLANI, *op. cit.*, pág. 48, y SALANITRO, *Il fallimento dell'imprenditore defunto*, cit., pág. 40.

(24) Vid. *La herencia y las deudas del causante*, Comares, 2009, 3.ª ed., págs. 305 y sigs.

6. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE QUIEBRA DEL EMPRESARIO FALLECIDO

6.1. *La separación del patrimonio hereditario como principal efecto de la declaración de quiebra de un empresario fallecido*

No existen muchas dudas en la doctrina italiana sobre el hecho de que una vez declarada la quiebra del difunto se constituyen dos masas patrimoniales diferentes destinadas, cada una, a satisfacer a sus respectivos acreedores, de modo que los acreedores del heredero deudor solo podrán hacer valer sus derechos sobre la parte de los bienes hereditarios que tocara al heredero después de la finalización del procedimiento concursal (25). De este modo, según la opinión dominante en Italia, la declaración de quiebra cancelaría, incluso, la confusión consiguiente a la aceptación pura y simple de la herencia (26).

La jurisprudencia es también casi unánime en defender la existencia de una separación entre el patrimonio del difunto y el patrimonio del heredero como consecuencia de la declaración de quiebra *post mortem* (27).

Este efecto de separación patrimonial es, pues, una especie de garantía de los acreedores del empresario difunto que tienen el derecho de satisfacerse de modo preferencial respecto a los legatarios y a los acreedores de los herederos (Cassazione, 28 de diciembre de 1998).

Se ha dicho, incluso, que la prelación de los bienes hereditarios a favor de los acreedores del *de cuius*, hace que la transcripción o inscripción sobre los

(25) DI MAJO, «Commentario art. 11 e 12 Legge Fallimentare», en *Codice commentato del fallimento*, op. cit., pág. 92.

(26) Vid., entre otros, SALANITRO, op. cit., págs. 33-34; VELLANI, op. cit., págs. 12; o DI MAJO, op. cit., pág. 88. Valga como claro ejemplo de esta tesis el siguiente párrafo extraído de la citada obra de SALANITRO, donde se refleja la doctrina general: «secondo l'insegnamento tradizionale, conseguenza della dichiarazione di fallimento è la costituzione di due masse patrimoniali distinte: la prima, formata dai beni ereditari, la cui liquidazione concorsuale sarebbe esclusivamente rivolta alla soddisfazione paritaria dei creditori del difunto; la seconda, formata dai beni appartenenti all'erede a qualunque altro titolo, la quale rimarrebbe soggetta all'azione esecutiva individuale sia degli stessi creditori ereditari (verso i quali, in seguito all'accettazione pura e semplice, l'erede è divenuto illimitatamente responsabile) sia dei creditori personali dell'erede stesso».

Este criterio, prácticamente predominante en la doctrina italiana, no es compartido por algún autor como ANDRIOLI, a cuya tesis nos referiremos en el siguiente epígrafe.

(27) La sentencia de Casación Civil, Sezione I, de 28 de diciembre de 1998 (núm. 12846) sigue los pronunciamientos de sentencias anteriores de la misma Corte, desde la resolución de 25 de noviembre de 1977, considerando que «il fallimento *post mortem* dell'imprenditore comporta l'acquisizione del patrimonio da questi relitto all'attivo fallimentare, nonchè la separazione del patrimonio stesso da quello degli eredi (se già tale effetto non è stato ottenuto mediante accettazione con beneficio d'inventario), al fine di permettere ai creditori dell'imprenditore defunto, ammessi al fallimento, di soddisfarsi in via preferenziale rispetto ai legatari e ai creditori degli eredi».

Puede verse un comentario de esta sentencia en COSSIGNANI, «In tema di fallimento dell'imprenditore defunto e ritirato dal commercio», en *Giustizia Civile*, 1999, 9.

bienes hereditarios realizadas contra el heredero por parte de sus acreedores personales sean inoponibles al *fallimento*, aunque se hubieran realizado antes de la declaración de quiebra (28).

Y todo ello, como hemos señalado, se desencadenará con independencia de la forma de aceptación de la herencia, de modo tal que también en el caso de aceptación pura y simple se produce este efecto de separación de patrimonios.

Llegados a este punto, lo lógico es preguntarse cuál es la base o fundamento legal que permita defender el efecto de separación patrimonial que va anudado a la declaración de *fallimento*. Algunos autores han dicho —creo que con bastante acierto— que la explicación reside en el denominado *spossestamento* establecido en el artículo 42 LF (29). Según este precepto, la sentencia que declara la quiebra priva, desde su fecha, al quebrado de la administración y de la disposición de los bienes que tenga en la fecha de la declaración. Esta especie de «desposesión» patrimonial hace que los bienes pertenecientes al quebrado queden «inmovilizados» para satisfacer, en la medida de lo posible, a sus acreedores.

6.2. *La extinción de los efectos de la separación de bienes obtenida por los acreedores hereditarios a consecuencia del efecto consuntivo de separación patrimonial derivado de la quiebra*

El tercer párrafo del artículo 11 LF extingue los efectos de la «separación de bienes» obtenida por los acreedores del causante según el artículo 512 del Código Civil italiano, institución esta que no existe en el Código español. A grandes rasgos y sin perjuicio de que tratemos la figura con más detalle en el epígrafe siguiente, esta especie de beneficio de separación tiene, como finalidad, la de asegurar, con bienes del difunto, la satisfacción de los acreedores y legatarios del difunto que lo hayan solicitado en un plazo de tres meses desde la apertura de la sucesión, con preferencia a los acreedores personales del heredero.

FERRI ha dicho que la expresión del legislador respecto al cese de los efectos de la separación de bienes a consecuencia de la quiebra no es del todo exacta porque no extingue la separación, sino todo lo contrario, extiende los efectos de la misma a todo el patrimonio del difunto (30). Añade el propio FERRI que la quiebra *post mortem* «fa cessare gli effetti della separazione (...) ma non nel senso di lasciarli cadere, ma in quello di assumerli su di sè estendendone

(28) Así, DI MAJO, *op. cit.*, pág. 92.

(29) Vid. VELLANI, *op. cit.*, pág. 30.

(30) Vid. *Successioni in generale, Commentario Codice Civile*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna-Roma, 1968, pág. 51.

gli effetti a tutti i creditori del defunto» (31). Dicho de otro modo, con una expresión nuestra: la separación de concretos bienes del difunto se sustituye, como consecuencia de la quiebra *post mortem*, por la separación automática de todo su patrimonio.

La explicación del porqué del tercer párrafo del artículo 11 LF reside en evitar la disparidad de trato entre unos acreedores hereditarios (los que han obtenido el beneficio de separación según el Código Civil y otros (los que no han obtenido ese beneficio). Se trata de evitar que permanezcan dentro del grupo de acreedores del difunto (ahora de la quiebra) derechos de prelación distintos a los contemplados expresamente por la LF (32). Según SALANITRO, existe una incompatibilidad entre los dos instrumentos de separación porque el privilegio del acreedor separatista es incompatible con las exigencias de una tutela paritaria de todos los acreedores del difunto (33).

Así pues, la finalidad principal de este efecto de separación consiste en la tutela paritaria de todos los acreedores del titular del patrimonio insolvente.

Pero, al lado de esta tesis mayoritaria que parece razonable, ANDRIOLI defiende una idea totalmente diversa. Según este autor, el último párrafo del artículo 11 LF, al eliminar de pleno derecho el efecto de la separación establece, de algún modo, «il venir meno della preminenza dei creditori del defunto sui creditori personali dell'erede in ordine ai beni separati e, quindi, la parità di trattamento tra gli uni e gli altri, salve le legittime cause di prelazione e senza distinzione tra beni separati e non separati» (34). Para este autor, el párrafo tercero sirve para confirmar que con la declaración de quiebra los patrimonios se confunden y solo así se podría justificar, según su criterio, la posibilidad legal de declarar la quiebra *post mortem* del difunto en un caso de aceptación pura y simple de la herencia. A mi juicio, no parece que sea esto lo que quiera decir el párrafo tercero del artículo 11. A pesar de que se diga que cesan los efectos de la separación prevista en el Código, la extinción de este efecto no impide que no se pueda producir otra separación patrimonial distinta, la consiguiente a la declaración de quiebra.

En resumen, para ANDRIOLI, la quiebra del difunto no determina la separación de patrimonios en los casos de herencia confusa. Señala SALANITRO que el problema que tiene esta tesis es que si pensamos en la hipótesis extrema en la que todos los acreedores del difunto hayan ejercitado el derecho de separación, *ex* artículo 512 del Código Civil, sobre todos los bienes que compongan la masa hereditaria, si fuese cierto que la declaración de quiebra provoca la cesación de efectos de la separación reconstituyendo la confusión de los patrimonios,

(31) *Op. cit.*, pág. 43.

(32) Vid. VELLANI, *Fallimento post mortem e separazione dei beni*, cit., pág. 10.

(33) Vid. *op. cit.*, pág. 44.

(34) Vid. «Fallimento dell'imprenditore defunto e separazione dei patrimoni», V. ANDRIOLI, *Studi in onore di Alberto Asquini*, T. I, Cedam, 1965, pág. 9 y sigs.

de ello derivaría una ventaja exclusivamente para los acreedores personales del heredero (35).

6.3. *Diferencia entre la separación de bienes concretos que pueden obtener los acreedores y la separación patrimonial como efecto de la declaración de quiebra*

A la vista de la regla tercera del artículo 11 LF, se impone la necesidad de diferenciar claramente dos instituciones que se mezclan y confunden con cierta frecuencia entre los comentaristas de esta materia en Italia: la separación de bienes a la que se refieren los artículos 512-518 del Código Civil italiano y la formación de dos masas patrimoniales distintas como consecuencia de la declaración de quiebra. La separación de bienes es una facultad que pueden ejercitar los acreedores del causante o los legatarios para asegurarse la satisfacción con determinados bienes de aquel, con preferencia respecto a los acreedores del heredero. VELLANI lo explica de un modo sugestivo, desde la perspectiva del fenómeno sucesorio: «come la confusione dei due patrimoni potrebbe nuocere, in caso di eredità pasiva, agli eredi, che potranno utilizzare il rimedio del beneficio d'inventario, così potrebbe nuocere ai creditori del difunto, nel caso che siano gli eredi ad essere gravati di debiti, ed allora ai crediti dell'eredità è concesso il potere di ricorrere alla separazione, per essere sodisfatti con preferenza sui beni relitti del loro debitore» (36).

Por el contrario, el efecto del *fallimento* es el de la formación de dos masas patrimoniales: una constituida por todos los bienes del empresario difunto, sobre la cual se abre el concurso de sus acreedores, de acuerdo con la *legge fallimentare*; la otra, constituida por los bienes del heredero, que va a formar la garantía patrimonial para sus acreedores, además de quedar sujeta a la satisfacción de los acreedores de su causante, cuando haya aceptado pura y simplemente la herencia (37). Este fenómeno, añade VELLANI, supone un método de gestión de patrimonios, sobre todo en el caso en el que se produzca la confusión derivada de una aceptación pura y simple de la herencia (38).

En un caso —separación de bienes— se separan concretos bienes; en el otro —efecto del *fallimento*— se separan los patrimonios (el del de *cuius* y el de los herederos) en su totalidad.

El origen de la *separación de bienes* regulada en el Código italiano deriva del *ius honorarium* del derecho romano, cuando el pretor, para tutelar los intereses de los acreedores del difunto que quisieran evitar el concurso de los acreedores

(35) Vid. *op. cit.*, pág. 41, nota 83.

(36) Vid., *Fallimento post mortem e separazione dei beni*, *op. cit.*, pág. 1 y sigs.

(37) VELLANI, *ibidem*.

(38) *Op. cit.*, pág. 14.

personales del heredero, les concedía la *separatio bonorum* (39). De este modo, la herencia se convertía en una unidad en sí misma, separada del patrimonio del heredero, en cuyo ámbito debían satisfacerse los acreedores del difunto, con la consecuencia extrema de que los acreedores separatistas perdían todo derecho sobre el patrimonio del heredero. Esta institución se fue modificando con el tiempo, de modo que ya no se trata de la separación de todo un patrimonio y, por tanto, no se crean dos masas patrimoniales. Lo que hoy se separa son concretos bienes. De otro lado, los acreedores separatistas pueden cobrar con cargo al patrimonio del heredero si este es ilimitadamente responsable.

Se ha dicho que en la práctica, la separación de bienes constituye la realización de una forma particular de garantía y prelación (40). Con independencia de cuál sea la naturaleza de ese derecho de separación —real o personal— lo cierto es que estamos ante una causa legal de prelación que casa mal con la disciplina concursal de la *par conditio creditorum* y, por ello, el artículo 11.3 LF la hace desaparecer.

6.4. *Un caso particular: la separación patrimonial consiguiente a la declaración de quiebra de un patrimonio hereditario aceptado de modo puro y simple*

Ya hemos anticipado, en varios epígrafes de este estudio (2 y 6.1, principalmente) una interesante y polémica cuestión que se podría extrapolar al ordenamiento español: aun en el caso de herencia aceptada pura y simplemente resulta posible declarar la quiebra *post mortem* de un empresario, con el consabido efecto de separación entre el patrimonio hereditario y el patrimonio de los herederos.

Aquí y ahora hemos de ocuparnos, con más detalle, de la repercusión de la declaración de quiebra en el supuesto de una herencia aceptada de modo puro y simple, cuyo efecto es, según la doctrina dominante, el de la confusión patrimonial (41). Se ha dicho, de modo esquemático, que los tres principales efectos de la confusión patrimonial son: 1) la extinción de las recíprocas relaciones de débito-crédito; 2) la responsabilidad ilimitada del heredero por las deudas hereditarias; 3) la posición paritaria de todos los acreedores, hereditarios y del heredero, sobre el patrimonio relicto (42). Estos efectos dejarían de producirse a partir de la declaración de quiebra, por la «tipica inopponibilità

(39) Vid. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, 14.^a ed., Napoli, 1974, págs. 559 y sigs.

(40) Así, VELLANI, *op. cit.*, pág. 3.

(41) Vid. VELLANI, *op. cit.*, págs. 22 y sigs.

(42) Vid. VELLANI, *op. cit.*, pág. 23.

fallimentare di cui sono espressione gli artt. 64, 65 e 70 l. fall», es decir, por la ineficacia relativa de todos aquellos actos que puedan resultar perjudiciales para los acreedores de la quiebra (43).

Según SAVI: «col fallimento si ripristinano nella loro originaria consistenza e struttura i patrimoni che si erano confusi, nonchè i rapporti estinti, reviviscenza però solo “fallimentare” che non si pone quindi in termine di rescissione o cancellazione definitiva» (44). El denominado efecto «repristinatorio» no consiste en otra cosa que en volver al estado primitivo el activo y pasivo del patrimonio relicto que, a consecuencia de la confusión, hayan podido sufrir alteraciones.

Pues bien, ante un supuesto de declaración de quiebra de un empresario fallecido, cuyo patrimonio relicto ha sido aceptado de modo puro y simple por el heredero pueden ser dos las soluciones posibles: 1) que la confusión patrimonial sea irreversible y que nos encontremos ante un conjunto de relaciones activas y pasivas que corresponden tanto al difunto como al heredero, pero que se hayan integrado ya en un único patrimonio *monolitico*; 2) que todavía sea posible separar los dos patrimonios y reconstruir en la medida de lo posible el patrimonio relicto, de cara a la satisfacción de los acreedores del difunto.

En el primer caso, nos encontraremos ante una deuda del heredero respecto a la quiebra del difunto o, dicho de otro modo, la quiebra sería una acreedora del sujeto titular de aquello que se ha convertido en un patrimonio único (a los acreedores del difunto les corresponderá un derecho de crédito respecto al heredero en quiebra).

Además, en esta primera tesis, se eliminaría la preeminencia de los acreedores del difunto respecto a los de los herederos en el concurso derivado de la insolvencia del difunto porque al no diferenciarse los patrimonios, «todos» podrían cobrar con cargo al «todo» (45). Esta preeminencia no hay que interpretarla, en mi opinión, como un privilegio sino como la consecuencia lógica de la responsabilidad del patrimonio del difunto por las deudas contraídas en vida.

La segunda solución propuesta, que es la predominante en la doctrina —como hemos visto— deriva del denominado «spossesamento» del heredero

(43) VELLANI, *ibidem*.

(44) Vid. *Il fallimento dell'imprenditore defunto*, Giuffrè, 1976, págs. 244-246.

Desde la perspectiva de la responsabilidad del heredero, resulta muy interesante, en mi opinión, el siguiente texto de SALANITRO (*op. cit.*, pág. 40): «...in conseguenza del fallimento dell'imprenditore defunto, la responsabilità illimitata e solidale che l'erede ha assunto, per l'accettazione pura e semplice dell'eredità, diviene sussidiaria, facendo sì che i creditori del defunto concorrano sui beni dell'erede, assieme ai suoi creditori personali, esclusivamente per la parte rimasta insoddisfatta, e solo dopo la liquidazione fallimentare, mentre se la responsabilità dell'erede non diventasse sussidiaria, i creditori del defunto, in costanza di fallimento, potrebbero addirittura precedere i creditori dell'erede nell'agredire il suo patrimonio, mantenendo tuttavia fermo il diritto di conseguire tutto quanto ricavato dalla liquidazione concorsuale.

(45) Esta es la tesis defendida por ANDRIOLI a la que hemos hecho referencia anteriormente, en el epígrafe 6.2.

de los bienes que le corresponden. La consecuencia de la misma es que la responsabilidad del heredero (ilimitada y solidaria) se convierte en subsidiaria, de modo tal que de las deudas hereditarias (que ahora configuran la masa pasiva de la quiebra) responde el patrimonio hereditario (que ahora constituye la masa activa de la quiebra). Si no fuese así y existiese confusión, los acreedores hereditarios concurrirían con los personales del heredero y si bien los primeros carecen de una específica preferencia legal, sí deberían poder cobrar con cargo al patrimonio responsable. El modo de aceptar la herencia por el heredero puede tener consecuencias en el tipo de responsabilidad que asuma el heredero pero no puede repercutir en la responsabilidad del patrimonio hereditario por sus propias deudas que debe continuar más allá del tipo de aceptación, porque lo primero es pagar las deudas hereditarias.

Si la declaración de quiebra sobre el patrimonio hereditario no desplega-se el reiterado efecto de separación patrimonial —aun a consecuencia de una herencia aceptada de modo puro y simple— tanto los acreedores hereditarios como los acreedores personales del heredero saldrían perjudicados. Los primeros porque cobrarían —o no— en igualdad de condiciones que los segundos; y los segundos porque no pudiendo insinuarse en la quiebra tendrían que cobrar sobre lo que quedase —si es que queda algo— en igualdad de condiciones que los acreedores hereditarios.

6.5. *¿Desde cuándo tiene lugar la separación del patrimonio hereditario y cómo se materializa?*

¿Cómo se realiza la separación del patrimonio hereditario? Porque es claro que una cosa es separar el patrimonio en sentido jurídico (hacer la fotografía del patrimonio del quebrado en el momento de su muerte) y otra diferente es intervenir en la gestión que ya haya hecho el heredero y, por tanto, establecer qué concretos bienes se pueden incorporar al *fallimento*. El «cómo» se produce la separación está indisolublemente ligado al «desde cuándo».

En efecto, se ha planteado en la doctrina italiana la duda sobre el momento desde el que se produce tal efecto de separación: si desde la declaración de *fallimento* o, retroactivamente, desde la muerte del causante (46). Aunque la eficacia retroactiva es la tesis que mejor permite tutelar los intereses de los acreedores del difunto, lo cierto es que no hay soporte legal que permita sostener que el «spossestamento» tenga lugar antes de la declaración de quiebra. Por otro lado, según VELLANI, el heredero que ha aceptado la herencia de modo puro y simple tiene plena legitimidad para disponer de los bienes y, por tanto, el efecto de la

(46) Vid. VELLANI, *Fallimento post mortem*, op. cit., pág. 29 y sigs.

separación no puede ser anterior a la declaración de quiebra (47). Esto es lo que sostiene este autor, diciendo, en otro lugar, que la identificación del patrimonio del difunto se hará en el momento de la declaración de quiebra; otra cosa es que los actos anteriores realizados por el heredero puedan ser susceptibles de impugnación e, incluso, se pueda llegar a declarar el *fallimento* del propio heredero (48).

No estoy plenamente de acuerdo con esta idea porque, aunque la aceptación pura y simple le permita al heredero gestionar y disponer de los bienes de la herencia, esto no entra en contradicción con la separación patrimonial. No veo impedimento para declarar la eficacia retroactiva de la separación o, mejor dicho, para defender la autonomía del patrimonio hereditario y la garantía de su responsabilidad desde el mismo momento de la apertura de la sucesión.

Hemos de recordar, en este punto, que en España, la autorizada opinión de PEÑA viene a decir que no hay herencia hasta que se paguen las deudas y, por tanto, los herederos tendrían que esperar a satisfacer a los acreedores antes de disponer del remanente (concepto residual de herencia) (49). También se podría pensar que aunque los herederos dispongan, tendrán que responder con el patrimonio hereditario que recibieron, no con el que queda después de los actos de disposición, con independencia de que queden o no concretos bienes en el patrimonio hereditario: si no quedasen, tendrán que responder con su propio patrimonio personal y si este no fuese suficiente, se podrá declarar el concurso o la quiebra del propio heredero.

Respecto a cómo se materializa la separación de bienes, se ha dicho que deberán aplicarse las normas del Código Civil (arts. 512-518) en materia de separación de bienes del difunto de los del heredero, coordinadas con los principios del procedimiento concursal, de modo tal que respecto a los bienes inmuebles o a aquellos inscritos en registros públicos, la separación se realiza mediante la anotación de la sentencia de quiebra en los registros públicos (art. 88.2 LF); respecto a los muebles, se hará un inventario por parte del *giudice delegato ed esequito dal curatore*. A ello se une la toma de posesión de los bienes por parte del *curatore* o administrador de la quiebra (50).

7. QUIEBRA DEL DIFUNTO Y QUIEBRA DEL HEREDERO

Ya hemos visto que la legislación italiana de quiebras difícilmente admite la quiebra de un sujeto que no sea comerciante, por lo que si el heredero es

(47) *Ibidem*.

(48) Vid. *op. cit.*, págs. 32 y sigs.

(49) Vid. *La herencia y las deudas del causante*, cit., pág. 151.

(50) Vid. DI MAJO, «Commentario arts. 11 e 12 Legge Fallimentare», en *Codice commentato del fallimento*, *op. cit.*, pág. 88.

empresario no hay ningún inconveniente en declarar la quiebra, también, del heredero o, incluso, solo del heredero. Sin embargo, cuando el heredero no tiene esta cualidad, el hecho de la aceptación pura y simple de la herencia no se la atribuye. Esto no sucedería, evidentemente, en la legislación concursal española donde el que quiebra no tiene por qué ser necesariamente empresario y, en los casos de aceptación pura y simple de la herencia, una buena parte de la doctrina española defiende la posibilidad de declarar en concurso al heredero o herederos que así hayan aceptado (51).

En la práctica jurídica italiana se diferencian, fundamentalmente, tres supuestos: 1) el heredero aceptante no es empresario comercial y, obviamente, no continúa la empresa del difunto; 2) el heredero continúa, aunque solo sea de hecho, la actividad comercial del difunto; 3) el heredero es empresario comercial independiente del difunto y, por tanto, no prosigue la actividad del difunto (52).

En la primera situación fáctica, ya hemos señalado anteriormente que si la insolvencia es imputable al difunto, solo este podrá ser declarado en quiebra (53). El problema surgirá en aquellos casos en los que la insolvencia no es imputable al difunto sino a actos realizados por el heredero (no empresario) que, por ejemplo, dilapida el patrimonio hereditario en el juego. En casos como estos algunos autores defienden la quiebra del difunto aunque la insolvencia no le sea a él imputable, pero sí lo es a su patrimonio (54). Otros autores, como RAGUSA MAGGIORE y VELLANI, entienden que en estos casos el que quiebra no es el difunto, y tampoco el heredero porque no es empresario, pero al ser el autor de los actos perjudiciales y al ser a él imputable la insolvencia, él es el responsable y la tutela de los acreedores se deberá realizar a través de la vía civil, en la que, por ejemplo, podrán pedir la separación de bienes (arts. 517 y sigs. CC) (55).

En la segunda y tercera de las hipótesis propuestas parece que no habrá impedimento alguno para declarar la quiebra del heredero.

Pero la cuestión realmente importante en este ámbito es la de la posibilidad de concurrencia de la quiebra del difunto con la quiebra del heredero. Hay criterios diversos en la doctrina italiana, aunque el criterio guía parece ser el de la imputación de los actos y, consecuentemente, de la insolvencia que, en su caso, desencadenará la correspondiente quiebra (56). Por ello, no hay inconveniente en que concurren las dos quiebras si la insolvencia es atribuible a ambos sujetos. Ahora bien, se considera que declarada la quiebra del heredero, no se aplicará la normativa del artículo 11 LF y, por tanto, no cesarán los efectos de la separación

(51) Nos remitimos a la nota 14 del presente trabajo, donde ya hemos reflejado esta cuestión.

(52) Vid. VELLANI, *op. cit.*, pág. 36.

(53) Vid. epígrafe II.2.

(54) Vid. SALANITRO, *op. cit.*, pág. 37.

(55) RAGUSA, *op. cit.*, pág. 5 y sigs.; VELLANI, *op. cit.*, pág. 37.

(56) Así, VELLANI, *op. cit.*, págs. 38-39.

de bienes en caso de que alguno de los acreedores del heredero la haya solicitado (es decir, estos acreedores serán y continuarán siendo privilegiados) (57). Una primera lectura de esta interpretación doctrinal aboca, a mi juicio, en la lesión del principio dominante en el concurso o en la quiebra, el de la *par conditio creditorum*, de modo que toda preferencia crediticia debería estar expresamente reconocida. Si admitimos que en la quiebra del heredero, además de sus propios acreedores, pueden insinuarse los del causante, lo lógico será que no existan más privilegios que los regulados por la correspondiente ley de quiebras. Y si esta no hace referencia alguna a la subsistencia de privilegios existentes al amparo de otra normativa no debería bastar el hecho de que el artículo 11 LF se refiera solo a la quiebra del difunto para entender que alguna de sus normas —y en concreto la del párrafo tercero— se apliquen también a la quiebra del heredero.

En el caso de concurrencia de ambos concursos o quiebras, se ha suscitado la interesante cuestión de si los acreedores del difunto pueden concurrir en la quiebra del heredero y viceversa cuando la herencia ha sido aceptada de modo puro y simple. *Prima facie*, se impone una primera respuesta negativa ya que siendo la separación patrimonial el efecto de la quiebra *post mortem*, cada grupo de acreedores debería cobrar con cargo al patrimonio responsable y no con cargo a otro. Hemos de recordar que si bien el efecto de la aceptación pura y simple es —según la tesis mayoritaria— el de la confusión entre el patrimonio hereditario y el patrimonio del heredero, creándose una única masa patrimonial, cuando se produce la quiebra de uno y de otro, la confusión queda eliminada y se reconstituyen dos masas activas autónomas destinadas a satisfacer sus respectivos créditos (58).

Pues bien, VELLANI viene a señalar que los acreedores personales del heredero solamente podrán insinuarse en la quiebra del difunto y los acreedores del difunto en la del heredero, una vez agotado el patrimonio de su deudor, o

(57) Vid. VELLANI, *op. cit.*, págs. 39-40.

(58) Las principales hipótesis de no confusión patrimonial son las siguientes: herencia todavía no aceptada, herencia yacente o herencia aceptada a beneficio de inventario; a las que habría que añadir, en el derecho italiano, la de la separación de bienes solicitada por los acreedores del causante. En estos casos, existen dos centros de imputación de intereses distintos, tanto en el ámbito activo como pasivo del patrimonio. Esto es obvio para los supuestos enunciados, pero creo que también existe esa distinción en el caso de la aceptación pura y simple porque el efecto de esta modalidad de aceptación no es tanto el de la confusión patrimonial cuanto el de la extensión de la responsabilidad a los bienes o al patrimonio del heredero o herederos que así hayan aceptado, de modo que la masa hereditaria sigue conservando su autonomía e independencia y la responsabilidad por las deudas de esa masa se extiende o alcanza, también, al patrimonio del heredero, sin perjuicio de que los bienes se hayan mezclado. Lo importante no es, pues, si los bienes se han o no confundido sino cuál es el soporte patrimonial inicialmente responsable. Esto es lo realmente importante, en mi opinión, de modo que el efecto de la confusión no es, ni mucho menos, el más importante de la aceptación pura y simple —para algunos, como PEÑA, ni siquiera es tal— sino el de la extensión de la responsabilidad.

sea que pueden proceder subsidiariamente contra el otro patrimonio por lo que les quede por satisfacer porque existe un «reciproco vincolo di sussidiarietà tra i due patrimoni» (59).

La opinión de SALANITRO sobre la relación entre los acreedores del heredero y los acreedores del difunto es parcialmente diferente (60). Según SALANITRO, puesto que los patrimonios permanecen separados, los acreedores del difunto pueden concurrir en la quiebra del heredero solo en la parte de su crédito no satisfecha por la masa activa de la quiebra del difunto (serán admitidos con reserva, según el art. 96, tercer párrafo LF). Los acreedores particulares del heredero, sin embargo, no pueden insinuarse en la masa pasiva de la quiebra del difunto, pero el eventual residuo después de que finalice el procedimiento concursal entrará a formar parte del activo de la quiebra del heredero y sobre este activo los acreedores del heredero podrán concurrir. Esta tesis parte, con razón a mi entender, de que la quiebra del difunto ha de ventilarse antes que la quiebra del heredero.

Creo que la visión de SALANITRO es más ajustada porque los acreedores personales de los herederos solo podrán cobrar con cargo al patrimonio personal del heredero y si hay una quiebra abierta contra el causante no se podrá saber qué parte del patrimonio de este podrá pasar al patrimonio de aquel hasta que el procedimiento finalice. El resultado de una y otra tesis es prácticamente el mismo: la subsidiariedad recíproca de los patrimonios; pero si las dos quiebras están abiertas simultáneamente, el patrimonio hereditario formará parte de la masa activa de la quiebra del difunto y no pasará al heredero hasta que esta se ventile.

Con todo, la concurrencia de las dos quiebras —la del difunto y la del heredero— en el derecho italiano, cuando la herencia se ha aceptado de modo puro y simple, sirve para reforzar la tesis de que no hay confusión patrimonial, porque si la hubiese solo tendría sentido declarar la quiebra del heredero que sería el titular de un patrimonio monolítico fruto de la confusión de su propio patrimonio y el patrimonio hereditario, con los correspondientes bienes y deudas.

8. LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACTOS PERJUDICIALES PARA LA MASA REALIZADOS POR LOS HEREDEROS: LA ACCIÓN REVOCATORIA EN EL *FALLIMENTO POST MORTEM*

La declaración judicial de quiebra o concurso de acreedores no tiene efectos retroactivos y, por tanto, los actos de disposición realizados por los herederos antes de la declaración de quiebra o concurso no son ineficaces respecto a la masa, pero pueden ser revocables con ciertas excepciones. Por ejemplo, se considera que no son revocables los actos realizados por los herederos con la autorización del juez en caso de aceptación de la herencia con beneficio de

(59) *Op. cit.*, pág. 43.

(60) *Vid. op. cit.*, pág. 345.

inventario (61). Los problemas se plantean respecto a los actos realizados por el heredero que ha aceptado a beneficio de inventario, sin la correspondiente autorización judicial (art. 493 CC italiano). Para algunos autores, estos actos son ineficaces de pleno derecho y, por tanto, no son susceptibles de revocación (62). Para otros, sin embargo, la realización de tales actos puede llevar a la pérdida del beneficio de inventario y a la propia quiebra del heredero y esos actos que deriven en la quiebra del heredero podrían ser revocables (63).

Pero al margen de esta polémica, el principal interrogante que se plantea es si, con carácter general, son revocables aquellos actos que no son realizados por el sujeto quebrado, sino por el heredero antes de la declaración de *fallimento*. Algunos autores se muestran contrarios a la aplicación de la revocatoria concursal a los actos de disposición perjudiciales realizados por el heredero, basándose en que el quebrado es el difunto y no el heredero (64).

LO MORO BANZI, sin embargo, considera que estos actos se pueden impugnar a través de la acción revocatoria de la quiebra ya que lo que importa es la pertenencia de los bienes a la masa de la quiebra y no quién haya realizado los actos de disposición (65). De la misma opinión es SALANITRO, aunque con algún matiz interesante. Este autor defiende que se les puede aplicar a estos actos la revocatoria *fallimentare* porque para ser declarada la quiebra del difunto será necesario que el heredero (aceptante puro y simple) sea, a su vez, insolvente y, por ello, también a sus actos se puede aplicar esta revocatoria (66). No está de acuerdo con esta opinión VELLANI, quien señala que si el heredero es también insolvente, debería declararse su propio *fallimento* y solo así podrían quedar sujetos a la revocatoria concursal sus actos de disposición perjudiciales, pero no puede aplicarse la *disciplina fallimentare* a actos no imputables al *fallito*, *con totale pregiudizio dei terzi contraenti dall'erede* (67).

A mi modo de ver, el carácter revocable de los actos perjudiciales realizados por los herederos antes de la declaración de quiebra no dependerá tanto de quién lo realice cuanto de que se cumplan o no los requisitos establecidos con carácter general por la *Legge fallimentare*. Si bien es cierto que tanto la ley de quiebras italiana como la concursal española parten de que los actos revocables son actos realizados por el deudor, cuando este ha fallecido y el acto perjudicial sobre bienes de la herencia lo realiza su heredero que, por tanto, ya ha aceptado

(61) Vid. DI MAJO, *op. cit.*, pág. 93.

(62) SALANITRO, *op. cit.*, pág. 147.

(63) RAGUSA, *op. cit.*, pág. 87.

(64) Así, VELLANI (*op. cit.*, pág. 33) para quien, en caso de revocación, la acción oportuna es la revocatoria ordinaria.

(65) Vid. «Separazione dei beni, fallimento *post mortem* e atti di disposizione dell'erede», en *Diritto Fallimentare*, 1978, I, pág. 554.

(66) Vid. *Il fallimento*, cit., pág. 135 y sigs.

(67) Vid. *Fallimento post mortem e separazione dei beni*, cit., págs. 33 y 35.

y adquirido la herencia, lo que habrá que valorar es si se cumplen los requisitos para poder revocar el acto, ya sea por la vía concursal o por la civil ordinaria.

Será el *curatore*, en Italia, o la administración concursal, en España, quienes deban probar los elementos necesarios para revocar el acto o hacerse valer de las correspondientes presunciones de perjuicio patrimonial. Es, en términos generales, el tercer adquirente o contrayente el que deberá demostrar, según dice el artículo 67 LF, que no conocía el estado de insolvencia del quebrado (difunto) o que no se produce perjuicio patrimonial alguno (art. 71 LC).

En el caso italiano el dato relevante es, pues, el del conocimiento del estado de insolvencia del quebrado cuando este ha fallecido y sus herederos han aceptado la herencia de modo puro y simple. En estos casos, el tercer adquirente podrá acreditar que, aun conociendo el estado de insolvencia del quebrado, la aceptación de la herencia ha hecho disminuir ese estado de insolvencia y el heredero ha podido pagar con dinero o fondos propios.

En otros términos: el tercer adquirente deberá probar que ignoraba la procedencia del bien o que pensaba que este procedía del patrimonio del heredero. El conocimiento de tal procedencia es un elemento de hecho que debe formar parte, necesariamente, del presupuesto de la *scientia decoctionis*.

9. FUNCIÓN Y FINALIDAD DEL *FALLIMENTO POST MORTEM*

No resulta difícil deducir del estudio realizado que la quiebra *post mortem* desempeña, en el ordenamiento italiano, una importante función de tutela y garantía de los acreedores del sujeto quebrado, es decir, del empresario fallecido. El *fallimento post mortem* preserva o conserva a favor de los acreedores hereditarios la originaria responsabilidad del patrimonio del *de cuius*, a través de la autonomía y separación de este patrimonio del correspondiente al o a los herederos, garantizando, así, su destino preferente a la satisfacción de los correspondientes créditos. Esta función de garantía y preferencia de los acreedores hereditarios que desempeña la quiebra *post mortem* goza de amplio respaldo jurisprudencial (vid., entre otras, la sentencia de la Corte de Casación de 28 de diciembre de 1998).

Ahora bien, no hay que descuidar que realizando esta importante función de tutela y garantía de los acreedores del quebrado, el *fallimento post mortem* supone una derogación de la responsabilidad patrimonial universal que proclama el artículo 2740.1 del Código Civil italiano porque los acreedores personales del heredero no son acreedores concursales y, por tanto, no pueden insinuarse en la masa pasiva de la quiebra (68). El patrimonio hereditario se integrará en

(68) El citado precepto del Código italiano establece, en términos similares al 1911 de nuestro Código, que: «*il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri*». Vid., al respecto, APRILE, «Commentario articolo 11 e 12 Legge

el patrimonio personal del heredero pero no hasta que finalice la quiebra en la que está incurso, de modo que, aun perteneciendo a este, no responderá de los créditos del heredero mientras esté pendiente la quiebra del *de cuius*.

III. REFLEXIONES CONCLUSIVAS A LA LUZ DE UN ANÁLISIS COMPARADO DE LA REGULACIÓN ITALIANA Y ESPAÑOLA DE ESTA CUESTIÓN

Las diferencias entre la disciplina del *fallimento post mortem* y la correspondiente regulación española son, a primera vista, bastante significativas.

1. Respecto al presupuesto subjetivo: El declarado en concurso, en el ordenamiento italiano, es el propio fallecido siempre que se den unos requisitos de proximidad temporal entre la declaración y el fallecimiento del empresario. La herencia no tiene, por tanto, al menos de modo expreso en la letra de la ley italiana, capacidad para ser declarada en quiebra. En un Proyecto de Reforma de la *Legge Fallimentare* elaborado en el año 1921 sí se admitía (art. 4) la capacidad concursal de la herencia siempre que no se hubiese confundido con el patrimonio del heredero (69). Esta es la solución adoptada por la Ley Concursal española en su artículo 1.2.

De otro lado, el presupuesto subjetivo del *fallimento* es el de un deudor empresario, no el de cualquier otro deudor, al contrario de lo que sucede en el ordenamiento español tras la vigente Ley Concursal de 2003.

2. Respecto al presupuesto objetivo: En el derecho español no se especifica nada, a diferencia del italiano, sobre el hecho de si la insolvencia del patrimonio hereditario para hacer frente a sus deudas puede ser o no posterior al fallecimiento del deudor y quizá esta falta de previsión pudiera originar algún problema en la práctica.

Por otra parte, la quiebra de un empresario difunto se podrá declarar, en el ordenamiento italiano, aun en el caso de que la herencia haya sido aceptada de modo puro y simple, siempre —naturalmente— que este modo de aceptar no haga desaparecer la insolvencia. El heredero que ha aceptado pura y simplemente no tendrá legitimación para solicitar la quiebra pero sí la tendrán el resto de sujetos legitimados con carácter general por la *Legge Fallimentare*. La consecuencia de la declaración de quiebra en estos casos será, también, la de la constitución de dos masas patrimoniales diferentes (la del causante y la del heredero), afectas cada una a su correspondiente responsabilidad.

Fallimentare», cit., pág. 83; y LO MORO BANZI, «Separazione dei beni, fallimento post mortem e atti di disposizione dell'eredità», en *Diritto Fallimentare*, 1978, I, pág. 548.

(69) Proyecto de Ley redactado por el concursalista BONELLI y publicado en la *Rivista di Diritto Commerciale*, 1921, pág. 522 y sigs.

En el caso contemplado por el artículo 12 LF —fallecimiento del ya quebrado— el sujeto pasivo del procedimiento es el heredero o herederos. Ello va en coherencia con la falta de capacidad concursal de la herencia en el derecho italiano de quiebras que hemos visto proyectada en el artículo 11 LF. Nos encontramos ante una disciplina que impone la presencia, aunque sea formal, de un sujeto del *fallimento*. Esta es una idea muy importante porque es lo que diferencia, aparentemente, el derecho español del italiano, donde el procedimiento tiene que dirigirse, necesariamente, contra un empresario (persona física o jurídica), mientras que en el ordenamiento español se admite el concurso de ciertas masas patrimoniales.

La diferente capacidad concursal exigida en uno y otro ordenamiento determina que en el Derecho italiano no puede, formalmente, declararse el concurso de la herencia sino del difunto, aunque el objeto sobre el que se proyecta el concurso sea el mismo: una masa patrimonial (la herencia) diferenciada del patrimonio del o de los herederos, con independencia del tipo de aceptación. Por tanto, el resultado práctico es el mismo: el concurso se proyecta sobre una masa patrimonial autónoma aunque, formalmente, el sujeto legitimado sea, en un caso, el difunto y en el otro la herencia.

Con todo, hay una diferencia de mayor relieve: en el derecho italiano se puede declarar la quiebra del difunto aun en el caso de aceptación pura y simple; en el derecho español, por el contrario, solo se podrá declarar el concurso de una herencia en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente. ¿A qué se puede deber esta importante diferencia? Probablemente, a que en el derecho italiano de quiebras, el efecto del *fallimento* es la separación patrimonial que se da en cualquier caso de aceptación y, por tanto, también en la pura y simple.

Si uno de los principales objetivos de la quiebra y del concurso ha de ser el de tutelar a los acreedores para que cobren en la medida de lo posible, difícilmente se cumpliría tal propósito si se produce la confusión entre el patrimonio del heredero y el del causante porque, de este modo, los acreedores personales del heredero o herederos podrán cobrar con cargo a la masa activa en igualdad de condiciones respecto a los concursales.

Así pues, es el patrimonio, con independencia del tipo de aceptación de la herencia, el que tiene que hacer frente a sus deudas, dentro o fuera de un procedimiento de quiebra o concurso. Que el procedimiento se dirija contra el quebrado o contra la herencia es poco relevante. Lo que importa es el ámbito de poder y responsabilidad sobre el que se proyecta y este no es otro que el de un patrimonio —el hereditario— que debería permanecer individualizado y separado más allá de la muerte de su titular y con independencia del tipo de aceptación de la herencia. En mi opinión, la separación no debería ser tanto una consecuencia o efecto de la quiebra, como sucede en el ordenamiento italiano, cuanto una consecuencia consustancial a la idea misma de patrimonio.

IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRIOLI: «Fallimento dell'imprenditore defunto e separazione dei patrimonio», en *Studi in onore di Alberto Asquini*, T. I, Cedam, 1965.
- APRILE: «Commentario articolo 11 e 12 Legge Fallimentare», en *La Legge Fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di M. FERRO, Cedam, 2007.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: «Comentario del artículo 1 LC», en *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. I, dirigidos por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tecnos, 2004.
- CAZORLA GONZÁLEZ: *El concurso de la herencia*, Reus, 2007.
- COSSIGNANI: «In tema di fallimento dell'imprenditore defunto e ritirato dal commercio», en *Giustizia Civile*, 1999, 9 (Nota a Sentenza Cassazione Civile, 28-12-1998).
- FERRI: *Successioni in generale, Commentario Codice Civile*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna-Roma, 1968.
- HIDALGO GARCÍA: «Comentario del artículo 1.2 LC», en *Comentarios de la Ley Concursal*, dirigidos por SÁNCHEZ-CALERO y GUILARTE GUTIÉRREZ, Lex Nova, 2004.
- LACRUZ BERDEJO: *Derecho de Sucesiones. Parte General*, Bosch, 1961.
- LASARTE ÁLVAREZ: *Derecho de Sucesiones*, Marcial Pons, 7.^a ed., 2011.
- DI MAJO: «Commentario articolo 11 e 12 Legge Fallimentare», en *Codice commentato del fallimento*, diretto da G. LO CASCIO, Ipsoa, 2008.
- LO MORO BANZI: «Separazione dei beni, fallimento post mortem e atti di disposizione dell'erede», en *Diritto Fallimentare*, 1978, I.
- NAVARRO CASTRO: *La responsabilidad por las deudas hereditarias*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2009.
- OSTI: «La separazione dei patrimoni e il fallimento post mortem. Saggio chematico di ricostruzione», en G. OSTI, *Scritti Giuridici*, Milano, II, 1973.
- PARRA LUCÁN: *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, Civitas (Estudios de Derecho Concursal), 2009.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *La herencia y las deudas del causante*, Comares, 2009, 3.^a ed.
- RAGUSA MAGGIORE: «La morte dell'imprenditore e il fallimento», en *Diritto Fallimentare*, 1978, I.
- ROJO-ORDUÑA: «Comentario al artículo 1.2 de la Ley Concursal», en *Comentario de la Ley Concursal*, Civitas, 2004.
- SABATO DI: «Il fallimento dell'imprenditore defunto», commento ad App. Bari, dec. 30 - 30 novembre 1960, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1962, II.
- SALANITRO: *Il fallimento dell'imprenditore defunto*, Giuffrè, 1974.
- «Fallimento dell'imprenditore defunto e concorso tra creditori ereditari e creditori dell'erede», en *Rivista di Diritto Civile*, 1970, I, 532.
- SAVI: «Fallimento dell'imprenditore defunto e separazione dei patrimonio», en *Giurisprudenza commerciale*, 1974, I.
- SCHIANO DI PEPE: «Il fallimento dell'imprenditore defunto», en *Il Diritto Fallimentare Riformato. Commento sistematico a cura di G. SCHIANO DI PEPE*, Cedam, 2007.
- VELLANI: *Fallimento post mortem e separazione dei beni*, Cedam, 1991.

RESUMEN

INSOLVENCIA
DECLARACIÓN DE QUIEBRA
POST MORTEM
ITALIA

La insolvencia patrimonial de una persona que persiste tras su fallecimiento puede desencadenar el fenómeno de la quiebra post mortem, donde confluyen derecho sucesorio y derecho concursal. El objeto de este trabajo es el de examinar la proyección de esta figura en el ordenamiento italiano de quiebras a través del estudio de las principales reglas que la disciplinan: presupuestos, plazos, legitimación, efectos... Todo ello permitirá no solo realizar las oportunas comparaciones con la correspondiente regulación española de esta materia sino, y sobre todo, reflexionar en torno a la autonomía del patrimonio hereditario y a su separación.

ABSTRACT

INSOLVENCY
POST-MORTEM DECLARATION
OF BANKRUPTCY
ITALY

Financial insolvency that persists after a person's death may unleash the phenomenon of post-mortem bankruptcy, where succession law and bankruptcy law mingle. The object of this paper is to examine the influence of post-mortem bankruptcy on Italian bankruptcy legislation through a study of the principal rules concerning the topic, including budgets, time periods, legal standing and effects. The appropriate comparisons with Spanish rules and regulations are then drawn, and, more importantly, some reflections are offered on the autonomy of the hereditary estate and its separation.

*(Trabajo recibido el 21-9-2010 y aceptado
para su publicación el 15-9-2011)*

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

RESUMEN DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Coordinado por Juan José JURADO JURADO

Registro de la Propiedad

Por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución de 31-5-2011
(BOE 17-9-2011)
Registro de Oviedo, número 2

SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA *SINE LIBERIS DECESSERIT*.

La llamada sustitución fideicomisaria *sine liberis decesserit* debe estimarse como condicional, con lo que la renuncia preventiva que efectuaron los inicialmente llamados como fideicomisarios, solo surtirá efecto si se acredita que ellos llegaron efectivamente a ser tales fideicomisarios por haber sobrevivido al fiduciario que falleció sin hijos ni descendientes.

Resolución de 15-6-2011
(BOE 28-9-2011)
Registro de Santa Pola

PROPIEDAD HORIZONTAL: MODIFICACIÓN DE ESTATUTOS.

De acuerdo con el principio hipotecario del tracto sucesivo y la regla de acuerdo unánime para la modificación del título constitutivo, una vez inscrita en el Registro la constitución de una determinada supracomunidad de vecinos y los estatutos que la regulan, lo cual ocurre en el presente caso por declaración expresa contenida en los estatutos inscritos, la modificación de estos requerirá el consentimiento unánime de su Junta de Propietarios, que debe entenderse compuesta —a falta de previsión estatutaria que hubiera regulado la composición de otra forma— por todos los que lo son de dicha supracomunidad.

Resolución de 21-6-2011

(BOE 28-9-2011)

Registro de Las Palmas de Gran Canarias, número 2

RECTIFICACIÓN DE ASIENTOS REGISTRALES.

Según el contenido del asiento que se solicita, se trataría de errores sustantivos o de concepto del título inscrito, de manera que solo podrán quedar desvirtuados por la rectificación del mismo título inscrito. Lo que no cabe es hacerlo a través de la mera declaración unilateral de voluntad del titular registral (aunque sea el único que podría verse perjudicado ya que no hay titulares intermedios) encaminada exclusivamente a provocar dicha rectificación, cuando el error deriva del propio título inscrito y sin haber procedido previamente a la rectificación de este. La rectificación del asiento se producirá entonces a través del nuevo título rectificatorio —acompañado en su caso del título rectificado—, sin que sea suficiente a estos efectos una mera acta de manifestaciones.

Resolución de 24-6-2011

(BOE 17-9-2011)

Registro de Elche, número 1

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO.

La rectificación de un asiento del Registro en relación con datos relativos al estado civil, puede llevarse a efecto con la sola aportación de las certificaciones del Registro Civil acreditativas de los mismos.

Resolución de 27-6-2011

(BOE 17-9-2011)

Registro de Sabadell, número 4

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE BIENES HIPOTECADOS: HIPOTECANTE NO DEUDOR.

En el procedimiento de ejecución de bienes hipotecados es necesario que el hipotecante no deudor sea demandado y requerido de pago, sin que tal defecto pueda subsanarse con la posterior notificación.

Resoluciones de 28-6 y 18-7-2011

(BOE 17 y 28-9-2011)

Registro de Torrent, número 2, y Girona, número 4

AYUNTAMIENTOS: ANOTACIÓN DE EMBARGO SOBRE BIENES FUERA DE SU TÉRMINO MUNICIPAL.

Las Entidades Locales tienen plena competencia para dictar el acto administrativo mediante el cual se declara la existencia de un crédito exigible a su favor, cuando sea cierta su cuantía y la persona del obligado, y también para su recau-

dación en periodo voluntario o ejecutivo, dictando a tal efecto la correspondiente providencia de apremio, diligencia de embargo y medidas cautelares, como es el mandamiento de anotación del embargo. En cambio, carece de tal competencia para realizar actuaciones de realización forzosa sobre bienes inmuebles situados fuera de su término municipal, que deberá llevarse a cabo por los órganos competentes de la correspondiente Comunidad Autónoma cuando deban realizarse en el ámbito territorial de esta, y por los órganos competentes del Estado en otro caso, previa solicitud del presidente de la Corporación.

Resoluciones de 28 y 29-6-2011

(BOE 7-10-2011)

Registro de Cerdanyola del Vallés, número 2

CONDICIÓN RESOLUTORIA: NECESIDAD DE CONSIGNACIÓN PARA SU EJERCICIO.

Para ejercitar la condición resolutoria inscrita en garantía de parte del precio aplazado en una venta, es imprescindible consignar el importe de las cantidades pagadas por el comprador y que el vendedor debe restituirle al resolverse el contrato.

Resolución de 29-6-2011

(BOE 22-10-2011)

Registro de Vitoria Gasteiz, número 3

CONCURSO DE ACREEDORES: ANOTACIÓN DE EMBARGO.

Constando en el Registro la existencia de un concurso de acreedores no concluido, siendo las providencias de apremio y la diligencia de embargo posteriores a la declaración de concurso, y no habiéndose obtenido con carácter previo un pronunciamiento del juzgado en el que se sigue el concurso que declare que los créditos son créditos contra la masa susceptibles de ejecución separada, procede la calificación negativa del mandamiento ordenando anotación.

Resolución de 30-6-2011

(BOE 7-10-2011)

Registro de Fuenlabrada, número 4

HIPOTECA: CANCELACIÓN POR CADUCIDAD.

Para poder cancelar una hipoteca por caducidad es imprescindible que el *dies a quo* resulte claramente identificado por el contenido de la inscripción.

Resolución de 30-6-2011

(BOE 7-10-2011)

Registro de Madrid, número 43

DACIÓN EN PAGO. TANTEO Y RETRACTO EN ARRENDAMIENTOS SUJETOS A LA LEY DE 1964.

Tratándose de viviendas dadas en arrendamiento sujeto a la Ley de 1964, los derechos de tanteo y retracto se dan en los casos de dación en pago. El hecho de que el negocio abarque 93 de las 94 viviendas del edificio, no afecta a los derechos de adquisición preferente en los términos de la referida Ley de 1964.

Resolución de 1-7-2011
(BOE 7-10-2011)
Registro de León, número 2

SEGURO DECENAL: OBRAS ANTIGUAS.

Para evitar la aplicación de la exigencia del seguro decenal a una obra nueva inscrita por antigüedad, no basta con la mera manifestación del Notario respecto a que dicha edificación se concluyó antes de la entrada en vigor de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre.

Resolución de 9-7-2011
(BOE 7-10-2011)
Registro de Tavernes de Valdigna

ANOTACIÓN DE EMBARGO: HERENCIA YACENTE.

Confirmando la doctrina sentada en resoluciones anteriores, el Centro Directivo aclara los requisitos, a efectos de tracto sucesivo, para la anotación de embargo en casos en que el titular registral ha fallecido. Si el procedimiento se sigue por deudas del causante y los herederos son ciertos y determinados, debe acreditarse, además del fallecimiento de aquel, las circunstancias personales de estos. Si las deudas son de herederos ciertos y determinados, debe además acreditarse el título su espejo y el certificado de últimas voluntades; en caso de que los herederos sean indeterminados, deberá emplazarse a alguno de los posibles llamados a la herencia, o haberse nombrado judicialmente un administrador de la herencia yacente.

Resolución de 11-7-2011
(BOE 22-10-2011)
Registro de Alcalá la Real

ANOTACIONES PREVENTIVAS DE EMBARGO: CIRCUNSTANCIAS DEL MANDAMIENTO.

Es imprescindible para la práctica de la anotación de embargo que el mandamiento judicial reúna todos los requisitos formales que garantizan su autenticidad, tales como el que todas sus hojas estén selladas. También es necesario que conste el CIF del demandante y que conste notificado el cónyuge del demandado tratándose de bienes gananciales.

Resolución de 13-7-2011
(BOE 28-9-2011)
Registro de Baza

RECTIFICACIÓN DE ASIENTOS REGISTRALES.

Si se tienen en cuenta los siguientes aspectos: *a)* la finalidad de protección del patrimonio forestal público frente a posibles inmisiones en procesos de inmatriculación de fincas o inscripción de excesos de cabida de fincas colindantes con montes públicos; *b)* la función de control y colaboración atribuida al Registrador en estos procesos; *c)* que en la Comunidad Autónoma andaluza todos los montes de titularidad pública deben ser incluidos en el Catálogo de Montes de Andalucía; *d)* que la Comunidad Autónoma de Andalucía tiene competencia exclusiva en materia de montes, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.23.^a de la Constitución (cfr. art. 57, número 1.ª de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, y Resolución de 20 de abril de 2007); y *e)* que la competencia para la expedición de informes en montes catalogados corresponde a la Comunidad Autónoma, es acertada la denegación de la inmatriculación de una finca cuando la Consejería correspondiente de la Comunidad Autónoma ha remitido un informe al Registrador confirmando que la referida finca invade montes públicos.

Resolución de 13-7-2011
(BOE 28-9-2011)
Registro de Valladolid, número 1

RECTIFICACIÓN DE CABIDA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Considerando la naturaleza de la inscripción de un exceso de cabida, y dadas las circunstancias concurrentes en este caso, como son: la amplia proporción del exceso cuya constatación registral se pretende en relación con la cabida inscrita (que excede del 48 por 100 de la misma) y la simultánea discordancia entre la superficie registral y catastral de una de las fincas colindantes, según se confirma por el resultado de la consulta telemática de la Oficina Virtual de Catastro, de donde se deduce que la mayor superficie cuya inscripción se pretende inscribir puede pertenecer a la finca 9.227, según se infiere igualmente del escrito del recurso al aludir al posible perjuicio de dicho colindante y de su no oposición a la inscripción del exceso de cabida; resultan totalmente justificadas las dudas que alberga el Registrador (cfr. apdo. 5 del art. 298.3 del RH), de donde se colige la necesaria suspensión del título calificado.

Resolución de 14-7-2011
(BOE 22-9-2011)
Registro de Lepe

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: AMPLIACIÓN.

La cifra que figura en una anotación de embargo no implica un límite del derecho al cobro íntegro del acreedor. En consecuencia, no hay obstáculo para

reflejar ampliaciones de la misma por intereses, costas o incrementos de la misma deuda inicial. Así, no puede cancelarse una anotación de ampliación de otra anterior que tiene prioridad a la anotación que ahora ha sido objeto de ejecución.

Resolución de 14-7-2011
(BOE 22-9-2011)
Registro de Torrelaguna

PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.

La inscripción de un título nulo no lo convalida, pero mientras dicha inscripción esté vigente, surtirá plenos efectos y permitirá que surja un tercero protegido por el artículo 34. No puede cancelarse una inscripción por mandato judicial si el titular registral no ha intervenido en el procedimiento.

Resolución de 15-7-2011
(BOE 23-9-2011)
Registro de San Vicenç dels Horts, número 2

RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL EXTRANJERO: ACREDITACIÓN.

Aunque en el momento de la inscripción de la adquisición de una finca por persona casada bajo un régimen económico-matrimonial extranjero no se exige la acreditación del mismo, sí que será preciso cuando se pretendan inscribir actos dispositivos. En este sentido debe acreditarse por los medios establecidos en el artículo 36 del RH si conforme al Derecho portugués vigente una persona casada necesita el consentimiento de su cónyuge para otorgar la constitución de una hipoteca sobre una vivienda inscrita a su nombre.

Resolución de 15-7-2011
(BOE 7-10-2011)
Registro de Zaragoza, número 3

POSESIÓN: PRECARIO NO INSCRIBIBLE.

Con arreglo a lo establecido en el artículo 5 de la LH, no puede tener acceso al Registro un título de constitución de una situación de precario.

Resolución de 16-7-2011
(BOE 7-10-2011)
Registro de Alicante, número 7

COSTAS: DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA EN ZONA AFECTADA POR SERVIDUMBRE DE TRÁNSITO Y DE PROTECCIÓN.

Para inscribir una declaración de obra nueva sobre parcelas incluidas en zonas afectadas por servidumbre de tránsito o de protección será preciso obtener las autorizaciones previstas en el artículo 49 del Reglamento de Costas.

Resolución de 16-7-2011

(BOE 7-10-2011)

Registro de Olivenza

ELEVACIÓN A PÚBLICO DE DOCUMENTO PRIVADO.

Para inscribir la elevación a público de un documento privado de compra será necesario el consentimiento de quien intervino como comprador o de sus herederos, sin que baste a estos efectos la mera intervención de su exmujer aludiendo a que en la liquidación de gananciales del proceso de separación se le adjudicó la finca en cuestión.

Resolución de 18-7-2011

(BOE 7-10-2011)

Registro de Madrid, número 33

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE CRÉDITO REFACCIONARIO.

Para practicar una anotación preventiva de crédito refaccionario es necesario aportar el contrato del que el mismo deriva, así como, en caso de que la finca esté gravada, que se otorgue escritura que recoja convenio expreso con los titulares de dichas cargas, a menos que no se quiera afectar a los mismos con la anotación.

Resolución de 19-7-2011

(BOE 28-9-2011)

Registro de Alcorcón, número 2

LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES. DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

En caso de divorcio no hay ningún inconveniente en que la liquidación de la sociedad de gananciales se lleve a cabo al margen del convenio regulador, y no cabe exigir que se acompañe para su inscripción el citado convenio, en tanto la atribución de la propiedad a uno solo de los cónyuges no puede contradecir nunca el derecho al uso, pues el mismo, si se atribuye al cónyuge titular, lo refuerza, y si se atribuye impide que este inscriba el derecho al uso.

Resolución de 21-7-2011

(BOE 28-9-2011)

Registro de Balaguer

PARTICIÓN DE HERENCIA.

Estando presentes todos los interesados en la herencia, no puede el Registrador oponer dudas o sospechas por el hecho de que haya una finca inscrita a favor del causante en régimen de separación, mientras que las adquiridas antes y después de esa, lo están en gananciales.

Resolución de 21-7-2011
(BOE 29-9-2011)
Registro de Canovelles

QUIEBRA: EFECTOS SOBRE LAS ANOTACIONES POR CRÉDITOS SALARIALES.

La ejecución derivada de un procedimiento de quiebra no puede afectar a los derechos inscritos que traen causa de una anotación de embargo por créditos salariales, conforme lo establecido en el antiguo artículo 32.5 del Estatuto de los Trabajadores.

Resolución de 22-7-2011
(BOE 29-9-2011)
Registro de San Martín de Valdeiglesias

EMBARGO DE LA VIVIENDA HABITUAL DE PERSONA EXTRANJERA CASADA EN SEPARACIÓN DE BIENES.

Constando inscrita una vivienda con carácter privativo a favor de una persona extranjera, para practicar la anotación de un embargo sobre la misma, basta acreditar que el referido embargo ha sido notificado a su cónyuge a los efectos de lo previsto en el artículo 144.5 del RH.

Resolución de 23-7-2011
(BOE 29-9-2011)
Registro de Benalmádena, número 2

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DIRECTA SOBRE BIENES HIPOTECADOS: REQUERIMIENTOS Y NOTIFICACIONES.

Una de las cuestiones que debe calificar el Registrador es la de controlar que se hayan hecho los requerimientos y notificaciones correspondientes. Al tercer poseedor que no se ha subrogado en la obligación garantizada, con el consentimiento expreso o tácito del acreedor, o que al menos haya hecho saber su adquisición a este, no es necesario requerirlo de pago, bastando solo con la notificación. Dicha notificación corresponde hacerla al Registrador y no al Juez. En caso de que no se hubiera hecho la pertinente notificación proceder rechazar la inscripción del auto y mandamiento correspondiente.

Resolución de 23-7-2011
(BOE 29-9-2011)
Registro de Olmedo

EMBARGO DE LA VIVIENDA NO CONSTANDO SU CARÁCTER DE HABITUAL DE LA FAMILIA.

Constando inscrita una vivienda con carácter privativo en cuanto una tercera parte indivisa a favor de una persona casada, pero sin que resulte del Registro ni tampoco del mandamiento el carácter de habitual de la familia, no cabe exigir no-

tificación al otro cónyuge por no ser de aplicación el artículo 144.5 del RH ni tener relevancia sobre el uso de dicha vivienda por tratarse de una participación indivisa.

Resolución de 26-7-2011
(BOE 29-9-2011)
Registro de Tías

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: CARÁCTER TRASLATIVO Y NO FICTICIO DEL TÍTULO.

A efectos de inmatriculación del 205, la DGRN considera que tiene eficacia suficiente tanto la disolución de condominio como la aportación a la sociedad de gananciales. Para calificar alguno de los títulos empleados como ficticio, será precisa la concurrencia de circunstancias objetivas, sin que baste la mera apreciación arbitraria del Registrador.

Resolución de 27-7-2011
(BOE 29-9-2011)
Registro de Málaga, número 12

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: FORMA DE ACREDITARLA EN EL DOCUMENTO NOTARIAL CONFORME AL ARTÍCULO 98 DE LA LEY 24/2001, DE 24 DE DICIEMBRE.

La DGRN reitera su conocida doctrina respecto a la capacidad de calificación del Registrador de la forma de acreditación de las facultades representativas de los apoderados voluntarios en las escrituras públicas: solo debe controlar que se haya hecho la reseña identificativa, el juicio de suficiencia notarial y la congruencia de este con los actos y negocios efectivamente realizados.

Resolución de 28-7-2011
(BOE 29-9-2011)
Registro de Rosas, número 2

REGISTRADOR SUSTITUTO. DERECHO EXTRANJERO: PRUEBA.

La calificación que realiza el Registrador sustituto no es un recurso, sino una segunda valoración jurídica que debe limitarse a los defectos apreciados por el Registrador inicial. Aunque corresponde al Registrador calificador decidir la ley nacional que debe regir la sucesión de una persona extranjera, la aplicación del derecho foráneo requiere que se pruebe su existencia y vigencia por los medios señalados en el artículo 36 del RH.

Resolución de 29-7-2011
(BOE 29-9-2011)
Registro de Vélez Málaga, número 2

NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN FISCAL: COMPRA HECHA POR UNO DE LOS CÓNYUGES PARA LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.

La exigencia de que conste en la escritura de compra de una finca otorgada por uno de los esposos para sociedad de gananciales el NIF del otro cónyuge carece de apoyo legal suficiente.

Resolución de 30-7-2011
(BOE 29-9-2011)
Registro de Medina del Campo

PROPIEDAD HORIZONTAL: DOCTRINA DE LOS ACTOS COLECTIVOS.

La conversión de un trastero de anejo que es anejo inseparable de un piso en departamento independiente con redistribución de la cuota primitiva del piso entre las dos entidades resultantes sin afectar a las cuotas de los restantes elementos privativos, debe considerarse un acto colectivo para el que basta el acuerdo de la junta de propietarios, sin que se necesite el consentimiento individualizado de todos los titulares.

Resolución de 1-8-2011
(BOE 22-10-2011)
Registro de Iznalloz

SEGREGACIÓN DE FINCAS RÚSTICAS: UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO.

Tratándose de una escritura por la que se segrega una parte de finca rústica inferior a la UMC, aun cuando existe licencia municipal, actúa correctamente el registrador que deniega la inscripción una vez recibida resolución desfavorable de la Consejería al amparo del artículo 80 del Real Decreto 1093/97, en tanto del Registro no resulta acreditado que se esté en alguno de los casos de excepción previstos legalmente.

Resolución de 2-8-2011
(BOE 29-9-2011)
Registro de Callosa d'en Sarrià

DERECHO EXTRANJERO: PRUEBA.

Siendo de nacionalidad extranjera el causante de la herencia cuya partición se lleva a cabo mediante la escritura calificada; rigiéndose, en consecuencia y de conformidad con el artículo 9.8 del Código Civil, la sucesión por la ley nacional de dicho causante; y asumiendo la notaria expresamente la responsabilidad de conocer suficientemente dicha legislación en este punto, declarando que conforme a la meritada legislación las cláusulas del acta incorporada son suficientes para permitir la partición y que no hay otras que modifiquen o alteren lo inserto, prevalecerá esta aseveración salvo que la registradora disienta y motive expresamente de la misma por conocer también ella, bajo su responsabilidad, suficientemente la legislación extranjera aplicable.

Resolución de 3-8-2011
(BOE 29-9-2011)
Registro de Madrid, número 1

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE PROHIBICIÓN DE ENAJENAR.

La Dirección General, reconociendo que existen argumentos y posiciones doctrinales para apoyar la solución contraria, entiende que la eficacia de la anotación preventiva de prohibición de enajenar solo alcanza a cerrar el Registro a actos dispositivos realizados con posterioridad a su fecha, pero que no impide la inscripción de los otorgados antes, aunque se presenten en el Registro cuando ya se ha practicado la anotación.

Resolución de 4-8-2011
(BOE 7-10-2011)
Registro de Málaga, número 12

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: FORMA DE ACREDITARLA EN EL DOCUMENTO NOTARIAL CONFORME AL ARTÍCULO 98 DE LA LEY 24/2001, DE 24 DE DICIEMBRE.

La DGRN reitera su conocida doctrina respecto a la capacidad de calificación del Registrador de la forma de acreditación de las facultades representativas de los apoderados voluntarios en las escrituras públicas: solo debe controlar que se haya hecho la reseña identificativa, el juicio de suficiencia notarial y la congruencia de este con los actos y negocios efectivamente realizados.

Resolución de 5-8-2011
(BOE 14-10-2011)
Registro de Sabadell, número 4

CONVENIO REGULADOR: BIENES PRIVATIVOS.

No es posible inscribir un convenio regulador aprobado en sentencia de divorcio en el que, tratándose de cónyuges en régimen catalán de separación de bienes, se incluyen en la liquidación de dicho régimen bienes adquiridos por el marido antes del matrimonio que se adjudica ahora en *pro indiviso* a la esposa y a los hijos.

Resolución de 8-8-2011
(BOE 7-10-2011)
Registro de Cullera

COSTAS: FINCA COLINDANTE A DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO-TERRESTRE.

Constando que una finca invade zona de dominio público marítimo-terrestre por una certificación emitida al tiempo de otorgarse la escritura, no cabe ahora practicar la inscripción sobre la base de una mera instancia privada con la que

se pretende rectificar la descripción para ajustarla al deslinde administrativo no inscrito, sino que será precisa una nueva certificación en los términos previstos en el artículo 35 del Reglamento de Costas.

Resolución de 9-8-2011
(BOE 7-10-2011)
Registro de Escalona

RECTIFICACIÓN DE ASIENTOS REGISTRALES: DESAGRUPACIÓN DE FINCAS.

Constando inscrita una agrupación de dos fincas y una declaración de obra nueva basada en una licencia que se condicionaba a dicha previa agrupación, no habría obstáculo para practicar la desagrupación por haberse realizado en su momento por error; pero no puede en este caso mantenerse la declaración de obra nueva sin obtener nueva licencia.

Resolución de 10-8-2011
(BOE 14-10-2011)
Registro de Figueres

EXPEDIENTE DE DOMINIO DE REANUDACIÓN DE TRACTO SUCESIVO INTERRUMPIDO.

Para inscribir un expediente de dominio de reanudación de tracto es necesario que existan dos o más títulos sin inscribir; no siendo admisible cuando el promotor del mismo ha adquirido directamente del titular registral.

Resolución de 11-8-2011
(BOE 14-10-2011)
Registro de Sevilla, número 6

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA.

Solo es posible practicar anotación de demanda cuando el objeto de esta, caso de prosperar, implique una alteración de la situación registral.

Resolución de 12-8-2011
(BOE 14-10-2011)
Registro de Albuñol

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL: RECTIFICACIÓN DEL TÍTULO INSCRITO.

Es posible rectificar una inscripción mediante una nueva escritura en la que, con intervención de todos los otorgantes, se reconozca el error de la primera, pero no a través de una mera diligencia como si se tratara de un error material,

teniendo en cuenta que la rectificación implica que deja de ser cotitular de la finca uno de los que aparece como tal en el Registro.

Resolución de 16-8-2011
(BOE 14-10-2011)
Registro de Benidorm, número 3

HIPOTECA: CALIFICACIÓN REGISTRAL DE SUS CLÁUSULAS.

De nuevo la Dirección General recuerda su doctrina sobre la interpretación del artículo 12 de la LH, señalando que las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado sí están sometidas a calificación registral. Puede rechazarse su inscripción si resultan abusivas de modo claro e inequívoco, o si han sido declaradas como tales por los tribunales. Tampoco pueden tener acceso al Registro aquellas que vulneran normas imperativas, como las que imponen restricciones a la libre disponibilidad por parte del hipotecante.

Resolución de 17-8-2011
(BOE 14-10-2011)
Registro de San Martín de Valdeiglesias

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL: IDENTIFICACIÓN DEL TITULAR REGISTRAL TRANSMITENTE.

Aunque compete al notario la identificación de los otorgantes, si el registrador observa que existen datos de los mismos que hacen dudar sobre si corresponden con la identidad de quienes aparecen como titulares registrales, debe rechazar la inscripción hasta que se aclaren tales dudas.

Resolución de 18-8-2011
(BOE 20-10-2011)
Registro de San Sebastián de los Reyes

CANCELACIÓN DE HIPOTECA: RECTIFICACIÓN DE LA YA REALIZADA.

Practicada en su momento la cancelación de una hipoteca sobre una serie de fincas, se presenta ahora una nueva escritura otorgada unilateralmente por la entidad prestamista por la que se pretende dejar sin efecto dicha cancelación por considerar que se realizó por error. Para que tal operación pueda llevarse a efecto es indispensable el consentimiento de los actuales titulares registrales de las fincas afectadas.

Resolución de 22-8-2011
(BOE 14-10-2011)
Registro de Valencia, número 14

USUFRUCTO: CANCELACIÓN.

A los efectos de cancelar un derecho de usufructo y consolidar el pleno dominio con los nudo propietarios, debe acreditarse el fallecimiento del usufructuario, sin que baste la muerte del cesionario de dicho derecho de usufructo.

Resolución de 6-9-2011
(BOE 20-10-2011)
Registro de Mojácar

OBRA NUEVA: TERMINACIÓN DE OBRA.

Es suficiente para hacer constar la terminación de una obra que consta en el Registro inscrita en construcción, el certificado del Ayuntamiento que acredita que dicha obra se terminó en 1996 y que no existen expedientes de disciplina urbanística sobre la misma.

Resolución de 8-9-2011
(BOE 20-10-2011)
Registro de Alicante, número 1

INSCRIPCIÓN DE SENTENCIA: HERENCIA YACENTE.

La inscripción de una sentencia reconociendo el dominio adquirido por usucapión dictada en un procedimiento seguido contra la herencia yacente del titular registral, integrada por desconocidos herederos y dos concretamente demandados, no requiere que se nombre un representante de dicha herencia yacente, dado que tal representación la asumen los herederos identificados. Lo que sí es preciso es acreditar el fallecimiento del causante.

Resolución de 12-9-2011
(BOE 20-10-2011)
Registro de Málaga, número 8

DIVISIÓN HORIZONTAL: LEGISLACIÓN ANDALUZA.

La división horizontal de una casa en dos requiere, conforme lo establecido en el artículo 66 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, previa licencia para su acceso al Registro.

Resolución de 19-9-2011
(BOE 20-10-2011)
Registro de Valencia, número 18

ARRENDAMIENTO FINANCIERO: PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.

Desde esta perspectiva, no pactándose el ejercicio necesariamente conjunto del derecho de opción incluido en el arrendamiento financiero sobre las fincas afectadas por el mismo, se hace necesario determinar o especificar el precio o valor residual

que corresponde a cada finca en orden a precisar los contornos del derecho que pueden afectar a tercero, de forma que no exista duda de cuál es el precio por el que el optante puede adquirir cada una de las fincas. Y como para el ejercicio de la opción es requisito, según la condición particular tercera del contrato, el previo pago de los cánones previstos, también será, por esta misma razón, indispensable la fijación del canon que corresponda respecto de cada una de las fincas arrendadas.

Resolución de 20-9-2011
(BOE 22-10-2011)
Registro de Inca, número 2

SOCIEDADES ABSORBIDAS: PERSONALIDAD JURÍDICA.

No hay obstáculo para inscribir una venta realizada por una sociedad mercantil que está inmersa en un proceso de fusión, si la escritura se ha otorgado antes de la inscripción de la referida fusión, dado que hasta ese momento conserva la personalidad la sociedad absorbida.

Resolución de 21-9-2011
(BOE 22-10-2011)
Registro de Ponferrada, número 3

USUFRUCTO: CANCELACIÓN.

Para cancelar un derecho de usufructo es necesario acreditar el fallecimiento del usufructuario por medio de una certificación literal del Registro Civil. No es necesario aportar el título de constitución porque el mismo resulta de la propia inscripción. Interpuesto recurso gubernativo, no tiene sentido practicar simultáneamente anotación por defecto subsanable.

Resolución de 22-9-2011
(BOE 31-10-2011)
Registro de Medina del Campo

PROPIEDAD HORIZONTAL: DOCTRINA DE LOS ACTOS COLECTIVOS.

La conversión de un trastero que es anejo inseparable de un piso en departamento independiente con redistribución de la cuota primitiva del piso entre las dos entidades resultantes sin afectar a las cuotas de los restantes elementos privativos, debe considerarse un acto colectivo para el que basta el acuerdo de la junta de propietarios, sin que se necesite el consentimiento individualizado de todos los titulares.

Resolución de 23-9-2011
(BOE 22-10-2011)
Registro de San Clemente

MENORES DE EDAD: REPRESENTACIÓN. LIBRO DE INCAPACITADOS: INSCRIPCIÓN DE QUIEBRA.

Aunque es necesario que la escritura de emancipación por concesión paterna conste inscrita en el RC o al menos que conste la diligencia de haberla remitido a dicho registro, tal requisito puede obviarse si se acompaña testimonio de la autorización judicial de la transmisión realizada. Por la misma razón no constituye defecto el hecho de que el notario no especifique cómo se le ha acreditado la patria potestad de quienes intervienen en nombre de los menores. El hecho de que conste en el Libro de Incapacitados una inscripción de quiebra no impide la inscripción de actos anteriores a la declaración de quiebra y que no estén comprendidos en el periodo de retroacción.

Resolución de 24-9-2011
(BOE 22-10-2011)
Registro de Madrid, número 6

HIPOTECA: CANCELACIÓN POR CADUCIDAD.

Para cancelar una hipoteca por caducidad en los términos del artículo 82 de la LH, es admisible que la solicitud la realice quien acredita ser heredero del titular registral. El plazo para la prescripción, existiendo una nota de expedición de certificación para procedimiento de ejecución hipotecaria, debe contarse desde la fecha de dicha nota. Este tipo de notas no están sujetas a plazo de caducidad.

Resolución de 26-9-2011
(BOE 22-10-2011)
Registro de Granada, número 2

PARTICIÓN DE HERENCIA: CONFLICTO DE INTERESES.

No cabe apreciar conflicto de intereses entre un padre y su hija menor a la que representa en la herencia de su abuelo materno, en tanto el padre interviene exclusivamente en nombre de su hija, sin que lo haga en interés propio.

Resolución de 3-10-2011
(BOE 31-10-2011)
Registro de Madrid, número 17

PARTICIÓN DE HERENCIA: PLENA LIBERTAD DE LOS HEREDEROS MAYORES DE EDAD Y CAPACES.

De acuerdo con la reiterada doctrina del Tribunal Supremo y de este Centro Directivo, los herederos mayores de edad que tengan la libre administración de sus bienes y capaces pueden verificar la partición del modo que tengan por conveniente —cfr. art. 1058 del CC—, por lo que en principio no se advierte obstáculo alguno para que los otorgantes, mayores de edad y capaces, puedan transmitirse recíprocamente bienes por cualquier título adecuado (cfr. arts. 609, 618 y siguientes, 1255 y 1261 a 1263 del CC). En el presente caso los herederos que tienen dichas cualidades exteriorizan debidamente el completo negocio cele-

brado que justifica jurídicamente el resultado perseguido respecto del exceso de adjudicación existente, con fijación de los derechos respectivos de los partícipes en la propia adjudicación, con el pago de la correspondiente compensación, y con expresión de todos los elementos negociales que deben ser objeto de calificación registral.

Registro Mercantil

Por Ana M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 1-7-2011
(BOE 23-9-2011)
Registro Mercantil de Madrid VIII

CALIFICACIÓN. PODER.

Reitera resoluciones anteriores en el sentido de que el Registrador debe calificar la existencia y regularidad de la reseña identificativa del documento y la existencia del juicio notarial de suficiencia expreso y concreto en relación al acto o negocio jurídico documentado y las facultades ejercitadas, así como la congruencia del juicio que hace el notario con el contenido del título. El notario debe manifestar que se le ha exhibido el documento auténtico. En el caso contemplado basta juicio de suficiencia «para el otorgamiento de esta escritura de constitución de sociedad en los términos que expresa la misma».

Resolución de 5-7-2011
(BOE 17-9-2011)
Registro Mercantil de Valencia II

REPRESENTACIÓN. CONFLICTO DE INTERESES. CONVOCATORIA. FORMA.

En principio no existe colisión de intereses entre el único otorgante de una escritura de constitución de sociedad que interviene como administrador único de las sociedades fundadoras porque se trata de un contrato asociativo en el que concurren declaraciones convergentes para la consecución de un fin común. Si en un aspecto concreto de dicho negocio pudiera existir un conflicto de intereses debe determinarse y concretarse por el Registrador en su calificación.

Puede establecerse en los estatutos que la junta «...será convocada... bien mediante anuncio publicado en la página web de la sociedad, o bien, por carta certificada con acuse de recibo..., debiéndose realizar obligatoriamente por este último medio si la sociedad no tiene página web...» en base a la autonomía de la voluntad de los socios y al no ser contrario a ninguna norma imperativa. No admitirlo sería contrario a la finalidad de flexibilidad y simplificación perseguida por el artículo 173 LSC. Este sistema alternativo no es admisible en las sociedades anónimas cotizadas, pero sí en las SS.RR.LL., dado su carácter cerrado con un reducido número de socios.

Resolución de 6-7-2011
(BOE 28-9-2011)
Registro Mercantil de Madrid XVI

CONSTITUCIÓN TELEMÁTICA. *BORME*.

Cuando en los estatutos de una sociedad constituida conforme al Real Decreto-ley 13/2010 se contempla como sistema de administración un Consejo de administración, se ajusta al número 3 del artículo 5 del citado RDL y no se aplica la reducción de costes, por lo que es necesario acreditar la provisión de fondos para el *BORME*.

Resolución de 11-7-2011
(BOE 17-9-2011)
Registro Mercantil de A Coruña

DOMICILIO. CERTIFICACIÓN DE TRASLADO.

Ante el rechazo por el Registro de destino de una certificación a efectos de traslado de domicilio emitida por el Registrador de Santiago de Compostela en base a la sentencia del TSJ de Madrid, que declara la nulidad de la provisión de la plaza de este registro, la DG declara que la falta de firmeza de dicha resolución judicial y la consiguiente suspensión de su ejecución impide paralizar, entre tanto, por razones de interés general, orden público y seguridad jurídica, la actividad registral de dicho Registro.

Resolución de 21-7-2011
(BOE 28-9-2011)
Registro Mercantil de Barcelona

SOCIEDADES PROFESIONALES. PARTICIPACIÓN EN OTRA NO PROFESIONAL.

Es posible la participación mayoritaria de una sociedad profesional en otra no profesional. Ello no supone *per se* que las actividades no profesionales no sean puramente auxiliares o accesorias de las profesionales y amparadas por el sistema de capacidad *ultra vires*. La exclusividad del objeto social en las sociedades profesionales no implica una prohibición ni limitación de la capacidad de obrar de las mismas, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades en que puedan incurrir sus gestores.

Resolución de 22-7-2011
(BOE 29-9-2011)
Registro Mercantil de Madrid IV

COMISIÓN DELEGADA. COMPOSICIÓN.

Es inscribible el nombramiento de once miembros de la comisión delegada del Consejo de administración de una sociedad cuyos estatutos establecen que

el número de miembros de la misma debe ser doce, uno de los cuales ha de ser el consejero delegado (cargo que se encuentra vacante) por los siguientes motivos:

- Los estatutos no imponen que el nombramiento de todas las vacantes sea simultáneo.
- Al no existir consejero delegado, exigiendo el nombramiento de doce miembros o se vulnerarían los estatutos al ser designado un miembro sin concurrir en el mismo la condición de consejero delegado, o no se podría constituir la comisión.
- La existencia de una vacante no impide el funcionamiento de la comisión.

Resolución de 26-7-2011
(BOE 29-9-2011)
Registro Mercantil de Cádiz

CONVOCATORIA JUDICIAL.

En escritura de elevación a público de acuerdos de cese y nombramiento de administrador de junta celebrada el 16-9-2010 se incorporan los anuncios publicados en diario y *BORME* de convocatoria judicial de fecha 30-6-2009, en cuyo pie figura la expresión: «La Secretaria Judicial». La DG resuelve que, aunque el registrador debe calificar si la convocatoria ha sido realizada por quien está legitimado para ello y este extremo ha de quedar suficientemente acreditado, no puede cuestionarse en modo alguno la autoría judicial de la convocatoria con la incorporación de dichas publicaciones. No es necesario aportar el auto judicial. Por ello, el cierre de la hoja por falta de depósito de cuentas impide la inscripción del nombramiento de nuevo administrador, pero no la del cese del anterior.

Resolución de 19-8-2011
(BOE 31-10-2011)
Registro Mercantil de Santiago de Compostela

SOCIEDAD PROFESIONAL. VALORACIÓN DE PARTICIPACIONES.

Con base al principio de autonomía de la voluntad, en caso de transmisión *mortis causa*, separación y exclusión de socios, en defecto de acuerdo, los criterios de valoración que se convengan en los estatutos prevalecen, pero deben ser aplicados de modo imparcial, por lo que no cabe atribuir la realización de la valoración a una persona dependiente de la sociedad —en este caso el economista encargado de la contabilidad— sea empleado o auxiliar externo o interno de la misma. La valoración deberá realizarla un auditor.

Resolución de 5-9-2011
(BOE 20-10-2011)
Registro Mercantil de Valencia III

RECURSO. OBJETO SOCIAL.

Si no se acompaña al escrito de recurso original o testimonio del documento calificado, debe concederse al recurrente un plazo razonable para aportarlo para evitar la indefensión.

La solicitud de calificación sustitutoria se asemeja a una reposición previa con efectos suspensivos de los plazos para interponer el recurso. El resultado de esta calificación, solicitada por el presentante, debe ser notificada al Notario autorizante, notificación que determina el *dies a quo* del plazo para la interposición del recurso.

«Comercio al por mayor y al por menor. Distribución comercial»: esta expresión no es contraria a la exigencia de que la determinación del objeto se haga acotando suficientemente un sector económico o un género de actividad mercantil legal o socialmente determinados. La expresión controvertida atiende al puro criterio de la actividad sin referencia a productos o un sector económico más específico y coincide con una de las previstas en los estatutos tipo aprobados por la orden 9-12-2010.

Resolución de 7-9-2011

(BOE 20-10-2011)

Registro Mercantil de Santiago de Compostela

REPRESENTACIÓN. CONFLICTO DE INTERESES.

En principio no existe colisión de intereses entre el único otorgante de una escritura de constitución de sociedad que interviene como administrador único de las sociedades fundadoras porque se trata de un contrato asociativo en el que concurren declaraciones convergentes para la consecución de un fin común. Si en un aspecto concreto de dicho negocio pudiera existir un conflicto de intereses debe determinarse y concretarse por el registrador en su calificación.

Resolución de 10-9-2011

(BOE 20-10-2011).

Registro Mercantil de Barcelona III

CALIFICACIÓN. DOCUMENTOS A TENER EN CUENTA. REACTIVACIÓN. OPOSICIÓN DE ACREEDORES.

El registrador no puede tener en consideración en su calificación informaciones extrarregistrales, documentos obrantes en el Registro con asiento caducado o aportados con un fin distinto a su inscripción. No cabe pues tener en cuenta un escrito presentado por quienes dicen ser acreedores de la sociedad, sin perjuicio de su derecho a impugnar el acuerdo social.

En sede de SRL, los acreedores no tienen derecho a oponerse a la reactivación de la sociedad, salvo previsión estatutaria. A diferencia de la antigua LSRL que reconocía derecho de oposición en las mismas condiciones que en el caso de «fusión», la nueva LSC lo reconoce en las mismas condiciones y efectos que en el caso de «reducción». Los acreedores no quedan desprotegidos dado que la nueva ley sigue exigiendo que el patrimonio contable no sea inferior al capital social y que no haya comenzado el reparto de la cuota de liquidación.

El artículo 242.2 RRM, que no distingue entre SA y SL, debe ser interpretado conforme a la norma legal ahora vigente y limitarse a la reactivación de SA.

Resoluciones de 14 y 17-9-2011
(BOE 20 y 22-10-2011)
Registros Mercantiles de Madrid VIII y VI

CONSTITUCIÓN. PROCEDIMIENTO TELEMÁTICO. *BORME*.

La reducción de costes (aranceles notariales y registrales y exención de tasas de publicación en el *BORME*) prevista en los números 1 y 2 del artículo 5 del Real Decreto-ley 13/2001 no se aplica a la constitución de sociedades que no cumplan los requisitos tipológicos previstos en los mismos. El supuesto examinado —se establece la posibilidad de que el órgano de administración constituido por más de dos administradores mancomunados o un Consejo de administración— se ajusta al número 3 del citado artículo, por lo que debe efectuarse provisión para el pago del *BORME*.

Resolución de 4-10-2011
(BOE 31-10-2011)
Registro Mercantil de Alicante, número III

AUMENTO DE CAPITAL. RESERVAS. AUDITORÍA DEL BALANCE.

En aras del principio de realidad del capital social, el legislador establece como cautelas la imposibilidad de crear participaciones sociales que no respondan a una efectiva aportación patrimonial y la exigencia de acreditación suficiente y objetiva de la realidad de esas aportaciones como requisito previo a la inscripción. Ello se traduce, en este caso, en la necesidad de justificarlo a través de un balance aprobado y verificado por auditor conforme al artículo 303.2 LSC. Así se acredita que el valor del patrimonio neto contable excederá de la cifra de capital y de la reserva legal hasta entonces constituida en una cantidad al menos igual que el importe del aumento. El que el requisito de la auditoría no existiese en la anterior LSRL no significa una extralimitación del nuevo TRLSC que extiende dicho requisito a todas las sociedades de capital como medio de protección de los acreedores.

COMENTARIOS A LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL ÁMBITO DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

por

GABRIEL DE REINA TARTIÈRE
Profesor Adjunto de Derecho Civil
Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA)

SUMARIO: A) TEXTO DE LA RESOLUCIÓN.—B) COMENTARIO: 1. LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA SOBRE BIENES DE TITULARIDAD REGISTRAL DEL PROPIO DEMANDANTE. 2. LA VIRTUALIDAD DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA COMO PRINCIPIO DE ORDEN SUPERIOR EN EL MARCO DEL DERECHO REGISTRAL.

A) TEXTO DE LA RESOLUCIÓN

Resolución de 15 de abril de 2011, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el Registrador de la Propiedad de Zaragoza, número 13, por la que se suspende la anotación preventiva de demanda por no figurar inscrita la finca a favor del demandado y carecer de trascendencia real todas las pretensiones de la demanda.

En el recurso interpuesto por doña A. S. B., Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de don F. G. P., contra la nota de calificación extendida por el Registrador de la Propiedad de Zaragoza, número 13, don Abel Martín Martín, por la que se suspende la anotación preventiva de demanda por no figurar inscrita la finca a favor del demandado y carecer de trascendencia real todas las pretensiones de la demanda.

HECHOS

I

Por virtud de Mandamiento librado por doña María Dolores Ladera Sáinz, Secretaria del Juzgado de Primera Instancia, número 10 de Zaragoza, en procedimiento de Medidas Cautelares Coetáneas 634/2010, seguidas a instancia de

don F. G. P. contra «Concesiones Siglo XXI, S. L.», se ordena tomar anotación preventiva de demanda sobre la finca registral 2.477 del término municipal de Perdiguera. Del Registro resulta, no obstante, que la finca no consta inscrita a favor de la entidad mercantil contra la que se dirige el procedimiento, sino que el propio demandante es el titular registral.

II

Presentado el Mandamiento en el Registro de la Propiedad de Zaragoza, número 13, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Acuerdo adoptado por el Registrador de la Propiedad que suscribe, en la calificación del precedente mandamiento, a la vista del mismo, y de los antecedentes que resultan del Registro, en base a los siguientes hechos y fundamentos de derecho: *Hechos*. 1. Dicho documento fue presentado por duplicado en este Registro a las once horas y treinta y dos minutos del día veintiuno de octubre de dos mil diez, causando el asiento 2300 del Diario 45. Posteriormente fue retirado por su presentante, devolviéndose el veintiséis de noviembre de dos mil diez, en unión de diligencia de adición al referido mandamiento de fecha veintidós de noviembre de dos mil diez, y de testimonio judicial de la demanda a que hace referencia el mismo. 2. Mediante él, se ordena la anotación preventiva sobre la finca registral 2.477 de Perdiguera, de una demanda interpuesta por don F. G. P. contra la mercantil «Concesiones Siglo XXI, S. L.». 3. La finca figura inscrita a favor del demandante. 4. En la demanda se hace constar que dicho señor vendió la finca a la sociedad demandada, quedando aplazada de pago determinada cantidad de dinero. Seguidamente se solicita se declare el incumplimiento por parte de la sociedad demandada de la obligación de pago antes reseñada; se declare la resolución de dicho contrato, el derecho de don F. G. P. a ser indemnizado en la forma pactada en la escritura de compraventa, y en consecuencia condene a la Sociedad demandada a la entrega y restitución de la citada finca. *Fundamentos de Derecho*. 1. El Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles (art. 1.1 de la LH). En ellos se inscribirán, entre otros, los títulos en los que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan cualquiera de los derechos reales (art. 2.2 de la misma Ley.). 2. En cuanto a las anotaciones preventivas, el artículo 42 de la citada Ley recoge las diferentes clases que pueden tener acceso al Registro. Entre ellas se encuentra la de demanda cuando se reclame la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real. En principio, solo pueden tener acceso al Registro a través de la anotación preventiva, aquellas demandas en las que se ejercite una acción real, o aquellas en que, aun basándose en un derecho personal, su desenvolvimiento lleve aparejada una mutación real (RR 24 y 25 de junio de 1991). La Resolución de 12 de marzo de 2008, que cita otras muchas, ha ratificado esta misma doctrina, declarando que si se reclama una cantidad de dinero no procede practicar anotación de demanda, pues aunque se estimara la misma, ni se afectaría ningún derecho inscrito, ni se motivaría una modificación jurídico-real de la finca. 3. En la misma resolución, la DG se plantea la delicada cuestión de precisar el alcance de la calificación registral frente a actuaciones judiciales, manifestando que conforme a los artículos 18 de la LH y 100 de su Reglamento, el ámbito de dicha calificación comprende entre otros extremos la adecuación o congruencia de la resolución judicial con el procedimiento seguido y con los obstáculos que surjan del Registro, así como a las formalidades

extrínsecas del documento presentado, todo ello limitado a los exclusivos efectos de la inscripción. 4. El artículo 20 de la Ley Hipotecaria establece en su párrafo 1.º que para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y los demás derechos reales sobre los bienes inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos. Disponiendo a continuación que en el caso de resultar inscrito aquel derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, los Registradores denegarán la inscripción solicitada. Esta normativa es aplicable también a aquellos supuestos en que mediante algún procedimiento, de tipo administrativo o judicial, los bienes inscritos han de quedar afectados al resultado de dicho procedimiento. Por todo ello acuerda: A) Suspender la anotación preventiva ordenada en el precedente mandamiento, por los siguientes defectos: 1. No figurar la finca inscrita a favor de la Sociedad demandada (art. 20 LH). 2. Carecer de trascendencia real todas las pretensiones deducidas en la demanda, ya que ninguna de ellas puede provocar un asiento registral, en tanto la finca figure a favor del propio demandante (art. 42.1 LH, y resoluciones citadas). B) No practicar anotación preventiva de suspensión, por no haberse ordenado. C) Archivar un ejemplar del precedente mandamiento con el número 369 en el legajo de documentos judiciales de este Registro, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 133 del Reglamento Hipotecario. La presente calificación negativa lleva consigo la prórroga del asiento de presentación, en los términos establecidos en el artículo 323 de la Ley Hipotecaria. Contra el presente acuerdo (...). Zaragoza, 15 de diciembre de 2010. El Registrador (firma ilegible) Fdo. Abel Martín Martín».

III

Contra la anterior nota de calificación, doña A. S. B., Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de don F. G. P., interpone recurso en virtud de escrito de fecha 14 de enero de 2011 en el que hace constar que a los razonamientos del Registrador hay que oponer que la sociedad demandada es la actual propietaria del inmueble, al haberse producido su transmisión por efecto de los artículos 609 y 1462, párrafo segundo, del Código Civil, y que tiene en su poder un título jurídico válido y eficaz en cuya virtud adquirió el dominio de la finca y que es susceptible de acceder mediante inscripción a la protección registral reanudando el tracto sucesivo interrumpido. Por ello, la sociedad demandada puede realizar actos de disposición o gravamen a favor de terceros durante la pendencia del proceso al amparo de la legitimidad material aparente que le otorga dicho título, teniendo en cuenta que no consta inscrita la condición resolutoria explícita a que se refiere el artículo 11 de la Ley Hipotecaria, que enervaría la protección del artículo 34 del mismo texto respecto del tercero que adquiriera de la sociedad demandada, en el caso de que esta inscribiera su derecho y reanudara el tracto interrumpido. Existe en la realidad extrarregistral un título litigioso que, pese a su condición de tal, permite que la sociedad demandada realice en el tráfico actos de enajenación o gravamen sobre la finca que pueden dificultar o impedir su restitución al actor en caso de sentencia estimatoria que declare la resolución contractual. Todo lo cual sería contrario al derecho a la tutela judicial efectiva que recoge el artículo 24.1 de la Constitución, máxime cuando no consta la existencia de recursos suficientes de la entidad para hacer frente a la indemnización sustitutiva de la restitución, debiendo tenerse en cuenta que el demandante

titular registral solicitante de la anotación no es un tercero ajeno al proceso, por lo que, a efectos del artículo 26.2 de la Ley Hipotecaria, tampoco puede derivarse ningún perjuicio derivado de la anotación preventiva de la demanda. Asimismo, la trascendencia real es evidente al tratarse de una acción de resolución del contrato y restitución de la propiedad de la finca conforme a los artículos 1303 y 1306.2.^a del Código Civil, por lo que pese a tratarse de una acción personal, conlleva un efecto real cierto desde el momento en que se ha producido la entrega del bien, citando a estos efectos los autos de la Audiencia Provincial de Madrid, de 25 de febrero de 2004, y de la de Castellón, de 23 de junio de 2006.

IV

El Registrador emitió informe el día 9 de febrero de 2011 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 1.1, 2.2, 11, 18, 20, 26.2, 34, 38, 40 y 42 de la Ley Hipotecaria; 609, 1303, 1306.2 y 1462.2 del Código Civil; 727.5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y 24 de la Constitución Española, así como las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 24 y 25 de junio de 1991, 13, 14 y 15 de noviembre de 2000, 27, 28 de junio y 5 de noviembre de 2001, 1 de febrero, 12 de marzo, 25 y 28 de septiembre de 2002, 25 de marzo de 2004, 14 de febrero de 2006 y 24 de enero de 2011.

1. Se debate en este recurso la posibilidad de tomar anotación preventiva de demanda sobre una finca cuando el demandante es el propio titular registral de la misma, por no haberse inscrito la transmisión a favor del demandado. En la demanda que se pretende anotar se solicita la resolución del contrato por incumplimiento de la obligación de pago y que se condene a la sociedad demandada a la entrega y restitución de la finca. El Registrador señala en su nota que carecen de trascendencia real las pretensiones deducidas en la demanda puesto que no pueden provocar ningún asiento registral en tanto la finca figure a favor del propio demandante.

2. Es doctrina de esta Dirección General que en nuestro sistema registral todo título cuyo acceso al Registro se pretenda ha de venir otorgado por el titular registral o en procedimiento dirigido contra él (cfr. arts. 20 —especialmente el párrafo último, adicionado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre— y 40 de la LH), alternativa esta última que no es sino desenvolvimiento del principio de salvaguardia judicial de los asientos registrales (art. 1 de la LH). Por ello, en vía de principio, la anotación preventiva de demanda debe practicarse siempre que dicha demanda se interponga frente al titular registral y suspenderse o denegarse —según los casos— cuando la finca esté inscrita a favor de otra persona.

3. Pero, como ya ha tenido ocasión de pronunciarse este Centro Directivo en otras ocasiones (entre otras, Resolución de 25 de marzo de 2004 —respecto de una anotación de querrela—, 14 de febrero de 2006 y 24 de enero de 2011), es distinto el problema que se plantea cuando el titular de la finca es el propio demandante. En ese caso pudiera pensarse que no es lógico que se anote una demanda en la que el titular registral es el propio demandante, y en este sentido, en diferentes ocasiones se ha estimado por este Centro Directivo que en dicho

supuesto no cabe la anotación (véase Resolución de 7 de septiembre de 2005). Sin embargo, este criterio fue matizado con posterioridad por esta Dirección General (véase Resolución de 14 de febrero de 2006 y 24 de enero de 2011) fundándose en el principio de tutela judicial efectiva, y admitiendo tal anotación cuando, de no hacerse, se produciría un supuesto de indefensión para el demandante, caso que ocurre cuando existe un título de transmisión o gravamen referente a la finca objeto de la demanda que aún no haya sido inscrito, pero cuya inscripción futura pudiera tener como consecuencia la adquisición por un tercero de la finca referida. Ello no es contrario al principio de tracto sucesivo, pues tal principio exige el rechazo del documento solo cuando el titular de la finca es una tercera persona. Y sin que en el supuesto planteado sea necesario que el anotante inscriba previamente el título de adquisición del demandado, pues ello supondría un trámite superfluo en el caso de que la demanda fuera estimada. Además la anotación de la demanda permitirá que no surjan terceros protegidos por la fe pública registral que insten la inscripción de sus derechos —como es posible *ex art. 312 del Reglamento Hipotecario*—.

4. Admitida la posibilidad de tomar anotación de demanda en el presente caso pierde sentido el segundo defecto señalado por el Registrador en su nota, puesto que no puede considerarse que la demanda cuya anotación se pretende, en cuanto que solicita la resolución de la compraventa de una finca, carezca de trascendencia real.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación del Registrador.

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, 15 de abril de 2011.

La Directora General,
M.^a Ángeles ALCALÁ DÍAZ

B) COMENTARIO

La breve Resolución que comentamos consolida la línea doctrinal de la Dirección General por la cual, no habiendo sido presentado en el Registro de la Propiedad un título traslativo del dominio, el transmitente y todavía, por tanto, titular registral puede obtener anotación de su demanda de resolución del título, de su expectativa, pues, de readquisición de la finca transmitida, en evitación de que en su perjuicio un tercero de buena fe pudiera adquirir de aquel que todavía no ha llevado su título al Registro. Si en el ámbito de los derechos reales no caben gravámenes sobre cosa propia, por esta vía que ahora se confirma, nos encontraríamos ante una ampliación de la publicidad del Registro con la que se llegaría, al menos en apariencia a una situación similar, y cuya originalidad en el planteamiento general de nuestro sistema nos propone como motivo de especial reflexión el relativo a la tutela judicial efectiva como principio de aplicación en el ámbito registral. Pero vayamos primero con la cuestión específica tratada en el caso.

1. LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA SOBRE BIENES DE TITULARIDAD REGISTRAL DEL PROPIO DEMANDANTE

Puntualmente, la doctrina de la Dirección funda su criterio en el principio de tutela judicial efectiva, en tanto que de no admitir tal anotación se produciría un supuesto de indefensión para el demandante, no siendo ello contrario al principio de tracto sucesivo, en la medida en que tal principio exigiría rechazar la anotación en cuanto se intentara practicar contra un adquirente todavía no publicado, un tercero. No sería necesario que el anotante inscribiera previamente el título de adquisición del demandado, pues supondría un trámite superfluo caso de estimarse la demanda. Y todo ello en procura de evitar que surgieran, como ya se ha introducido, terceros protegidos por la fe pública registral durante el interinato, quienes todavía podrían hacer uso del expediente que se recoge en el artículo 312 del Reglamento Hipotecario.

En tal sentido recuérdese, el precepto reglamentario establece cómo ha de proceder el titular de un derecho real impuesto sobre una finca para obtener la inscripción del título no inscrito aún del propietario. Los pasos son los siguientes:

- 1.º El interesado presentará su título en el Registro de la Propiedad, solicitando que se tome anotación preventiva por falta de previa inscripción.
- 2.º Practicada la anotación, se requerirá al dueño, notarial o judicialmente, para que en el término de veinte días, a contar desde el requerimiento, inscriba su propiedad, bajo apercibimiento de que si no lo verificare o impugnar tal pretensión dentro de dicho término, podrá el anotante del derecho real solicitar la inscripción como establece la regla cuarta.
- 3.º El dueño no podrá hacer la impugnación sin solicitar a la vez la inscripción del dominio por cualquiera de los medios establecidos en el Título VI de la Ley Hipotecaria.
- 4.º Transcurrido el plazo de veinte días, el anotante, justificando el requerimiento practicado, podrá pedir la inscripción del dominio. Si no tuviere, como será lo normal, los documentos necesarios, acudirá al Juez o Jueces donde radiquen los archivos en que se encuentran, para que, con citación del dueño, mande sacar copia de ellos y se le entregue al anotante a dicho objeto y, en defecto de documentos o cuando, siendo defectuosos, no opte por subsanarlos, podrá justificar el dominio del dueño en la forma que prescriben la Ley y el Reglamento.
- 5.º El Registrador inscribirá el dominio, dejando archivado, en su caso, el documento en que conste el requerimiento, del cual dará las certificaciones que los interesados soliciten y convertirá en inscripción definitiva la anotación del derecho real.

Desde este punto de vista, el defecto de tracto conspiraría, entonces, contra el transmitente, que pese a ser todavía propietario registral del inmueble, quedaría a expensas de lo que pudiera acontecer a instancias del adquirente hasta el momento en que se dictara la sentencia de restitución a su favor, y ello es lo que explicaría la postura de la Dirección General.

La corrección de la medida se mostraría irreproachable, entonces, en tanto la legislación registral no proveyera otra solución dentro de los parámetros que le son propios. Pero no es así, siendo discutible que el principio de tutela judicial efectiva exija abreviar pasos y simplificar el camino, por fuera del orden y técnica del ámbito donde nos movemos. Se explica de tal modo, el precedente de

la Resolución de 7 de diciembre de 2005, el cual la propia Dirección cita en los fundamentos de la presente, y cuyo supuesto se muestra análogo al que ahora se despacha.

En aquella oportunidad, se presentó en el Registro mandamiento ordenando, como medida cautelar, la anotación preventiva de demanda sobre determinada finca. El Registrador denegó la anotación por ser el titular registral persona distinta del demandado, precisamente el demandante. La Dirección desestimó el recurso por cuanto, al haber vendido el demandante y todavía titular registral en escritura pública la finca al demandado, contaría con un procedimiento sencillo para conseguir la anotación, «procedimiento consistente en presentar copia de dicha escritura en el Registro —copia que tiene derecho a obtener por ser interesado—, consiguiendo así la inscripción a favor del demandado, y, por tanto, la remoción del obstáculo existente para conseguir la anotación». No habría indefensión, por tanto, en cuanto tendría tal posibilidad para la protección de sus intereses.

2. LA VIRTUALIDAD DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA COMO PRINCIPIO DE ORDEN SUPERIOR EN EL MARCO DEL DERECHO REGISTRAL

Advertido, con la salvedad última, el tema puntual del que se ocupa la Resolución *sub examine*, parece ineludible ampliar el enfoque en torno a la tutela judicial efectiva como principio constitucional en su aplicación en el ámbito del Registro de la Propiedad. En este sentido, se tiene que comenzar advirtiendo la insistente presencia del principio en la doctrina gubernativa de los últimos años, afianzando en su razón de ser el sector registral dentro del ordenamiento jurídico. La tutela judicial efectiva se presenta así en la doctrina de la Dirección General con un doble motivo.

En primer lugar, como *fundamento constitucional* de dos principios registrales típicos —los de legitimación y tracto sucesivo—, así como de la máxima relativa a la salvaguardia jurisdiccional de los asientos registrales, si es que, como para quien esto suscribe, no se la reconoce en el elenco de principios registrales sino en un plano más elevado o informador todavía si cabe.

La Dirección tiene dicho así que:

- «*Los principios constitucionales de protección jurisdiccional de los derechos y proscripción de la indefensión* (art. 24 CE) y, paralelamente y, en el ámbito registral, el principio de salvaguarda judicial de los asientos registrales (art. 1 LH), junto con los de tracto sucesivo y legitimación (arts. 20 y 38.3 LH), impiden la práctica de la anotación solicitada sobre bienes inscritos a favor de persona que no ha sido parte en el procedimiento» judicial donde se ha adoptado (Resolución de 2 de octubre de 2002, entre otras innumerables, anteriores y posteriores).
- «Es un principio esencial de nuestro sistema hipotecario que ningún asiento puede ser practicado en el Registro sin consentimiento del titular registral o sin que haya tenido lugar el oportuno procedimiento judicial en el que aquel haya podido disfrutar de la posición prevista en el ordenamiento. Es doctrina de este Centro Directivo que el denominado principio de tracto sucesivo es la expresión registral de aquel principio que, en su vertiente procesal, es a su vez trasunto del *principio de tutela judicial efectiva* consagrado en nuestra Constitución» (Resolución de 15 de noviembre de 2010).

- «El principio de tracto sucesivo y la *proscripción de la indefensión consagrada en el artículo 24 CE*, impiden que una resolución judicial pueda operar en el Registro la cancelación de asientos que afectan a personas que no han sido demandadas (el titular registral en nuestro caso). Y si bien es cierto que los Registradores de la Propiedad, como funcionarios públicos, tienen la obligación de respetar y colaborar en la aplicación de las resoluciones judiciales firmes, no lo es menos que *el principio constitucional de tutela judicial efectiva* impide extender las consecuencias de un proceso a quienes no han tenido parte en él ni han intervenido de manera alguna; exigencia esta que, en el ámbito registral, determina la imposibilidad de practicar asientos que comprometan una titularidad inscrita (que está bajo la salvaguarda de los tribunales, conforme al artículo 1 LH, si no consta el consentimiento del su titular, o que este haya sido parte en el procedimiento de que se trata, de ahí que en el ámbito de la calificación de los documentos judiciales el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, en coherencia plena con los preceptos constitucionales y legales, incluya los obstáculos que surjan del Registro» (Resoluciones de 23 de julio de 2005, 10 de agosto de 2006, 5 de febrero y 8 de abril de 2011, entre otras).
- «La anotación de la declaración judicial de quiebra, prevista en los artículos 142 y 166.4.º RH, exige, por imperativo del principio registral de tracto sucesivo (art. 20 LH), que los bienes que hayan de soportarla se hallen inscritos a favor del quebrado. Apareciendo estos inscritos a favor de personas distintas —en el caso concreto, adquirentes de quienes, a su vez, adquirieron del quebrado—, habrá de rechazarse la anotación solicitada. No puede estimarse la alegación de que al haberse verificado tales transmisiones con posterioridad a la fecha de retroacción de la quiebra, se hallan afectadas por la nulidad derivada del artículo 878.2.º del Código de Comercio y, de que, en consecuencia, dado su carácter radical y absoluto, procede la cancelación automática de los respectivos asientos con la sola presentación del auto declarativo de la quiebra, desapareciendo el obstáculo derivado de la exigencia de tracto sucesivo. Sin analizar ahora la cuestión de la armonización entre el precepto citado y el mecanismo protector recogido en la Ley Hipotecaria respecto de los terceros que reúnan los requisitos del artículo 34 de dicha Ley, es lo cierto que la cancelación de los asientos practicados en favor de los adquirentes posteriores del quebrado incluidos en el periodo de retroacción, cuando no concurre su consentimiento voluntariamente prestado, no podrá decretarse sino por resolución judicial firme dictada en proceso que haya sido debidamente entablado contra los titulares afectados, dándose así satisfacción tanto al principio registral de salvaguarda judicial de los asientos como al *principio constitucional de protección jurisdiccional de los propios derechos* (arts. 24 CE, 1, 40 y 82 LH y 174 RH)» (Resolución de 17 de marzo de 2005).
- «*El principio constitucional de la tutela judicial efectiva* (art. 24 CE) y la relatividad de la cosa juzgada impiden oponer a un tercero la declaración de preferencia de una carga real, aunque esté establecida por Ley, sin que el mismo haya tenido posibilidad de excepcionarla, por el plazo, origen o conceptos de las partidas de la deuda o por cualquier otra causa. Solo así puede lograr aquella preferencia su constancia registral, pues así lo exige además el principio de tracto sucesivo (art. 20 LH). Si se hubiera hecho constar así la preferencia se darían los efectos siguientes: Llegada su ejecución podrían cancelarse todas aquellas cargas frente a las que ha

sido declarada preferente, además de la necesaria observancia de las reglas sobre la comunicación a sus titulares de tal ejecución para que puedan hacer valer sus derechos. Y que si se ultima antes la ejecución de alguna de esas cargas postergadas la correspondiente adjudicación se produzca con subsistencia de la afección declarada preferente» (Resolución de 10 de agosto de 2006).

Pero, en un segundo plano, la tutela judicial efectiva se viene a referir más puramente al procedimiento registral, a sus presupuestos y garantías. La Resolución de 1 de marzo de 2006 es en este punto sumamente demostrativa al decir que: «el procedimiento registral se articula en nuestro ordenamiento como un procedimiento de tipo administrativo, si bien sujeto a algunas especialidades por razón de la materia que constituye su objeto. Pero como todo procedimiento, está sujeto a las formalidades que constituyen la garantía del correcto hacer del funcionario público. Promulgada la Constitución y reconocidos los principios *de tutela judicial efectiva* (cfr. art. 24) y el tratamiento común eficiente y justo a los administrados (cfr. art. 149) no puede el procedimiento registral quedar al margen de tales principios», y es en este contexto ineludible que deben entenderse las novedades introducidas por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, y la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad, tendientes a inyectar en el sistema registral las garantías propias del procedimiento administrativo, en atención, así, a la necesidad de que el Registrador se despache en todo caso por escrito, haciendo desaparecer las calificaciones verbales; a que la calificación se sujete en su estructura a la de cualquier acto administrativo —expresando ordenadamente hechos y fundamentos de derecho con mención a las vías de recurso—; a que se notifiquen en los términos de artículos 58 y 59 de la Ley 30/1992, etc.

Específicamente, sobre la motivación y suficiencia de la calificación cuando es negativa, las Resoluciones de 8 de mayo y 3 de diciembre de 2010 establecen, asimismo, que: «aunque la argumentación en que se fundamente la calificación haya sido expresada de modo escueto, es suficiente para la tramitación del expediente si expresa suficientemente la razón que justifica dicha negativa de modo que el interesado pueda alegar cuanto le convenga para su defensa, como lo demuestra en este caso el contenido del escrito de interposición del recurso». En efecto, en el uno y otro caso el Registrador había señalado con claridad el defecto, exponiendo los hechos y fundando aquel en diversos preceptos, con cita y transcripción, por lo que no cabría concluir afirmando que habría incurrido en una situación de falta de motivación jurídica, ni mucho menos que se habría «coartado el derecho a la interposición del recurso y *el derecho a la tutela judicial efectiva*», dice expresamente la Dirección en cada una de tales Resoluciones.

RESUMEN

ANOTACIÓN PREVENTIVA
DE DEMANDA
FINCA TITULARIDAD
DEL DEMANDANTE

Comentario a la Resolución de 15 de abril de 2011, por la cual se consolida la

ABSTRACT

CAVEAT NOTING CLAIM
PROPERTY BELONGING
TO THE PLAINTIFF

Commentary on the Decision of 15 April 2011 consolidating the established school of thought of the Directorate-

doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, según la cual puede anotarse demanda en el propio folio de quien, constando todavía en el Registro como propietario, ha solicitado judicialmente la anotación como medida cautelar a la acción de resolución del título de transmisión por él autorizado en el ínterin y aún no ingresado en el Registro.

General of Registries and Notarial Affairs according to which claims may be noted on the personal folio of a person who, still being the registered owner of record, has applied to the judicial authorities for a caveat as a precautionary measure in regard to action to cancel a conveyance document authorized by that same person in the interim and not yet deposited with the registration authorities.

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

LA REFORMA DEL ARTÍCULO 30 DEL CÓDIGO CIVIL. ESTUDIO DE LAS CONDICIONES DEL NACIMIENTO. REPERCUSIONES JURISPRUDENCIALES

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

*Profesora Contratada Doctora
Derecho Civil UCM*

SUMARIO: I. LA LEY DEL REGISTRO CIVIL Y LA ENTRADA EN VIGOR DE LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 30 DEL CÓDIGO CIVIL.—II. EL NUEVO ARTÍCULO 30 DEL CÓDIGO CIVIL.—III. ESTUDIO DE LOS REQUISITOS DEL ARTÍCULO 30 DEL CÓDIGO CIVIL.—IV. REPERCUSIONES JURISPRUDENCIALES.—V. FALLECIMIENTOS PRODUCIDOS CON POSTERIORIDAD A LOS SEIS MESES DE GESTACIÓN.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII.- ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES ANALIZADAS (POR ORDEN CRONOLÓGICO).—VIII. LEGISLACIÓN CITADA.

I. LA LEY DEL REGISTRO CIVIL Y LA ENTRADA EN VIGOR DE LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 30 DEL CÓDIGO CIVIL

El nuevo artículo 30 ha sido redactado por la disposición final tercera de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (*BOE* de 22 de julio) que modifica el anterior, e indica que: «La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno» (1).

(1) El trámite histórico de la ley ha sido el siguiente: El proyecto de Ley del Registro Civil (121/000090) fue presentado por el Gobierno el 26-7-2010 y calificado el 3-9-2010. La Comisión competente fue la de Justicia integrada por Rosa María Díez González; Vicente Ferrer Roselló; Jordi Jané i Guasch; Carmen Juanes Barciela; María Pilar López Rodríguez; Dolors Montserrat Montserrat, Emilio Olabarría Muñoz; Joan Ridao i Martín; Julio Villarrubia Mediavilla.

El señor Asensio Martínez presentó en el Senado el dictamen de la Comisión de Justicia del proyecto de ley del Registro Civil. El proyecto de ley tuvo su entrada en dicha Cámara el día 16 del pasado mes de mayo. El plazo de presentación de enmiendas finalizaba el

Hasta el 23 de julio el precepto estipulaba que: «*Para los efectos civiles, solo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno*».

La nueva Ley del Registro Civil es una ley totalmente nueva, no una simple reforma basada en la total informatización de la Institución, de ahí que se establezca una amplia *vacatio legis* de dos años (Disposición Final 8.^a), salvo en el supuesto del artículo 30 que estamos comentando que entró en vigor el mismo día 23 de julio (un día después de la publicación de la Ley en el *BOE*).

El nuevo Registro Civil instaura un único folio personal para cada individuo donde constará todo su historial civil (nacimiento, matrimonios, fallecimiento, etc.) desde su nacimiento. Así pasa de ser un Registro de hecho a un Registro Civil de personas donde cada ciudadano tendrá una ficha personal individual única. Y es precisamente con la inscripción del nacimiento con la que se asignará a cada nacido un Código Personal de Ciudadanía (una secuencia alfanumérica) único e invariable.

Respecto a la inscripción de nacimiento, se mantienen los criterios generales y se prevé la remisión de los datos del nacido a través de un documento oficial por los responsables de los centros sanitarios. En cuanto a su contenido, el nombre y apellidos se configura como un elemento de identidad del nacido derivado del derecho de la personalidad y como tal se incorpora a la inscripción de nacimiento.

Igualmente, con la nueva Ley dejarán de expedirse Libros de Familia, que serán sustituidos por certificaciones registrales. Estas podrán solicitarse personalmente o a través de *internet*. En todo caso, las Administraciones y los funcionarios públicos tendrán acceso a la información registral, y no necesitarán pedir certificaciones a los ciudadanos, lo cual comportará una reducción de cargas administrativas y convertirá en algo extraordinario la necesidad de acudir personalmente al registro.

La modernización del Registro Civil hace necesaria su desjudicialización, por lo que pasa a configurarse como órgano administrativo, dependiente del Ministerio de Justicia y gestionado por funcionarios públicos, cuyas decisiones, lógicamente, estarán sometidas a control judicial. Con ello, se descarga a los jue-

día 27 de mayo y fue ampliado hasta el día 2 de junio de 2011. A este proyecto de ley se presentaron 67 enmiendas así distribuidas: siete de los señores Quintero Castañeda y Belda Quintana, del Grupo Parlamentario Mixto; una del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas; cinco del Grupo Parlamentario Convergència i Unió; siete del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés; cinco del Grupo Parlamentario Socialista; y 42 del Grupo Parlamentario Popular.

El día 1 de junio, la comisión designó la ponencia, que quedó integrada de la siguiente manera: don Alfredo Belda Quintana, (GPM); don Miguel Bofill Abelló, del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés; don Arcadio Díaz Tejera (GPS); don Fernando García Navarro (GPP); doña Eva Parera Escrichs, (GPCiU); don Anselmo Francisco Pestana Padrón, (GPS); don Joaquín Luis Ramírez Rodríguez (GPP); y don Joseba Zubia Atxaerandio, del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas.

La ponencia se reunió el día 16 de junio y estudió en profundidad el texto del proyecto de ley y las enmiendas. La comisión se reunió para dictaminar el mismo día 16 de junio y emitió dictamen en el que se han introducido modificaciones en el texto remitido por el Congreso de los Diputados como consecuencia de la aprobación de diversas enmiendas.

Han presentado votos particulares a este dictamen los Grupos Parlamentarios Mixto, Convergència i Unió, Entesa Catalana de Progrés, Socialista y Popular».

ces de una función impropia, lo que permitirá que puedan dedicarse en exclusiva a su función constitucional de juzgar y ejecutar lo juzgado (2).

II. EL NUEVO ARTÍCULO 30 DEL CÓDIGO CIVIL

El arranque de la prueba de la identificación del nacido es precisamente la inscripción del nacimiento en el Registro Civil (3). Es importante, pues, determinar el momento en que surge la personalidad, de ahí que sea el propio Estado el encargado de organizar, preparar y facilitar la prueba.

Se configura el nacimiento como un acto que se refiere a la identidad, al estado civil y a la condición de la persona, por eso es un hecho inscribible (art. 4 LRC).

De esta manera cada persona desde el mismo momento del nacimiento tendrá un registro individual en el que constarán los hechos y actos relativos a la identidad, estado civil y demás condiciones. Se iniciará con la inscripción de nacimiento o con el primer asiento que se practique —adquisición de la nacionalidad (art. 5 LRC)—.

Las inscripciones y demás asientos registrales serán practicados por los Encargados de las Oficinas del Registro Civil.

El proyecto de ley que el Consejo de Ministros remitió al Congreso no incorporaba modificación alguna del Código Civil, sino que dicha introducción tuvo lugar en el trámite de enmiendas, a iniciativa del Grupo Parlamentario Catalán (Convergencia i Unió) (4), planteando la modificación en términos parecidos a los del Código Civil catalán (5).

(2) Reseña del Informe del Consejo de Ministro de 8 de enero de 2010 SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DEL NUEVO REGISTRO CIVIL. http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Referencias/_2010/refc20100108.htm

(3) FELIÚ REY, Manuel Ignacio, «El derecho del neonato a la “inequívoca identificación”». La responsabilidad de la administración y personal sanitario», en *Diario La Ley* (LA LEY), núm. 6360, 16 de noviembre de 2005. Doctrina. D-265. (LA LEY 5108/2005).

(4) Como Enmienda núm. 77 el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) propuso la adición de una nueva disposición final al referido texto, formulando la siguiente redacción:

Disposición Final (nueva). Modificación del Código Civil. «Uno. El artículo 29 del Código Civil queda redactado en los términos siguientes: “Artículo 29. La personalidad civil es inherente a la persona física desde su nacimiento”».

Y 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».

Vid. BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 90-26, de 6-4-2011.

(5) Con una justificación precisa y certera, en los siguientes términos: «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 y 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 *status 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

De la enmienda cabe destacar que:

- Se propone la utilización del término «personalidad civil».
- 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.
- 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 veinticuatro 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.

Finalmente en el Informe de la Ponencia se recoge «la enmienda transaccional a la enmienda número 77 del G. P. Catalán (GC-CiU) que se incorpora con el texto siguiente:

«Disposición final segunda bis (nueva). Reforma del Código Civil

Se modifica el artículo 30 del Código Civil, que queda redactado en los siguientes términos: “La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida y enteramente desprendido del seno materno”».

En el texto remitido por el Congreso de los Diputados (6) aparece ya la Disposición Final tercera, por la que se modifica el artículo 30 del Código Civil en los términos señalados (7).

(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 buena 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». BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 90-28, de 3-5-2011. Informe de la Ponencia.

(6) El texto remitido por el Congreso al Senado. BOCG. Senado, serie I, núm. 62-419, de 16-5-2011.

(7) Vid. BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 90-29, de 16-5-2011. Aprobación por la Comisión con competencia legislativa plena.

No obstante, en el trámite de Enmiendas en el Senado, el Grupo Parlamentario Catalán de Convergència i Unió (GPCIU), al amparo de lo previsto en el artículo 107 del Reglamento del Senado, formula la siguiente enmienda (núm. 60) a la Disposición Final tercera, modificando la redacción que se propone del artículo 30 del Código Civil (8):

«Artículo 30. La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno».

El Dictamen de la Comisión del Senado (9) acepta los términos propuestos en la enmienda, señalando que la nueva redacción del artículo 30 del Código Civil establece con mayor precisión cuándo se adquiere la personalidad (10).

III. ESTUDIO DE LOS REQUISITOS DEL ARTÍCULO 30 DEL CÓDIGO CIVIL

El nacimiento se presenta como un hecho fundamental, siendo también importantes los requisitos del nacimiento en él establecidos.

Frente al anterior artículo 30, que establecía la necesidad de reunir cuatro requisitos para otorgar efectos civiles a la persona (*«Para los efectos civiles solo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno»*); el actual exige menos, ya que la Disposición Final tercera de la nueva Ley del Registro Civil modifica el artículo 30, indicando expresamente que: *«La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno»*.

Así pues los requisitos a los que nos referimos son:

- A la necesidad de un nacimiento efectivo, entendiéndose por tal la rotura del cordón umbilical, pues se sigue exigiendo como requisito esencial *«una vez producido el entero desprendimiento del seno materno»*. El Código Civil catalán se limita a decir, sin más, que el concebido tiene la consideración de persona ... siempre y cuando llegue a nacer.
- Esto implica que el sujeto nazca vivo: *«en el momento del nacimiento con vida»*, y que ya recordó la RDGRN de 3 de septiembre de 1996 (11), recogiendo un criterio de honda 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 ellas se intenta evitar dudas y litigios acerca de si el feto ha nacido vivo

(8) BOCG. Senado, serie I, núm. 74-475, de 7-6-2011.

(9) BOCG. Senado, serie I, núm. 81-530, de 21-6-2011.

(10) BOCG. Senado, serie I, núm. 86-557, de 29-6-2011. Enmiendas del Senado mediante mensaje motivado. Y BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 90-30, de 30-6-2011. Enmiendas del Senado

(11) RDGRN de 3 de septiembre de 1996 (LA LEY 3484/1997): «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 concurran 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».

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”».

Sin embargo desaparecen dos requisitos exigidos antes:

- Que tenga figura humana: Requisito que se conservaba por tradición del Derecho Romano, ya que no se puede entender que de mujer nazca un ser no humano, era un requisito que «evita la personalidad a fetos inmaduros, a seres que es discutible que estén vivos y a seres de total incapacidad de vida».
- Y el requisito del tiempo: Prolongación de la vida durante 24 horas y que fue analizado por la RDGRN de 17 de octubre de 1995 (12).

Este es el requisito que más ha dado que hablar a la doctrina civilista, pues se entendía que el artículo 30 del Código Civil seguía la teoría de la viabilidad como viabilidad legal o presunción *iuris et de iure* de viabilidad. Pero un ser no viable puede sobrevivir durante 24 horas y ya sería persona, o al contrario, uno viable puede morir antes de las 24 horas y no ser tenido como persona (por muerte natural, o accidente u homicidio).

De esta manera el anterior artículo 30 entendía que el comienzo de la personalidad se producía por el nacimiento, pero era preciso la prolongación de la vida como mínimo 24 horas. Había una *conditio iuris* para el otorgamiento de eficacia civil al nacimiento y la concesión de personalidad al sujeto y recaía en vivir 24 horas (vid. la SAP de Guipúzcoa, Sección 2.ª, de 14 de julio de 2006, recurso 2168/2006) (13).

(12) RDGRN de 17 de octubre de 1995 (LA LEY 2786/1996). Es presupuesto básico para practicar la inscripción de nacimiento, que se pruebe la existencia de la persona y que esta haya nacido con los requisitos que determina el artículo 30 del Código Civil, entre ellos que viva veinticuatro horas desprendida del seno materno. Las dudas que sobre esta cuestión se planteaban en el presente recurso, quedaron definitivamente resueltas en el auto de la Audiencia Provincial de P., que al resolver la cuestión prejudicial penal dejó claro el hecho del nacimiento de la hija de la promotora, así como su defunción pasadas las 24 horas siguientes a dicho evento.

En consecuencia, hay que concluir que procede la práctica de la inscripción de nacimiento, la cual resulta evidentemente incompatible con la toma de razón que del alumbramiento en cuestión se hizo en su día en el legajo de abortos, por lo que debe procederse a su cancelación, conforme a lo establecido en los artículos 163 y 164 del Reglamento del Registro Civil.

(13) SAP de Guipúzcoa, Sección 2.ª, de 14 de julio de 2006, recurso 2168/2006. Ponente: Ana Maite LOYOLA IRIONDO. Número de sentencia: 2239/2006. Número de recurso: 2168/2006. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 226529/2006). «En el presente caso tenemos constancia de que la víctima sufrió un aborto voluntario nueve años antes del suceso que da origen a las actuaciones, deberá tenerse en cuenta, a todos los efectos, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 del Código Civil, “el nacimiento determina la personalidad” y según dispone el artículo 30 de dicho texto legal “para todos los efectos civiles únicamente se reputará nacido el feto que tuviera figura humana y viviera veinticuatro horas enteramente

La justificación de este requisito se concretaba en la necesidad de evitar incertidumbres y discusiones sobre si un ser nació verdaderamente como un ser humano vivo, y que hoy no ha sido ni siquiera tenido en cuenta como consecuencia de los avances médicos y tecnológicos.

Requisito que exigía que el hecho de la inscripción de nacimiento solo podía tener lugar tras esas 24 horas (vid. la RDGRN de 22 de octubre de 1993) (14).

La reforma operada en el artículo 30 del Código Civil sigue las líneas actuales, como se puede observar en la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, en su artículo 211-1 del Capítulo I, del Título I del Libro II: «LA PERSONA Y LA FAMILIA», que trata de la *Personalidad civil*, únicamente se limita a decir que: «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...».

IV. REPERCUSIONES JURISPRUDENCIALES

La modificación del precepto no va a hacer que la Jurisprudencia varíe:

La capacidad para ser parte se basa en la personalidad jurídica del individuo, que le atribuye la facultad de ser titular de derechos y obligaciones y que surge *en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno* (actual art. 30) (15).

desprendido del seno materno”, de ahí que en el presente caso y tomando como referencia el criterio consignado en el Código Civil a la hora de estimar si nos encontramos ante el primero o segundo hijo, es por lo que habrá de convenir en términos señalados en la sentencia de instancia, estimando que a la hora de fijar el importe de la indemnización a percibir, se trataba del primer hijo, pues a todos los efectos, el aborto sufrido con anterioridad, no permite la consideración del hijo concebido pero no nacido, como primer hijo».

(14) RDGRN de 22 de octubre de 1993 (R/ 1993/8147) indicaba que «la fecha del alumbramiento consignada en la inscripción de nacimiento, no es una simple mención de identidad del nacido... Por el contrario, tal fecha es una circunstancia esencial de la inscripción de nacimiento y de la que esta hace fe de modo que su rectificación, por muy evidente que pueda parecer el error, solo cabe, en principio, por la vía judicial ordinaria conforme al criterio general que proclama el artículo 92 de la Ley».

En este caso el asiento se extendió el mismo día y a la misma hora en que acaeció el nacimiento. Ahora bien, no hay ninguna imposibilidad para que, dentro de la misma hora del parto, el padre acudiera al Registro para declarar el nacimiento en la misma población. Siendo esto así, lo que se deduce del asiento discutido es que el mismo se ha practicado antes de las veinticuatro horas siguientes al parto, con infracción de lo ordenado por los artículos 40 y 42 LRC, los cuales parten del plazo establecido por el artículo 30 del Código Civil para que, a efectos civiles, se reputa nacido el feto. En esta situación lo procedente es... convalidar el asiento. Así lo permiten los artículos 95.1.º LRC y 296 RRC y, específicamente, el artículo 165 RRC, a cuyo tenor, «la inscripción en virtud de declaración formulada antes de que el feto viviera veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno se convalidará acreditando, en expediente, la supervivencia a dicho plazo».

(15) La doctrina procesalista clásica distingue entre la capacidad para ser parte y la capacidad procesal, identificando la primera con la personalidad jurídica, que atribuye la facultad de ser titular de derechos y obligaciones, y que surge con el nacimiento con las condiciones descritas en los artículos 29 y 30 del Código Civil, y la segunda con el pleno ejercicio de los derechos civiles, que el artículo 322 del mismo Código reserva a los mayores

La STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a, de 1 de diciembre de 2010, indica que: «Para que un procedimiento —o un proceso— sea válido es imprescindible que los sujetos de la relación jurídico-procesal tengan personalidad procesal o capacidad para ser parte. *La personalidad procesal o capacidad para ser parte coincide con la personalidad general o capacidad jurídica. Y tratándose de personas naturales solo la ostentan desde el final del acto del nacimiento*, en las condiciones fijadas por el Código Civil (arts. 29 y 30), hasta su muerte (art. 32 CC); aunque también el *nasciturus* o concebido aun no nacido, puede ser parte, para el caso de que llegue a nacer (a tenor de la asimilación del art. 29, recogida expresamente en el propio art. 6 LEC)» (16).

La desaparición de las 24 horas necesarias para la consideración del feto como persona, sí va a traer cambios y aclaraciones jurisprudenciales, que ya habían iniciado como puede constatar en la STSJ del País Vasco (Sala de lo Social), de 9 diciembre de 2010. La doctrina de esta sentencia dictamina otorgar la prestación de paternidad a un padre de una niña nacida y no sobrevivida más de veinticuatro horas desprendida del seno materno. El padre solicitó la prestación por paternidad por nacimiento para el periodo comprendido entre el 24 de octubre de 2009 y 5 de noviembre de 2009 por importe de 1372,02 euros. La hija del actor nació el 20 de octubre de 2009 a los 271 días de gestación (38 semanas y cinco días) y no sobrevivió 24 horas. Señala la existencia de tres discriminaciones «en orden al hecho del nacimiento de la hija, la mujer recibe prestación por maternidad y el padre no la recibe y entre los padres de bebés nacidos con 271 días de gestación que no sobreviven las 24 horas desprendidos del seno materno, frente a los que con la mitad de edad gestacional (140 días) nacen y viven desprendidos del seno materno pero prendidos a una incubadora cuyos padres sí tienen derecho a la prestación por paternidad. Entre las madres cuyo hijo sobrevive al parto que tienen a su marido 13 días adicionales para apoyo y cuidado y las que su hijo no sobrevive que tras este dramático hecho no tienen el apoyo. Así como señala el actor, la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas» (17).

de edad, sin perjuicio de la mención especial que el artículo siguiente, el 323, hace respecto de los menores emancipados. Cuando, ostentando la primera de dichas capacidades, no se ostente, sin embargo, la segunda, y por tanto, se carezca de capacidad para comparecer en juicio, actúan los mecanismos de representación o complemento de la capacidad establecidos en el artículo 7 de la LEC, cuya operativa en modo alguno implica una alteración de la relación procesal.

SAP de Valencia, Sección 6.^a, de 18 de mayo de 2010, recurso 190/2010. Ponente: Vicente ORTEGA LLORCA. Número de sentencia: 302/2010. Número de recurso: 190/2010 (LA LEY 140404/2010).

(16) STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a, de 1 de diciembre de 2010. Ponente: Ramón TRILLO TORRES. Número de recurso: 125/2007 (LA LEY 231799/2010).

(17) STSJ del País Vasco (Sala de lo Social), de 9 diciembre de 2010. Ponente: Garbiñe BIURRUN MANCISIDOR. Jurisdicción: Social. Recurso de Suplicación número 2484/2010 (AS 2011/917). La Sala del TSJ consideró no aplicable el artículo 30 del Código Civil, ya que: «Las normas reconocedoras de la prestación de paternidad tienen por finalidad... la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Por su parte, el artículo 30 del Código Civil tiene por finalidad regular los derechos de las personas una vez nacidas. Claro es que la regulación de los efectos civiles y derechos de las personas nacidas no puede condicionar el derecho de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, ni transformar el sentido de la expresión «nacimiento de hijo» como situación protegida».

- En relación con la sucesión y viabilidad del póstumo, cabe el pago de la indemnización por responsabilidad civil a la nieta nacida un mes después del deceso (18).
- Pero no cabe la indemnización en el supuesto de la muerte del feto al forzarse su nacimiento por medio de cesárea a consecuencia del accidente sufrido por la madre. No puede hablarse de vida propia al no haber vivido 24 horas desprendido del seno materno (19).
- Últimamente la doctrina jurisprudencial es la encargada de reconocer la pensión alimenticia a los *concebidos y no nacidos* ya que los cónyuges

En este caso «se produjo el nacimiento de una bebé a las 38 semanas y cinco días de gestación, esto es, en el término de un embarazo de duración completa, si bien la niña no sobrevivió veinticuatro horas separada del seno de su madre y esta ha recibido las prestaciones por maternidad. Así, consideramos que se ha producido el hecho causante o situación protegida de “nacimiento de hijo”, que concurre de manera idéntica a los casos en que la criatura fallece poco tiempo después de transcurridas esas determinantes veinticuatro horas».

«Pues bien, no creemos que esta regulación vulnere los derechos de quienes nacen (expresión que utilizamos para significar la separación del feto del seno materno mediante el parto) y no sobreviven veinticuatro horas, todo ello, claro está, sin perjuicio de los derechos de estos seres a recibir todos los cuidados y atenciones precisas. Sin embargo, sí hemos de considerar vulnerados los artículos 133 LGSS y 22 del Real Decreto 295/09, también puestos en relación con la denuncia jurídica contenida en este motivo del recurso, dado que hemos concluido que no es de aplicación a los efectos de reconocimiento de la prestación de paternidad la previsión del artículo 30 del Código Civil».

(18) La SAP de A Coruña, Sección 3.ª, de 31 de julio de 2009. Ponente: Juan Ángel RODRÍGUEZ CARDAMA. Número de sentencia: 330/2009. Número de recurso: 217/2008 (LA LEY 170399/2009) estudia un supuesto de responsabilidad extracontractual donde fallece una funcionaria de correos durante el reparto de correspondencia en una explotación minera. Se debe también indemnizar a la nieta, nacida un mes después del deceso. «María Rosa, nieta de la víctima y que nació un mes después de su deceso, a la que debe aplicarse, por darse los requisitos establecidos, lo dispuesto en el artículo 29, en relación con el 30 del Código Civil y sin que a ello obste que los nietos no estén incluidos en el mentado baremo, por no estarse, como se dijo, ante un propio accidente de circulación y no regir, por tanto, esa normativa en su integridad».

(19) SAP de Palencia, de 20 de septiembre de 2001. Ponente: Mauricio BUGIDOS SAN JOSÉ. Número de sentencia: 171/2001. Número de recurso: 153/2001. Jurisdicción: PENAL (LA LEY 1635/2002). Se explica en la sentencia de instancia cómo después de acaecido el accidente, y por medio de cesárea, se forzó el nacimiento del feto que tenía una existencia dependiente de 32 semanas, y ponderando las circunstancias concurrentes se concede una indemnización de 4.500.000 ptas., ajustadas a la valoración que en las tablas en su día aprobadas por la Ley 30/95 se establece para un supuesto como el presente, sin embargo de lo cual no se pondera la concesión de una mayor cantidad, ni se entiende como existencia independiente la del *naciturus*, en razón a que el accidente se produce cuando aún el feto permanece en el seno materno, el nacimiento es forzado, a consecuencia del accidente, inmediatamente posterior a este y en efecto a ello debe de estarse. *En el momento en que ocurre el accidente, no se puede hablar de una vida propia, sino dependiente, pues es un feto por más que puedan predicarse de él las altas posibilidades de viabilidad; conforme a lo establecido en los artículos 29 y 30 del Código Civil, no tiene el carácter de persona al no haber vivido 24 horas desprendido del seno materno*, y si bien es cierto que las circunstancias especiales que concurren, esto es, la alta probabilidad de vida dado el avanzado estado de embarazo, hacían prever un feliz nacimiento, tal circunstancia ya fue ponderada por el Juzgador de instancia al conceder una cantidad elevada dentro de las posibilidades y límites marcados por las tablas que constan en el anexo de la Ley 30/95, ya aludida.

pueden proyectar lo que consideren conveniente en torno a la atribución de la guarda, régimen de visitas y alimentos del concebido y no nacido (20).

V. FALLECIMIENTOS PRODUCIDOS CON POSTERIORIDAD A LOS SEIS MESES DE GESTACIÓN

La Disposición Adicional cuarta de la nueva Ley del Registro Civil hace referencia a la *Constancia en el Registro Civil de los fallecimientos con posterioridad a los seis meses de gestación*.

Disposición que establece que: «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 cumplieran las condiciones previstas en el artículo 30 del Código Civil, pudiendo los progenitores otorgar un nombre. Este archivo quedará sometido al régimen de publicidad restringida».

Se recoge así un sentir de la doctrina: el del deber de comunicar para la constancia registral la existencia del aborto *strictu sensu* cuando hubiera habido un tiempo de gestión superior a 180 días aproximadamente, y si hubo alumbramiento con vida y posterior muerte. Incluso algún sector, abogaba por ese deber en relación con los fetos de menos de 180 días de vida intrauterina, y su acceso al legajo de abortos, en base a que el anterior artículo 173 «únicamente

(20) Vid., mi artículo sobre «La protección del *nasciturus* y su proyección en la Jurisprudencia Civil actual», en *RCDI*, núm. 726, julio-agosto de 2011, págs. 2203 a 2212.

SAP de Toledo, Sección 1.ª, sentencia de 20 de febrero de 2003. Ponente: Rafael CÁNCER LOMA. Número de sentencia: 61/2003. Número de recurso: 323/2002. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 36822/2003).

Aunque también hay doctrina en contra: «Tanto la pensión de alimentos, así como un posible régimen de visitas, deben ser acordes con las reales y efectivas necesidades del nacido, y es obvio que tales necesidades no pueden ser realmente conocidas hasta el momento de su nacimiento, a fin de que puedan ser efectivamente ponderadas y protegidas por el Juzgador [SAP de Toledo, Sección 2.ª, de 31 de julio de 2003. Ponente: Alfonso CARRIÓN MATAMOROS. Número de sentencia: 315/2003. Número de recurso: 194/2003. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 133648/2003)].

No obstante, el martes 17 de mayo de 2011 saltó la noticia en todos los medios de comunicación que: «Una resolución judicial pionera acepta el acuerdo de divorcio de un matrimonio sobre las visitas del hijo de la pareja a cuatro meses de su nacimiento, según informó EFE San Sebastián. Un Juzgado de Primera Instancia de San Sebastián ha aceptado el convenio de divorcio de un matrimonio que, entre otros aspectos, regula el régimen de visitas del hijo no nacido de la pareja, que se halla en el quinto mes de gestación, han informado hoy fuentes jurídicas. En su resolución, el Juzgado asume las tesis de la Fiscalía de Guipúzcoa que previamente validó el convenio de regulación del divorcio pactado entre ambos cónyuges, siempre que su eficacia quedara “suspendida” hasta el nacimiento del pequeño» (no hemos localizado la sentencia).

SAP de Barcelona, Sección 12.ª, de 30 de marzo de 2006. Ponente: Paulino RICO RAJO. Número de sentencia: 223/2006. Número de Recurso: 952/2005. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 109308/2006). Denegación de la atribución a la embarazada, en atención al interés del *nasciturus*, de la vivienda perteneciente a su ex pareja de hecho. El Código Civil otorga los efectos que puedan resultar o ser favorables para el *nasciturus* si llega a nacer con los requisitos legalmente previstos, entre esos efectos no figura la atribución a su favor de la vivienda común de sus progenitores mientras duró la convivencia...

obliga si el tiempo de vida intrauterina es mayor, pero no lo impide cuando ese plazo es menor» (21).

No obstante dicha disposición no aparecía en el texto del proyecto de Ley (ni la Disposición Adicional cuarta, ni su texto). Fue también en el trámite de enmiendas (22) y como consecuencia de la aceptación de una enmienda transaccional a las enmiendas números 140 del G. P. Popular y 58 del G. P. Catalán al artículo 44, momento en el que se incorporó lo que primero sería una Disposición Adicional quinta (nueva) con el siguiente texto:

«Disposición Adicional quinta (nueva). Archivo de fallecimientos perinatales y prenatales.

Figurarán en un archivo del Registro Civil, sin efectos jurídicos, los fallecimientos perinatales y prenatales, siempre que se produzcan con posterioridad a los seis meses de gestación, pudiendo los progenitores otorgar un nombre.

Este archivo quedará sometido al régimen de publicidad restringida previsto en la presente Ley».

En el texto remitido por el Congreso de los Diputados (23) aparece ya la disposición con su numeración actual (cuarta) continuando sin variación tras el Dictamen de la Comisión del Senado (24) y en los siguientes términos:

Disposición Adicional cuarta. Constancia en el Registro Civil de los fallecimientos con posterioridad a los seis meses de gestación.

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 cumplieran las condiciones previstas en el artículo 30 del Código Civil, pudiendo los progenitores otorgar un nombre.

Este archivo quedará sometido al régimen de publicidad restringida (25).

VI. BIBLIOGRAFÍA

CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen: *Aspectos civiles de la protección del concebido no nacido*. Ed. McGraw-Hill, Madrid. 1997.

FELIÚ REY, Manuel Ignacio: «El derecho del neonato a la “inequívoca identificación”. La responsabilidad de la administración y personal sanitario», en *Diario La Ley* (LA LEY), núm. 6360, 16 de noviembre de 2005. Doctrina. D-265 (LA LEY 5108/2005).

GARCÍA SAN JOSÉ, Daniel Ignacio: «El pluralismo europeo respecto a la concepción del comienzo de la vida y del concepto de ser humano y sus eventuales repercusiones en el Ordenamiento Jurídico español», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9/2010, parte Estudio. Editorial Aranzadi, S. A., Pamplona, 2010 (BIB 2009/1867).

(21) Vid. CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen: *Aspectos civiles de la protección del concebido no nacido*. Ed. McGraw-Hill, Madrid. 1997.

(22) Vid. BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 90-26, de 6-4-2011.

(23) El texto remitido por el Congreso al Senado. BOCG. Senado, serie I, núm. 62-419, de 16-5-2011.

(24) BOCG. Senado, serie I, núm. 81-530, de 21-6-2011.

(25) Vid. BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 90-29, de 16-5-2011. Aprobación por la Comisión con competencia legislativa plena.

MORENO MOZO, Fernando: «Requisitos del nacimiento: análisis del artículo 30 del Código Civil», en Diario *La Ley*, núm. 7361, año XXXI, de 12 de marzo de 2010, Ref. D-81, Editorial LA LEY.

VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES ANALIZADAS (POR ORDEN CRONOLÓGICO)

- STSJ del País Vasco (Sala de lo Social), de 9 de diciembre de 2010. Ponente: Garbiñe BIURRUN MANCISIDOR. Jurisdicción: Social. Recurso de Suplicación número 2484/2010 (AS 2011/917).
- SAP de Palencia, de 20 de septiembre de 2001. Ponente: Mauricio BUGIDOS SAN JOSÉ. Número de sentencia: 171/2001. Número de recurso: 153/2001. Jurisdicción: PENAL (LA LEY 1635/2002).
- SAP de Toledo, Sección 1.^a, sentencia de 20 de febrero de 2003. Ponente: Rafael CÁNCER LOMA. Número de sentencia: 61/2003. Número de recurso: 323/2002. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 36822/2003).
- SAP de Toledo, Sección 2.^a, de 31 de julio de 2003. Ponente: Alfonso CARRIÓN MATAMOROS. Número de sentencia: 315/2003. Número de recurso: 194/2003. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 133648/2003).
- SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 30 de marzo de 2006, recurso 952/2005. Ponente: Paulino RICO RAJO, Número de sentencia: 223/2006. Número de recurso: 952/2005. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 109308/2006).
- SAP de Guipúzcoa, Sección 2.^a, de 14 de julio de 2006, recurso 2168/2006. Ponente: Ana Maite LOYOLA IRIONDO. Número de sentencia: 2239/2006. Número de recurso: 2168/2006. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 226529/2006).
- SAP de A Coruña, Sección 3.^a, sentencia de 31 de julio de 2009, recurso 217/2008. Ponente: Juan Ángel RODRÍGUEZ CARDAMA. Número de sentencia: 330/2009. Número de recurso: 217/2008 (LA LEY 170399/2009).
- SAP de Valencia, Sección 6.^a, de 18 de mayo de 2010, recurso 190/2010. Ponente: Vicente ORTEGA LLORCA. Número de sentencia: 302/2010. Número de recurso: 190/2010 (LA LEY 140404/2010).
- RDGRN de 22 de octubre de 1993 (RJ 1993/8147).
- RDGRN de 17 de octubre de 1995 (LA LEY 2786/1996).
- RDGRN de 3 de septiembre de 1996 (LA LEY 3484/1997).

VIII. LEGISLACIÓN CITADA

- Artículo 30 del Código Civil.
- Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE de 22 de julio).
- Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

RESUMEN

CONDICIONES
NACIMIENTO

La nueva Ley del Registro Civil, ha reformado el artículo 30 del Código Civil, relativo a las condiciones del nacimiento a los efectos de otorgamiento de la personalidad jurídica. Los nuevos requisitos establecidos se centran en la necesidad de nacer, esto es que el feto sea desprendido totalmente del seno materno, y que esté vivo. Se eliminan los requisitos de tener figura humana y de viabilidad o prolongamiento de la vida durante 24 horas.

ABSTRACT

CONDITIONS
BIRTH

The new Civil Registry Act has reformed article 30 of the Civil Code concerning the conditions that must be met at birth in order for a child to qualify for legal personality. The new requirements focus on the need to be born (i.e., the need for the foetus to be completely detached from the mother's womb) and to be alive. The requirements of having a human shape and viability or 24 hours of sustained life are eliminated.

1.2. Familia

*RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN POR COMPLACENCIA.
A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO,
DE 29 DE NOVIEMBRE DE 2010*

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
*Profesora Contratada Doctora
Derecho Civil UCM*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. CONCEPTO, CARACTERES, NATURALEZA Y RÉGIMEN JURÍDICO DEL RECONOCIMIENTO DE COMPLACENCIA.—III. LA IMPUGNACIÓN DEL RECONOCIMIENTO DE COMPLACENCIA: 3.1. LA IMPUGNACIÓN DEL RECONOCIMIENTO DE COMPLACENCIA DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL O NO MATRIMONIAL. 3.2. LA NULIDAD DEL RECONOCIMIENTO DE COMPLACENCIA.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Con la reforma operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, se modifica la regulación contenida en el Título V del Libro I del Código Civil, que conserva la rúbrica originaria «De la paternidad y filiación», dándole una nueva estructura y redacción, adaptada a los principios constitucionales (arts. 14 y 39 de la Constitución Española). Esta norma también afectó al régimen de la patria potestad y al régimen económico-matrimonial. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS si-

guiendo a GARCÍA CANTERO, señala que, el sentido de la citada reforma se puede sintetizar en los siguientes principios: 1. La supresión de la estratificación de los hijos en clases separadas y, la utilización de una nueva terminología en la que se destaca la sustitución de las expresiones «filiación legítima» y «filiación ilegítima», por las de «filiación matrimonial» y «filiación no matrimonial, despareciendo con ello las connotaciones peyorativas que tenía la expresión «hijo ilegítimo»; 2. Establecimiento del principio de igualdad de efectos entre todas las clases de filiación: 3. Mantenimiento de la diversidad de medios de determinar la filiación matrimonial y la no matrimonial; 4. Se permite, en principio, la libre investigación de la paternidad, y la admisibilidad de cualquier otra clase de pruebas (1); 5. Impera una concepción más realista de la filiación con una eficaz preocupación por la igualdad de los hijos; 6. Se opta por una maternidad/paternidad verdadera, en que la realidad biológica coincida con la jurídica. Esto es, se aspira a fundamentar la filiación en la verdad biológica (2); 7. El interés o beneficio del hijo preside toda la regulación de la filiación (3).

Esta redacción del Código Civil tras la reforma por Ley 11/1981, ha experimentado diversas reformas, como la operada por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que derogó y dejó sin contenido los artículos 127 a 130 y 135 del Código Civil, así como el segundo párrafo del artículo 134. El contenido material de tales preceptos se encuentra regulado en la propia Ley de Enjuiciamiento Civil, en concreto, en los artículos 764, 765, 767, y 768; y, otras

(1) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, Sección 1.ª, de 29 de octubre de 2002 (*JUR* 2002/285575).

(2) La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de marzo de 2001 (*RJ* 2001/4758) señala que «la reforma de 1981 ha tenido como uno de los presupuestos asentar la filiación sobre la verdad biológica, y desvanecida la presunción del artículo 116 del Código Civil, no solo por su acomodo al sentido que en la normativa del Código, informa la filiación como condición personal definida, de una parte, por el hecho veraz de ser hijo, y de otra, por el de ser verdadero progenitor, sino en consideración, a estos fines mucho más trascendentes, de su ajuste a la normativa constitucional en la que, luego que el artículo 39 de la Constitución Española asegura la protección integral a los hijos, protección que clama contra la inexactitud en la determinación de la paternidad que incidiría en la anomalía de atribuir la potestad sobre ellos a quien no es su progenitor, ha consagrado la amplia investigación de paternidad sin someter tal facultad a limitaciones que, contra la realidad y voluntad del interesado expresada sin detenimiento ni vacilación, en cuanto tuvo oportunidad de ello, conllevaría ante el desconocimiento por el marido de cualquier circunstancia que le permitiera impugnar la determinación registral, un efecto de indefensión vedado por el artículo 24 de la propia Constitución Española». Asimismo, vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 3.ª, de 16 de diciembre de 1999 (*AC* 1999/7455); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 7 de noviembre de 2006 (*JUR* 2007/235209), precisa, no obstante, que «si bien debe darse prioridad a la verdad biológica, como un derecho del niño, no siempre podrá considerarse que tal veracidad es un beneficio efectivo para el menor, puesto que, en algunos casos si repercutirá en bien del niño, mientras que en otros no ocurrirá igual. En el presente caso, precisamente, el hecho de conocerse al padre biológico de María Juana, no supone en absoluto un bien para la niña, puesto que nunca se ha encargado de ella, y siendo conocido su paradero, a pesar de ello el actor manifestó su firme voluntad de ostentar la condición de padre de la menor, que así lo considera, y para la que a tan tierna edad se le iba a producir un seguro perjuicio de estimarse la pretensión de la actora».

(3) MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «La filiación», en *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, «Derecho de Familia», coordinador: Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2.ª ed., Colex, Madrid, 2008, pág. 302.

menores, como la supresión del calificativo de «plena» referido a la adopción en el artículo 108.2 del Código Civil por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, o la reforma del régimen de los apellidos por la Ley 40/1999, de 5 de noviembre.

Asimismo, esta regulación del Código Civil se ha visto afectada por varias sentencias del Tribunal Constitucional que han declarado: 1. La inconstitucionalidad del párrafo primero del artículo 136 del Código Civil, «en cuanto comporta que el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial empiece a correr, aunque el marido ignore no ser el progenitor biológico de quien ha sido inscrito como hijo suyo en el Registro Civil» (4); 2. La inconstitucionalidad del párrafo primero del artículo 133 del Código Civil, «en cuanto impide al progenitor no matrimonial la reclamación de la filiación en los casos de inexistencia de posesión de estado» (5).

Finalmente, en este breve *excursus* de reformas, hay que señalar la reciente Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (6), en cuya Disposición Final 10.^a señala que entrará en vigor a los tres años de su publicación en el *BOE*, excepto las Disposiciones Adicionales séptima y octava, y las Disposiciones Finales tercera y sexta que entrarán en vigor al día siguiente de su publicación en el *BOE*, que supone no solo la modificación de la Ley de Registro Civil y de su Reglamento en lo que supone la constancia registral de la filiación (arts. 26 a 28, 47 a 52 de la LRC y 181 a 191 del RRC) (7), sino también de otras materias como el orden de los apellidos (art. 49 de la LRC), que, igualmente, afectan a la materia de filiación.

En este contexto, del hecho jurídico de la filiación deriva la relación jurídica de paternidad/maternidad; de forma que, la filiación «es el vínculo jurídico que existe entre un padre y su hijo o una madre y su hijo» (8). Este vínculo tiene una dimensión biológica derivada del hecho de la generación, y unida a esta una dimensión jurídica. Como, asimismo, señala LACRUZ BERDEJO, la filiación se entiende como «la existente entre generantes y generados, padres e hijos, con el conjunto de derechos, deberes y funciones que los vinculan en una de las más ricas y complejas instituciones jurídicas y humanas que el Derecho contempla. La adoptiva, en principio, es una creación del Derecho imitando a la naturaleza y supliendo las deficiencias personales de esta» (9). Siendo caracteres de la filiación: *a)* Es una cualidad personalísima e influye en la identificación de la persona a través de los apellidos (art. 109 CC); *b)* Es una cualidad *extra commercium*, irrenunciable, indisponible, imprescriptible y no cabe el ejercicio de la acción subrogatoria del artículo 1111 del Código Civil; *c)* Su régimen jurídico está trascendido por el interés público de donde

(4) Sentencias del Tribunal Constitucional 138/2005, de 26 de mayo y 156/2005, de 9 de junio.

(5) Sentencias del Tribunal Constitucional 273/2005, de 27 de octubre, y 52/2006, de 16 de febrero.

(6) *Boletín Oficial del Estado*, núm. 175, de 22 de julio de 2011, págs. 81468 a 81502.

(7) La sentencia del Tribunal Supremo 776/1999, de 21 de septiembre, consideró derogados por inconstitucionalidad sobrevenida los artículos 47.1 de la LRC y concordantes, así como los artículos 167 y 182 del RRC, en el medida en que permitían a la madre desconocer su maternidad.

(8) MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «La filiación», *op. cit.*, pág. 297.

(9) LACRUZ BERDEJO, J. L., y cols., *Elementos de Derecho Civil*, vol. IV, *Familia*, 4.^a edición revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Dykinson, Madrid, 2010, pág. 299.

se deriva que el juego de la autonomía de la voluntad está muy limitado; no cabe la transacción ni arbitraje; debe haber constancia oficial en instrumento idóneo (el Registro Civil); y tiene el Ministerio Fiscal una especial intervención en su determinación y también en acciones y procesos de filiación; y d) La defensa de la propia filiación es una manifestación de la protección de la persona misma, pudiendo su negación dar lugar a indemnización de daños y perjuicios, patrimoniales y morales (10).

Ahora bien, puede ocurrir que la filiación biológica no coincida con la filiación jurídica, bien porque sea desconocida la filiación biológica (hijo de padres desconocidos), bien porque sea atribuida la filiación jurídica por error a quien biológicamente no es progenitor (reconocimiento objetivamente inexacto). Asimismo, puede crearse conscientemente una relación jurídica de filiación entre quienes se sabe que no están unidos por vínculos biológicos, como ocurre en la adopción, o cuando se reconoce de forma inveraz, siendo consciente el reconocedor que no es padre biológico del menor/hijo (reconocimiento de complacencia).

No obstante, ni el lazo biológico, ni su plasmación jurídica son suficientes para agotar el vínculo de filiación, pues, existen otros factores sociales, volitivos, afectivos y culturales que pueden llevar a afirmar que padre es verdaderamente quien se comporta como tal, y no quien simplemente está unido por lazos biológicos o jurídicos. Así, en los reconocimientos de complacencia es posible que el reconocedor se comporte o quiera comportarse como padre, sin que exista tal lazo biológico, y siendo consciente de ello el reconocedor (11). De todas formas, el mero hecho de tratar a una persona como un hijo, cuando la relación de filiación no está establecida jurídicamente, no constituye por sí solo un mecanismo de determinación de la filiación, a lo más lleva a afirmar la posesión de estado. Si bien, para constituir una filiación jurídica, desligada de lazos biológicos no se exige que previamente medie una relación afectiva y de trato semejante a la paterno-filial, como sucede en la adopción en que basta que los adoptantes sean idóneos, y que sea en interés del adoptando (art. 176.1 CC); o, también en el reconocimiento de complacencia, pues, a veces simplemente el reconocimiento es una consecuencia del matrimonio o de la relación de pareja, sin que previamente haya existido un vínculo afectivo con el hijo/s de su mujer/pareja.

A este reconocimiento y a su posible impugnación se refiere la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de noviembre de 2010, siendo los hechos en los que se

(10) LACRUZ BERDEJO, J. L. y cols., *Elementos de Derecho Civil*, vol. IV, *Familia*, op. cit., pág. 303.

(11) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 7 de noviembre de 2006 (*JUR* 2007/235209), el señor Roberto sabía perfectamente que estaba reconociendo la paternidad de quien no era su hija biológica (María Juana); asimismo, tal reconocimiento se hizo libre y voluntariamente, y fue además otorgado escasos días después del nacimiento de un hijo del señor Roberto y de la señora Lina, madre de María Juana; la edad de esta es de seis años, teniendo una diferencia de dos años con su hermano Pedro, y llamando y considerando ambos padre al señor Roberto; la relación entre el señor Roberto y María Juana ha sido desde antes de dicho reconocimiento de paternidad, una relación de padre e hija; y el padre biológico de la menor era conocido incluso en el momento del reconocimiento de la filiación por parte del señor Roberto, quien de este modo mostró clara voluntad de comportarse como padre, a pesar de existir la relación biológica conocida.

basa los siguientes: el 4 de septiembre de 1998, don Juan Miguel había reconocido al hijo de la señora Celsa, que en aquel momento contaba con nueve años de edad, puesto que había nacido el 15 de julio de 1991. Dos años más tarde, don Juan Miguel contrajo matrimonio con la madre doña Celsa. El 22 de marzo de 2005, doña Celsa presentó demanda de separación, dictándose medidas provisionales. Don Juan Miguel presentó demanda impugnando la paternidad frente a su esposa y al hijo don Balbino, el 29 de marzo de 2005; en ella ejerció la acción «de impugnación de la filiación y/o nulidad del reconocimiento de filiación paterna». En la contestación a la demanda se ejerció, entre otras, la excepción de caducidad de la acción, además de la oposición al fondo de la demanda. La sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción, número 4 de Ferrol, de 23 de febrero de 2007, desestimó la demanda por apreciar la concurrencia de caducidad de la acción. El Juez entiende que: *a)* De los hechos narrados se deduce que nos encontramos ante un reconocimiento de complacencia, en el que «el problema radica en determinar cómo puede impugnarse dicho reconocimiento»; *b)* Después de exponer las diferentes alternativas en base a la doctrina de los actos propios, la verdad biológica y la definición de la naturaleza del reconocimiento como acto unilateral, personalísimo, formal e irrevocable, recoge la doctrina de esta Sala y concluye que: «(...) debe estimarse la filiación impugnada como matrimonial, debiendo estimarse la excepción alegada de caducidad de la acción por haberse interpuesto la misma habiendo transcurrido en exceso el plazo legal para ello». El demandante apeló, y la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 3.ª, de 23 de febrero de 2007, desestima el recurso de apelación; y la sentencia centra el asunto de la siguiente manera: *a)* El problema primero a dilucidar en este asunto litigioso es determinar si el que reconoce una filiación extramatrimonial, ante el Encargado del Registro Civil, puede retractarse posteriormente del reconocimiento»; *b)* «La única impugnación que cabe es la reconocida en el artículo 141 del Código Civil y precisa: 1.º Que haya sido realizada con error, dolo, violencia o intimidación; y 2.º Que no haya caducado; caducidad que se produce al año del reconocimiento o desde que cesó el vicio del consentimiento (...). En el caso que nos ocupa, no solo no se ha intentado justificar ninguno de dichos vicios del consentimiento, sino que además, ha transcurrido el plazo de caducidad. Don Juan Miguel interpone recurso de casación al amparo del artículo 477.2.3.º de la LEC, por interés casacional. Fue admitido por auto de 18 de noviembre de 2008.

Estamos ante un reconocimiento de complacencia en la que son determinantes dos fechas: el 22 de marzo de 2005, en el que se presenta demanda de separación, y el 29 de marzo de 2005, en que se ejercita la acción de impugnación. Habitualmente, tales reconocimientos son objeto de impugnación tras situaciones de crisis matrimonial o de pareja.

Precisamente, como veremos, el reconocimiento constituye una forma de determinación de la filiación no matrimonial —caso general— (art. 120.1 CC), pero también de la filiación matrimonial (arts. 117, 118, y 119 CC). Por tanto, también mediante el reconocimiento de complacencia que no deja de ser reconocimiento, se determina tanto la filiación no matrimonial —como en el caso de la sentencia citada—, como de la filiación matrimonial.

Sobre tales bases, el presente estudio se va a centrar en el análisis de tales reconocimientos de complacencia, en lo que constituye su concepto, naturaleza, régimen jurídico e impugnación de los mismos, haciendo para ello referencia a la doctrina —más bien escasa—, y a la jurisprudencia —no lejos de cierta confusión y contradicción en sus planteamientos— existentes sobre la materia;

en concreto, nos centraremos en la citada sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de noviembre de 2010. Debemos partir de la falta de regulación concreta en el Código Civil relativa a estos reconocimientos tanto en lo que se refiere a su régimen jurídico como a su impugnación. Lo que contrasta con la contenida en el artículo 263 del Código Civil italiano, que posibilita que el reconocimiento pueda ser impugnado por defecto de veracidad del autor del reconocimiento, por quien haya sido el reconocedor, o por cualquiera que tenga interés; o con lo dispuesto en el artículo 235-27.4 del Código Civil catalán, donde considera que el reconocimiento de la paternidad hecho en fraude de ley es nulo, siendo la nulidad imprescriptible y puede ser ejercitada por el Ministerio Fiscal, o por cualquier otra persona con un interés directo y legítimo (y antes en el art. 110.2 del Código de Familia catalán).

Lo que no impide tener en cuenta la regulación general contenida en el Código Civil, relativa al reconocimiento como forma de determinación y su posible impugnación (arts. 136, 138, 140 y 141 CC).

En los últimos tiempos se han incrementado los reconocimientos por complacencia y su impugnación tras situaciones de crisis matrimonial o de pareja, siendo los móviles sobre los que se sustentan muy variados, y a veces ilícitos. Lo cierto es que estos reconocimientos son fruto del amplio espacio dejado a la autonomía de la voluntad en la determinación extrajudicial de la filiación no matrimonial, la no exigencia apenas de requisitos formales para estos reconocimientos, y el limitado control por parte del Registro Civil en cuanto a la veracidad de la filiación reconocida.

II. CONCEPTO, CARACTERES, NATURALEZA, Y RÉGIMEN JURÍDICO DEL RECONOCIMIENTO DE COMPLACENCIA

El reconocimiento lo define LACRUZ BERDEJO como «un acto jurídico consistente en una declaración de ciencia que constituye un medio legal de determinación de la filiación, cuyo efecto (*ex lege*) es el establecimiento formal de la relación de filiación, con eficacia retroactiva al momento del nacimiento en cuanto sea legalmente compatible» (12). Para GARCÍA VARELA: «es un acto jurídico formal, personalísimo, y voluntario por el que una persona confiesa ser el padre de otra» (13). Asimismo, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ señala: «es la declaración por la que una persona reconoce su paternidad o maternidad biológica respecto de otra, en cuya virtud la filiación así declarada queda legalmente determinada, con todos sus efectos» (14).

(12) LACRUZ BERDEJO, J. L. y cols., *Elementos de Derecho Civil*, op. cit., pág. 325.

(13) GARCÍA VARELA, R., «Comentario al artículo 120 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, coordinador: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, T. II, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 282.

(14) MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «La filiación», op. cit., pág. 318; CAMPUZANO TOMÉ, H., «Comentario al artículo 120 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, director: Andrés DOMÍNGUEZ DUELMO, Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 233, el reconocimiento consiste en «una declaración unilateral de voluntad formalizada en testamento ante el encargado del Registro Civil, o ante notario (art. 186.1 RRC), dirigida a establecer una relación de filiación respecto a otra persona»; QUICIOS MOLINA, S., «Comentario al artículo 120 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinador: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 3.ª ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2009, pág. 254, dispone que: «el reconoci-

Por su parte, LASARTE ÁLVAREZ señala que «el reconocimiento tiene por objeto el hecho de aceptar o admitir el hecho de la relación biológica existente entre la persona que lo lleva a cabo y aquel o aquella a quien se encuentra referido» (15).

En relación al reconocimiento de complacencia, RIVERO HERNÁNDEZ lo define como «sustancialmente aquel en que el reconocedor es consciente de la falta de relación biológica con el reconocido» (16); GARCÍA VICENTE, con más extensión, dispone que son «aquellos en los que el marido o compañero estable de la madre decide reconocer al hijo de esta para complacerla (asume como propios hijos anteriores de su esposa o compañera) consciente de la falsedad biológica de la filiación que determina, empleando el “reconocimiento” (art. 120 CC) y no recurriendo, como sería lo más apropiado, a las normas que permiten la adopción de los hijos de su esposa o compañera (art. 176.2 CC)» (17); finalmente, AYARZA SANCHO considera que, los reconocimientos de complacencia son «aquellos que se efectúan por el declarante, en atención a circunstancias externas a la propia generación, y que se halla, además, en desarmonía con esta de una forma consciente y voluntaria» (18).

En la jurisprudencia, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 12 de julio de 2004 (19) se refiere a estos reconocimientos (*rec-*

miento formal es una declaración de voluntad por la que su autor admite su paternidad o maternidad, que no puede degradarse a la categoría de confesión extrajudicial, mero medio de prueba»; Díez-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. 235, el «reconocimiento es un acto jurídico, cuyo contenido implícito o explícito es la declaración de que ha existido el hecho biológico de la procreación del que ha nacido el hijo sobre el que recae el reconocimiento». La sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2.ª, de 17 de septiembre de 2002 (*JUR* 2003/89330) define el reconocimiento de la filiación no matrimonial como «un acto jurídico unilateral y solemne por el que una persona admite ser el padre de otra y al cual la ley atribuye, si reúne las condiciones legales exigidas, el efecto de que la filiación queda legalmente determinada. Está integrado básicamente por una sola declaración de voluntad la declaración de admitir la propia paternidad o maternidad. Es pues, un acto en esencia y fundamento unilateral, y por eso, una vez formulado el reconocimiento, no es posible ya al autor arrepentirse o retractarse de su declaración revocándola. Además el reconocimiento es un acto que por disposición de la ley vale como título de determinación legal de la filiación (arts. 112 y 120 CC)». Así, concluye «el reconocimiento de filiación no matrimonial es un acto jurídico unilateral y solemne por el que una persona adulta admite ser —aunque biológicamente no lo sea, según llegan a señalar diversas resoluciones judiciales— el padre o la madre de otra (adulta o menor) atribuyendo a dicho acto la ley las consecuencias pertinentes, todo lo cual es independiente de que la relación será más o menos afectiva y del grado concreto de implicación que suponga».

(15) LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, T. VI, «Derecho de Familia», 9.ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2010, pág. 288.

(16) RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, «Los reconocimientos de complacencia (con ocasión de unas sentencias recientes)», en *Anuario de Derecho Civil*, T. LVIII, Fasc. III, julio-septiembre de 2005, pág. 1060.

(17) GARCÍA VICENTE, J. R., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de julio de 2004», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 67, enero-abril de 2005, págs. 437-438.

(18) AYARZA SANCHO, J. A., «La influencia de la autonomía de la voluntad en la filiación determinada por el reconocimiento», en *La Ley*, 2008-3, pág. 1603.

(19) *RJ* 2004/5356.

tius de conveniencia interesada) «cuando los intervinientes en ese acto formal están de acuerdo o admiten (si bien no lo expliciten —pues ello sería hasta contradictorio con su voluntad emitida—), que la verdad biológica no coincide con el designio de ese acto, porque, ambos reconociente y reconocido, se repite, eran conscientes de que su contenido no se correspondía con la verdad material» (20).

Sobre tales bases, el reconocimiento presupone la veracidad de la filiación reconocida, pues, se supone que quien reconoce es padre biológico del reconocido como hijo. Sin embargo, la Ley no exige acreditar formalmente esa realidad biológica, de ahí que sea posible los reconocimientos de complacencia, es decir, aquellos que no responden a la existencia efectiva y consciente de una relación biológica de la filiación. Los intervinientes en el acto de reconocimiento son conscientes, saben, admiten que quien comparece como supuesto padre a realizar tal reconocimiento no es realmente padre biológico; por lo que también son conscientes, saben y admiten que el contenido de su manifestación de voluntad no se corresponde con la verdad material (verdad biológica) (21).

(20) La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 14 de julio de 2004 (*RJ* 2004/4676), precisa que «lo que hubo fue reconocimiento libre y voluntario de la niña por el demandante-recorrido, después de contraer matrimonio con la madre, y aceptando que la reconocida no fuera su hija biológica; las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 3.ª, de 16 de diciembre de 1999 (*AC* 1999/7455), y de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2.ª, de 17 de septiembre de 2002 (*JUR* 2003/89330), precisan que «el reconocimiento de la filiación no matrimonial es un acto jurídico unilateral y solemne por el que una persona adulta admite ser —aunque biológicamente no lo sea— el padre o la madre de otra —adulta o menor— atribuyendo a dicho acto la ley las consecuencias pertinentes, todo lo cual es independiente de que la relación será más o menos afectiva y del grado concreto de implicación que suponga. En el orden legal significa que quien no es padre biológico acepta ser tenido y obligarse a las consecuencias de comportarse como padre del reconocido»; la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 26 de octubre de 2002 (*JUR* 2002/285419), señala que el actor que efectuó un reconocimiento de los denominados de complacencia es plenamente consciente cuando lo efectuó que el menor reconocido, hijo de su esposa, no era hijo suyo, pese a lo cual lo reconoció, vigente matrimonio, sin que concurriera vicio alguno de la voluntad en el otorgamiento, consideraciones en base a las cuales la Juzgadora *a quo* concluyó que, tratándose de una filiación matrimonial, en razón de lo dispuesto en el artículo 119 en relación con el 120.1 del Código Civil, no resulta de aplicación el artículo 140 del Código Civil referido a la extramatrimonial, sino, en su caso, el artículo 141. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4.ª, de 13 de enero de 2003 (*JUR* 2003/44640) ante un reconocimiento no veraz, dispone que «en el no se da la correspondencia necesaria entre la realidad formal, registral, y la material, hecho biológico de la procreación, y por tanto viciado con nulidad absoluta por falta del requisito objetivo esencial de paternidad en el reconocedor». Asimismo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.ª, de 14 de julio de 2003 (*JUR* 2003/195249), conceptúa el reconocimiento de complacencia como «aquel en el que el reconocedor es consciente de que al tiempo de efectuar el reconocimiento es falsa la filiación que va a determinar y pese a ello, lo hace normalmente con el fin de “complacer” a la madre»; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 23 de octubre de 2006 (*JUR* 2007/76340), manifiesta que «el reconocimiento que ahora cuestiona, de los denominados de “complacencia”, fue otorgado con todas las garantías, libre, voluntariamente y con perfecto conocimiento de que el menor no era hijo suyo».

(21) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 5.ª, de 31 de enero de 2002 (*AC* 2002/445), en los reconocimientos de complacencia el reconocedor sabe

A los reconocimientos de complacencia le son atribuibles los caracteres que en general corresponden al reconocimiento como título de determinación de la filiación (22): 1. Acto unilateral —declaración única y no recepticia— del reconocedor. Implica una sola voluntad, lo que a su vez conlleva que el acto sea no recepticio. Será irrelevante que el reconocido acepte o no. El reconocimiento va a desplegar todos sus efectos por el solo hecho de la emisión de la declaración de voluntad. En el caso de reconocimiento conjunto de ambos progenitores, no hay un acto bilateral, sino dos actos unilaterales independientes. En realidad lo que hay es una suma de reconocimientos individuales del padre y de la madre. Cuando se exige para la eficacia del reconocimiento (acto) el consentimiento del reconocido mayor de edad, o si es menor o fallecido, otros consentimientos o aprobaciones (arts. 123, 124 y 126), no varía la naturaleza del reconocimiento cuya declaración fundamental y básica sigue siendo la del reconocedor. Efectivamente, no se está bilateralizando, sino que se establece con el consentimiento del reconocido o de otros, un requisito de eficacia que, actúa como *conditio iuris* del acto unilateral en qué consiste el reconocimiento. Este carácter, no obsta, naturalmente para que el reconocido o sus representantes legales, cuando proceda, puedan ejercer las acciones de impugnación de la filiación determinada por el reconocimiento; 2. Acto personalísimo del reconocedor: solo puede hacerlo el reconocedor por sí (el padre o quien tenga voluntad de serlo). Es el único que conoce y puede declarar tanto las relaciones sexuales habidas con el otro progenitor de las que ha nacido el reconocido (como hijo propio), cuanto de su convicción de ser padre/madre. La decisión de reconocer no puede ser otorgada por persona distinta del reconociente; no obstante de existir un representante o apoderado con poder especial y expreso para reconocer a una determinada persona, el

perfectamente que no es el progenitor; y reconoce por decisión consciente (de la irreal filiación) y por otros móviles; la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 3.^a, de 27 de mayo de 2005 (AC 2007/771); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.^a, de 23 de octubre de 2006, donde el reconocimiento de los denominados de «complacencia» fue otorgado con todas las garantías, libre, voluntariamente, y con perfecto conocimiento de que el menor no era hijo suyo.

(22) MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS, C., «La filiación», *op. cit.*, págs. 319-320; LACRUZ BERDEJO, J. L., y cols., «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 326; LASARTE ÁLVAREZ, C., «Principios de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 289; AYARZA SANCHO, J. A., «La influencia de la autonomía de la voluntad en la filiación determinada por el reconocimiento», *op. cit.*, pág. 1600; GARCÍA VARELA, R., «Comentario a los artículos 120 y 140 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 282 y 388; Díez-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 235. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de julio de 1985 (RJ 1985/4052); de 27 de octubre de 1993 (RJ 1993/7664); de 22 de diciembre de 1994 (RJ 1995/1540), y de 26 de marzo de 2001 (RJ 2001/4762); la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 29 de junio de 1998 (RJ 1998/10058); la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.^a, de 23 de mayo de 2002 (JUR 2002/223087); la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 26 de octubre de 2002 (JUR 2002/285419); la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, de 3 de abril de 2003 (AC 2003/831); la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.^a, de 23 de diciembre de 2004 (JUR 2005/75390); y la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 3.^a, de 23 de febrero de 2007 (JUR 2007/138259). También, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.^a, de 23 de mayo de 2002 (JUR 2002/223087), y de 16 de julio de 2003 (JUR 2004/262180), donde precisan que un reconocimiento de complacencia está caracterizado por ser un acto expreso, personalísimo, unilateral, independiente, puro, solemne e irrevocable.

otorgamiento del poder supone en sí mismo reconocimiento, y estaremos ante la figura del *nuntius* o mero transmisor de la voluntad del reconocimiento ya creada por el propio progenitor (23); 3. Acto irrevocable: plasmado en el artículo 741 del Código Civil sobre la base del interés público en la materia relativa al estado civil. Una vez manifestado el reconocimiento en cualquiera de las formas previstas legalmente, la manifestación del reconocimiento es irrevocable, y el reconocedor deja de tener iniciativa alguna sobre la suerte y los efectos de su manifestación. No parece procedente que el cúmulo de efectos quede al albur más o menos caprichoso del reconociente. Es evidente el interés público en la materia de estado civil, junto con la vocación de permanencia del mismo que, escapa al poder de disposición de las partes. La irrevocabilidad es lógica exigencia de la importancia del estado civil, la seguridad jurídica, la seguridad del tráfico y las expectativas de los terceros por el interés público determinante en la materia (24); 4. Es un acto puro, no sometido a condición o término: consiste en una declaración explícita de la existencia de la relación biológica entre el reconocedor y el reconocido, sin que pueda quedar sometida a condición o a término; 5. Es un acto formal: Ha de otorgarse necesariamente y como requisito *ad solemnitatem* en alguna de las formas previstas en el Código Civil como lo exige el artículo 120.1, aunque nuestro Derecho atribuye eficacia limitada a determinados reconocimientos no formales, o incluso tácitos (art. 117 del Código Civil; y art. 767.3 de la LEC); 6. Su eficacia es retroactiva, pues, por las propias características de estado civil, así lo exige, y, además, lo que hace el reconocimiento es manifestar una realidad (la paternidad o maternidad) existente ya desde el momento del nacimiento, y antes de la misma concepción; 7. Es un acto voluntario: es un acto llevado a cabo de forma voluntaria y espontánea por parte del progenitor que lo realiza.

En cuanto a su naturaleza, son varias las teorías que se han elaborado en la doctrina y jurisprudencia, frente a considerar el reconocimiento como una confesión, lo que implicaría la cualidad de declaración de ciencia, o como declaración de voluntad constitutiva de un negocio de derecho de familia, o como un reconocimiento-admisión. De forma sintética, RIVERO HERNÁNDEZ hace referencia a las mismas: «a) La que atribuye al reconocimiento naturaleza eminentemente negocial (negocio jurídico de Derecho de Familia, según algunos), basada en que se trata de una declaración de voluntad productora de amplios efectos jurídicos (creación o determinación de la relación de filiación y sus consecuencias); b) Teoría del reconocimiento-admisión: considera el reconocimiento como un

(23) La Resolución de la DGRN, de 9 de enero de 2007 (*BOE*, núm. 47, de 23 de febrero de 2007, pág. 7916), es «un acto personalísimo que entra de lleno en el ámbito de las excepciones al principio de sustitución al que se refiere el artículo 267 del Código Civil».

(24) Las Resoluciones de la DGRN, de 6 de noviembre de 1993 (*RJ* 1993/9195); de 14 de marzo de 1994 (*RJ* 1994/2296); y de 16 de mayo de 2006 (*JUR* 2007/111875), si bien podrá ser objeto de impugnación por la vía de los artículos 138, 140 y 141 del Código Civil. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de febrero de 1997 (*RJ* 1997/937), precisa que «la irrevocabilidad del acto a que nos referimos obedece a exigencias de la seguridad del estado civil de las personas, dado que los cambios de voluntad del reconocedor son incompatibles con las condiciones de permanencia de todo estado civil». En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 3.ª, de 23 de febrero de 2007 (*JUR* 2007/138259).

acto jurídico voluntario por el que el reconocedor hace entrar en una relación familiar al hijo aceptándolo, admitiéndolo como suyo. El contenido de este acto es una decisión de la voluntad sobre la existencia y alcance de una relación jurídica (25); c) Teoría de reconocimiento-confesión: aquí el reconocimiento es un simple medio de prueba, una confesión (no un acto ni un negocio jurídico) destinada a constatar un hecho, la filiación del reconocido, y es esta, así probada, la que produce los efectos jurídicos correspondientes (26); d) Teoría del reconocimiento como acto de poder: su principal defensor ha sido CÍCU, para quien el reconocimiento es un acto de poder del padre, del que le ha investido la ley para la fijación del estado de filiación; y por estar basada esta última en el hecho natural de la procreación, el fin que con aquel poder persigue no permite discrecionalidad de apreciación en su ejercicio: es un poder-deber (de reconocer al propio hijo)» (27).

(25) MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «La filiación», *op. cit.*, pág. 318, señala que el reconocimiento «es básicamente una declaración de ciencia o conocimiento, más que de voluntad: lo que hace quien reconoce es manifestar su convicción de que el hijo es suyo, en algún caso con casi total certidumbre (el reconocimiento que hace la mujer de su maternidad, que le consta porque ha dado a luz al niño reconocido), y en otro con certidumbre más limitada (el reconocimiento que hace el varón, que se funda normalmente en el hecho de haber mantenido relaciones sexuales con la madre). Desde este punto de vista es indiferente que haya o no voluntad de asumir los efectos propios de la condición jurídica de padre o madre; tales efectos, una vez producido el reconocimiento, derivan de la Ley».

(26) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de Familia*, Madrid, 1989, pág. 428. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de marzo de 1994 (RJ 1994/1777), señala que «el reconocimiento es una declaración de voluntad tendente a producir efectos jurídicos y no puede degradarse a la categoría de confesión extrajudicial, medio de prueba, uno de los más utilizables, según el derecho para acreditar los hechos, los actos jurídicos y los contratos». Por su parte, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.^a, de 23 de mayo de 2002 (JUR 2002/223087), y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.^a, de 16 de julio de 2003 (JUR 2004/262180), precisan que «las posiciones doctrinales mantenidas en torno a la naturaleza del reconocimiento al respecto se diversifican en dos tendencias distintas: la que lo consideraba como una declaración de voluntad constitutiva de un negocio jurídico de Derecho de Familia; y la que entendía que es una simple declaración de conocimiento o ciencia o manifestación de carácter confesorio. La diferencia más importante entre una y otra manera de configurar el acto que nos ocupa se encuentra en la relevancia que haya de darse al elemento volitivo, y, por ende, a la concurrencia de vicios de voluntad (por ejemplo, violencia, intimidación, dolo, error) que serán relevantes, si se trata de declaración de voluntad, pero no si existe una declaración confesoria. En sentido ambivalente se ha pronunciado recientemente nuestro tribunal Supremo sirva de ejemplo la sentencia de fecha de 14 de marzo de 1994, que dice el acto de reconocimiento es una declaración de voluntad tendente a producir efectos jurídicos a la que tampoco se le puede negar su categoría de confesión».

(27) RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, «Determinación de la filiación no matrimonial», en *Comentarios al Código Civil*, T. II, vol. 2.º, coordinadores: Joaquín RAMS ALBESA y Rosa María MORENO FLOREZ, Bosch, Barcelona, 2000, págs. 1225-1227, que a su vez señala que es preciso distinguir tres aspectos fundamentales: «a) Por su estructura, el reconocimiento es una declaración de ciencia (de algo que conoce) muy particular que hace el reconocedor: al declarar su paternidad o maternidad afirma implícitamente: de un lado, las relaciones sexuales habidas con otra persona, y de otro, su creencia que el hijo es suyo, que ha nacido de esas relaciones precisamente (...). Es ese el elemento que el legislador toma en consideración y del que deduce *ex lege* (que no *ex voluntate*) la paternidad,

De todas ellas, existe en la doctrina española un sentir mayoritario que considera que el reconocimiento del artículo 120.1 y concordantes del Código Civil que constituye estructuralmente un acto jurídico (semejante o próximo a negocio jurídico, aunque no se debe considerar como tal) consistente en una declaración de ciencia, de voluntad que, con los requisitos correspondientes fijados legalmente, constituye un medio legal de determinación de la filiación, cuyo efecto, *ex lege* es el establecimiento formal de la relación de filiación, con eficacia retroactiva al momento del nacimiento en tanto sea legalmente compatible (28). Dicha naturaleza es trasladable en toda su dimen-

siempre que concurra los requisitos subjetivos (capacidad, ciertos consentimientos) y formales exigidos para ello. Desde el punto de vista volitivo tal declaración no requiere otra cosa que el propósito específico o la decisión de dejar determinada por ese mecanismo la filiación que antes no lo estaba: en ello se distingue el reconocimiento del artículo 120.1.º del Código Civil del incidental. En tanto que en la declaración del reconocedor haya una manifestación de contenido (de ciencia) y una decisión o acto de voluntad, estructuralmente constituye un acto jurídico, con los requisitos correspondientes, pero no es un negocio jurídico; *b)* Desde el punto de vista funcional, el reconocimiento no es, evidentemente, un medio de prueba, como la confesión, ni un medio de admisión en la familia (o relaciones familiares del reconocido, aceptándolo el reconocedor como hijo) porque ello no es cuestión disponible una vez acreditada la relación biológica. Este último será tal únicamente porque lo dice la ley, que considera determinada legalmente la filiación con el reconocimiento (solemne) que reúna los requisitos legales. Su función, pues, es la de determinar la filiación que no lo estuviera antes (art. 113.II). El alcance de la voluntad del reconocedor no va más allá de querer establecer formalmente la relación de filiación; *c)* En cuanto a los efectos derivan de la propia ley, que no de la voluntad del reconocedor. Es aquella y no esta la que da una particular eficacia a la afirmación de la propia paternidad». Vid., asimismo, del mismo autor: «Comentario al artículo 120 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Rodrigo BERCOVITZ, Luis Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Pablo SALVADOR CORDECH, T. I, 2.ª ed., Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 461-462.

(28) Díez-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 235; AYARZA SANCHO, J. A., «La influencia de la autonomía de la voluntad en la filiación determinada por el reconocimiento», *op. cit.*, págs. 1599-1600. Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de marzo de 1994 (*RJ* 1994/1777); la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 20 de septiembre de 1994 (*AC* 1994/1507) considera que, el reconocimiento «bien se trate de una declaración de conocimiento o de una declaración de voluntad —inclinándose la doctrina mayoritariamente por esta segunda postura— es, en todo caso, distinto a los negocios jurídicos en cuanto están sustraídos sus efectos a la libre disposición de las partes, y por ello, no cabe someterlo a condición, término o modo, señalando algún autor que, ello es así por tratarse de una materia de estado civil en la que el interés público prima sobre el poder de disposición de las partes, exigiendo la determinación de la filiación, un sometimiento a la regulación legislativa en cada caso. Por consiguiente, es un acto jurídico con efectos predeterminados por la Ley en el que el sujeto, como sucede con otras instituciones como el matrimonio, no puede regular su contenido por lo que el único campo en que opera la autonomía de la voluntad es en la emisión de la declaración, pero no en la determinación de los efectos que de ella se derivan»; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Soria, de 23 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003/44003), manifiesta que «el reconocimiento, bien se trate de una declaración de conocimiento o de una declaración de voluntad —mayoritaria esta última posición— es, en todo caso, distinto a los negocios jurídicos en cuanto que están sustraídos sus efectos a la libre disposición de las partes, y por ello, no cabe sometido a condición, término o modo, sosteniendo algún autor que ello es así por tratarse de una materia de estado civil por lo que el interés

sión al reconocimiento de complacencia donde el reconocedor en su manifestación/declaración de voluntad es consciente de la no realidad biológica del hijo; del engaño que supone este reconocimiento, de la falta de un elemento objetivo como es el hecho de la procreación, esto es, de la relación biológica padre (madre)-hijo en la propia estructura del acto jurídico que supone el reconocimiento; lo que contrasta ciertamente con la prevalencia de la verdad material en cuestiones relativas al estado civil consagrada en el artículo 39 de la Constitución Española y recogido como tal principio en el Código Civil con la reforma de 1981 (29). En este sentido, señala RIVERO HERNÁNDEZ que «la ausencia de relación biológica en el reconocimiento-acto jurídico (en la declaración del reconocedor) equivale a “no paternidad (maternidad)”»; es una *contradictio in terminis*, que el reconocimiento de complacencia institucionaliza» (30).

No obstante, es también cierto que el Código Civil no exige explícitamente que el reconocedor sea progenitor, aunque emplea con ocasión del reconocimiento, el término de «progenitor (es)» en los artículos 122 y 125, de «padre» (reconocedor) en el artículo 124.2, y de «hijo» (reconocido) en el artículo 123. Sobre tal base, cabe preguntarse si es requisito necesario para la validez del reconocimiento, que el reconocedor sea verdadero, al menos posible progenitor del reconocido. Un importante sector de la doctrina estima que, no es elemento esencial del reconocimiento la veracidad de la filiación reconocida, con lo que sería admisible un reconocimiento no veraz, mendaz, como es el de complacencia, susceptible de impugnación (31); mientras que hay otros autores que, consideran esencial que el reconocimiento sea veraz y que exista, por tanto, la

público prima sobre el poder de disposición de las partes, exigiendo la determinación de la filiación, un sometimiento a la regulación legislativa sin que pueda producir diferentes efectos en cada caso».

(29) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de marzo de 2001 (*RJ* 2001/4758); de 3 de diciembre de 2002 (*RJ* 2003/24); de 15 de septiembre de 2003 (*RJ* 2003/6227); de 27 de mayo de 2004 (*RJ* 2004/4265), y de 12 de julio de 2004 (*RJ* 2004/5356).

(30) RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, «Los reconocimientos de complacencia (con ocasión de unas sentencias recientes)», *op. cit.*, pág. 1070.

(31) DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Comentario a los artículos 136 a 141 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ-ALABART, T. III, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 2000, pág. 891, señala que «en rigor, el reconocimiento es un medio de determinar la filiación, y, por tanto, no puede decirse, en puridad, que su validez o su eficacia dependan de que sea exacto. En la medida en que su única función es determinar la filiación es claro que la misma queda determinada legalmente si el reconocimiento cumple los requisitos exigidos por la ley y que, según se desprende de la misma, afecta únicamente a la capacidad del reconocedor; a la forma y, en su caso, el cumplimiento de ciertos requisitos complementarios. Lo que acontece es que la filiación no matrimonial determinada en virtud de un reconocimiento (como la matrimonial, merced a la presunción *pater is est*) puede ser impugnada atacando la veracidad biológica de la filiación misma, no obstante haber sido determinada correctamente. Esto es así porque no es el reconocimiento el que crea el vínculo de la filiación, sino solo un medio de identificación del presunto progenitor, procedimiento que, obviamente, no es infalible»; QUICIOS MOLINA, S., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de julio de 2004», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 67, enero/abril de 2005, págs. 460-461; GARCÍA VICENTE J. R., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2004», *op. cit.*, pág. 439.

filiación biológica (32); y, finalmente, no faltan quienes optan por remitirlo a la propia eficacia del reconocimiento (33).

En este contexto, tales reconocimientos de complacencia son fruto de la libre voluntad de quien los emite, del ejercicio de la autonomía de la voluntad del individuo, que en materia de filiación debe ser compatible y particularmente respetuosa con principios como el de veracidad —que exige adecuar la filiación legal a la biológica—, el de interés del menor (34), y el de estabilidad e indisponibilidad del estado civil, y con valores como la dignidad de la persona. En todo caso, los límites generales de la autonomía de la voluntad como la ley, la moral y el orden público (art. 1255 CC), deben ser aplicados e interpretados en esta materia con una mayor amplitud que en el ámbito patrimonial al afectar a unos intereses y relaciones jurídicas indisponibles, y operar sobre unas normas, esencialmente imperativas (35). No debemos olvidar además que, las cuestiones

(32) ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil*, T. IV «Derecho de Familia», 11.^a ed., Edisofer, Madrid, 2007, pág. 222, dispone que «el reconocimiento es un acto por el que el que lo realiza se declara padre (o madre, lo que en adelante se sobreentiende) del hijo de que se trata. Esencialmente consiste, pues, solo en una pura y simple afirmación de paternidad o maternidad biológica. Ese es su contenido necesario, pero también suficiente. El reconocimiento puede contener una explícita declaración de voluntad —querer ocupar la posición jurídica de padre, conferir estado—, pero pienso, asimismo, que su contenido —insisto— esencial y necesario, pero también suficiente, es solo una afirmación de paternidad biológica»; del mismo autor, *El reconocimiento de la filiación natural*, Barcelona, 1954, págs. 127 y 244-245; LLEDÓ YAGÜE, FRANCISCO, *Compendio de Derecho Civil*, Familia, Dykinson, Madrid, 2000, pág. 437; RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, «Los reconocimientos de complacencia (con ocasión de unas sentencias recientes)», *op. cit.*, pág. 1066, quien, asimismo, precisa que «el hecho natural de la filiación, la calidad de progenitor en el reconocedor o de hijo en el reconocido, en cuanto objeto (real o posible) de la declaración de su autor es elemento básico o sustancial del supuesto de hecho del reconocimiento, que por principio debe darse, siquiera sea solo por la correspondencia que debe haber entre realidad sustancial y realidad formal en todo acto o título de determinación de esa clase». La sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 20 de septiembre de 1994 (AC 1994/1507), señala en su *Fundamento de Derecho* 3.º que «la doctrina mayoritaria, si bien ha abandonado la tradicional que sostenía que cuando el reconocimiento no se corresponde con la realidad biológica era radicalmente nulo, y no producía efecto alguno, sigue sosteniendo que su finalidad estriba en hacerlo coincidir con esta y, por tanto, cuando ello no es así, si bien no impide que despliegue sus efectos mientras no sea impugnado, facultad para el ejercicio de la acción de nulidad con la consiguiente cesación de sus efectos».

(33) RODRÍGUEZ ADRADOS, «La filiación», en *Revista de Derecho Notarial*, núm. 120, 1983, pág. 322.

(34) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 7 de noviembre de 2006 (JUR 2007/235209).

(35) La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de noviembre de 1992 (RJ 1992/9449), precisa que «es de resaltar que las cuestiones relativas a la filiación matrimonial o no matrimonial, son cuestiones de orden público, y quedan sustraídas, en principio, a la libre autonomía de la voluntad (art. 1814 CC), que solo puede desplegar su eficacia dentro de los límites excepcionales que en cada caso marca la Ley, por lo que carecen de trascendencia a los efectos ahora contemplados las declaraciones de la madre en aquellos procesos sobre la filiación de la hija»; la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 20 de septiembre de 1994 (AC 1994/1507), señala que el reconocimiento «es un acto jurídico con efectos predeterminados por la ley en el que el sujeto, como sucede con otras instituciones como el matrimonio, no puede regular su contenido por lo que el único campo en que opera la autonomía de la voluntad es en la emisión de la declaración, pero no en la determinación de los efectos que de ella se derivan»; la sentencia de la Audiencia

relativas a la validez y eficacia del reconocimiento corresponde a los tribunales en la declaración positiva o negativa de la filiación que hagan, ante el ejercicio de las correspondientes acciones de impugnación o nulidad de aquellos —sin perjuicio de la importante labor calificadora del encargado del Registro Civil—, constituyendo, asimismo, tal actuación judicial un límite a la operatividad del acto de reconocimiento, sobre todo teniendo en cuenta la indisponibilidad de las acciones de filiación en el ámbito judicial (art. 751.1 de la LEC).

De todas formas, la autonomía de la voluntad es más propia y adecuada para relaciones jurídicas e intereses disponibles; muy poco apta, en cambio, para una materia como la filiación, dado su carácter indisponible, como el que corresponde al estado civil, y, asimismo, por afectar a la cualidad de hijo tan ligada a derechos y valores fundamentales del individuo, y a la necesidad de procurar el máximo interés y beneficio para su persona en el seno de las relaciones paterno-filiales y en la búsqueda de la verdad material (36). No obstante, el legislador consciente de ello posibilita en el máximo respeto a las normas y principios que rigen la materia de la filiación, cierto margen de actuación y disponibilidad a través de un título de determinación de aquella como es el reconocimiento.

El reconocimiento como tal título de determinación de la filiación, de su establecimiento legal presupone la existencia de una realidad biológica. De forma que la filiación jurídica por naturaleza no se crea *ex novo*, sino que se constata a efectos legales lo que biológicamente ya existe. Puede resultar que tal constatación biológica sea errónea, estaríamos ante un reconocimiento objetivamente inexacto y susceptible de impugnación por vicios del consentimiento (error —arts. 138 y 141 CC—). Por contraste, en los reconocimientos de complacencia se es consciente que la filiación biológica no coincide con la jurídica, que tal filiación jurídica no constata una realidad biológica (concepción realista de la filiación sobre la base del principio de veracidad); y, aun así, se posibilita que tales reconocimientos surtan efecto, institucionalizándolos como título de determinación de la filiación matrimonial y no matrimonial. Con ello como señala la doctrina supone abrir una puerta al fraude y al engaño, y, asimismo, permite eludir las normas también imperativas como son las relativas a la adopción, su irrevocabilidad, y en

Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 23 de mayo de 2002 (*JUR* 2002/223087), por su parte, manifiesta que, la declaración del reconocimiento lleva consigo, en el orden personal, familiar, social patrimonial y hereditario que afectan todos al orden público, y que, en su consecuencia, no puede quedar al capricho, arbitrariedad, o cambio unilateral de voluntad de las partes; por ello, no cabe en esta materia transigir, ni allanarse; y, finalmente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Soria, de 23 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003/44003), señala que «por tratarse de una materia de estado civil, el interés público prima sobre el poder de disposición de las partes, exigiendo la determinación de la filiación un sometimiento a la regulación legislativa sin que pueda producir diferentes efectos en cada caso. Por ello es un acto jurídico con efectos predeterminados por la ley en el que el sujeto —como sucede con otras instituciones como el matrimonio— no puede regular su contenido por lo que el único campo en que opera la autonomía de la voluntad es en la emisión de la declaración pero no en la determinación de los efectos que de ella se derivan».

(36) Vid., Las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de mayo de 1989 (*RJ* 1989/3661); y de 28 de noviembre de 1992 (*RJ* 1992/9449), entre otras, señalan que las cuestiones relativas a la filiación son de orden público, y no rige en ellas el principio dispositivo, orientándose la labor del Juzgador a la búsqueda de la verdad material. Asimismo, vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 20 de septiembre de 1994 (*AC* 1994/1507); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 1.ª, de 12 de junio de 2002 (*JUR* 2002/201889).

su caso, la extinción y la exclusión a que se refieren los artículos 179 y 180 del Código Civil (37), sin que sea argumento suficiente para ello, la menor dificultad del reconocimiento frente a la adopción, pues está muy facilitada para el marido de la madre (art. 176 CC), ni la simplicidad del reconocimiento de menores, para el que basta la comparecencia del reconocedor con consentimiento de la madre (art. 124 CC), y, sin que apenas se ejerzan funciones de control, como veremos, en la labor calificadora del encargado del Registro Civil (art. 27 de la LRC), frente a la exigencia de un procedimiento de jurisdicción voluntaria con intervención del Ministerio Fiscal (arts. 1825 y 1829 a 1832 de la LEC de 1881) en la adopción (38).

En todo caso, aun siendo un reconocimiento formalmente irrevocable, en la práctica el reconocimiento de complacencia puede ser impugnado no por un vicio del consentimiento como el error, pues, se es consciente de la falta de filiación biológica; de no serlo, estaríamos ante un reconocimiento inexacto; si por la falta de veracidad de la verdad declarada, afectando no al título del reconocimiento, sino a la filiación misma, como trataremos en el siguiente apartado. En estos reconocimientos de complacencia no existe una voluntad viciada, sino que la manifestación externa es acorde con la interna (deseo reconocer a ese niño/a como hijo); pero sé que realmente no es mi hijo. Se impugna la filiación en sí, no la manifestación de voluntad (39).

Estos reconocimientos de complacencia han aumentado notablemente en los últimos tiempos, motivado esencialmente por los cambios sociales y jurídicos que, se han experimentado en el seno de la familia tradicional (parejas no casadas, separaciones, divorcios —con nuevas relaciones—, segundos matrimonios) que propician la convivencia del varón con la mujer que, tiene hijo anterior sin paternidad determinada y, aquel ofrece o esta exige o condiciona la relación de pareja o el matrimonio al reconocimiento de la paternidad. Y, asimismo, se ha incrementado las acciones de impugnación de la filiación coincidiendo con la situación de crisis matrimonial o de pareja, al querer desentenderse de sus obligaciones paterno-filiales (40). En el caso de la sentencia del Tribunal Supremo,

(37) Vid., la Resolución de la DGRN, de 3 de junio de 2003 (*RJ* 2003/6528), señala que obviamente la vía legal apropiada para conseguir este resultado es que el marido adopte a la hija de su consorte, sin ruptura de los vínculos jurídicos con la madre biológica. Por su parte, la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 7 de noviembre de 2006 (*JUR* 2007/235209), no obstante, precisa que, «asimismo y a pesar de las diferencias que establece el recurrente en su recurso, no puede negarse la relación existente entre los supuestos de adopción y el presente, puesto que no siendo desconocedor de la verdad biológica, el señor Roberto prestó su consentimiento para reconocer la paternidad sobre María Juana, del mismo modo que los adoptantes prestan su consentimiento para la adopción, sin que pueda ni siquiera entenderse que dicha voluntad sea irrevocable».

(38) GARCÍA VICENTE, J. R., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de julio de 2004», *op. cit.*, págs. 442-443; RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, «Los reconocimientos de complacencia (con ocasión de unas sentencias recientes)», *op. cit.*, págs. 1056-1057.

(39) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de octubre de 1997 (*RJ* 1997/8438); de 27 de mayo de 2004 (*RJ* 2004/4265); y de 4 de junio de 2004 (*RJ* 2004/4418); y la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 3.ª, de 27 de mayo de 2005 (*AC* 2007/771).

(40) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 4 de junio de 2004 (*RJ* 2004/4418), ante la ruptura de la relación con su pareja, es cuando el señor Abelardo opta por impugnar la filiación no matrimonial por ausencia de veracidad biológica y postula la nulidad del reconocimiento de paternidad por él realizado y la co-

Sala de lo Civil, sección 1.^a, de 29 de noviembre de 2010, el 22 de marzo de 2005 D.^a Celsa presentó demanda de separación, dictándose medidas provisionales. D. Juan Miguel presentó demanda impugnando la paternidad frente a su esposa y al hijo D. Balbino, el 29 de marzo de 2005, —siete días después de la demanda de separación—; y en ella ejercitó la acción de impugnación de la filiación y/o nulidad del reconocimiento de filiación paterna.

Los motivos por los que se opta por esta forma de determinación de la filiación son muy diversos, desde afectivos porque convive con el hijo de su mujer o compañera, y se comporta como padre de hecho del mismo, y decide por iniciativa propia y de forma voluntaria darle el estatuto jurídico legal de hijo matrimonial o no matrimonial; otras veces es por la posición más o menos insistente de la madre que puede llegar a condicionar su relación con el varón a que se proceda a tal reconocimiento por este de su hijo. Pero frente a estos móviles nobles, existen otros menos honorables, egoístas, o, incluso ilícitos por ejemplo, la obtención de la nacionalidad española; fines sucesorios *mortis causa*; impedir una adopción o reconocimiento por persona distinta; o dificultar la acción de reclamación de una filiación; o, en fin, lograr la disminución de la prestación de alimentos a los hijos de un anterior matrimonio, etc. (41). En la

responente rectificación registral; la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 12 de julio de 2004 (*RJ* 2004/5356), el 25 de marzo de 1993 don Bernardo reconoció ante el encargado del Registro Civil de Manacor como hija suya a doña Ana, hija de doña María Inmaculada, que había nacido en Frankfurt (Alemania) en fecha 24 de diciembre de 1994; practicándose la inscripción principal de nacimiento y filiación así como la marginal de reconocimiento el día 16 de octubre de 1995. El 30 de enero de 1998, tuvo entrada en el Juzgado de Primera Instancia, núm. 4 de Manacor, escrito de doña María Inmaculada en solicitud de medidas provisionales de separación matrimonial contra el señor Bernardo. El 27 de enero de 1999, don Bernardo interpuso demanda de impugnación del reconocimiento de filiación efectuado el 25 de marzo de 1993, alegando que doña Ana no era hija biológica suya; la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2.^a, de 15 de enero de 1996 (*AC* 1996/34), y la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.^a, de 30 de enero de 2001 (*JUR* 2001/83230). Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.^a, de 23 de octubre de 2006 (*JUR* 2007/76340), precisa en su *Fundamento de Derecho* 3.^o, «el reconocimiento que ahora se cuestiona, de los denominados de “complacencia”, fue otorgado con todas las garantías, libre, voluntariamente y con perfecto conocimiento de que el menor no era hijo suyo. Fue válido y eficaz en derecho, sin perjuicio del cual pudieran ser los motivos íntimos y personales por los que decidió otorgarlo, que a estos efectos es irrelevante pues, como señala el artículo 1266 del Código Civil, para que el error invalide el consentimiento debe recaer sobre la sustancia de la cosa que fue objeto de contrato, en este caso, el propio reconocimiento. La importancia extrema que cuestiones como la presente poseen, hace inadmisibles que quien ha querido reconocer una filiación de forma tan solemne y libre, pueda luego retractarse y eludir sus consecuencias cuando le convenga y no, porque hubiera concurrido algún vicio o error en las circunstancias del reconocimiento que como hemos dicho, no fue el caso».

(41) Vid., GOGUEY, A., *Les reconnaissances et légitimations de complaisance*, París, 1959, págs. 10-13. En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de diciembre de 1987 (*RJ* 1987/9653), el reconocimiento en acta notarial de la menor tuvo lugar el 26 de agosto de 1984, y fue debido a la presión de la madre doña Pilar, que abiertamente amenazó al actor don Dionisio A. M., con dar conocimiento de la relación extramatrimonial mantenida a lo largo de unos años entre aquel y la demandada a su esposa doña Margarita R. L., así como de los problemas que le causaría en la empresa para la que trabajaba; en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de octubre de 1993 (*RJ* 1993/7664), el recurrente reconoce que: «a) Contrajo matrimonio con doña Blanca S. en el año 1986, un año después de conocerse (la menor había nacido en 1980); b) Otorgó el reconocimiento

sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de noviembre de 2010, objeto de examen en el presente estudio, don Juan Miguel reconoció al hijo de la señora Celsa el 4 de septiembre de 1998, cuando el menor contaba nueve años de edad. Dos años más tarde, ambos contraían matrimonio.

Precisamente, estos reconocimientos de complacencia originan diversas consecuencias respecto de otras filiaciones ya determinadas al interferir, como hemos señalado, en el régimen normal de sucesión *mortis causa* del reconocedor; o en las obligaciones alimenticias de este al crear otra nueva a favor del reconocido, que puede determinar una modificación de la cuantía de la prestación de alimentos fijada en un proceso de crisis matrimonial (separación o divorcio) a favor de hijos de un anterior matrimonio o de relación de pareja; igualmente, puede crear conflictos de paternidad entre el reconocedor y progenitor biológico, ante una

porque quería tratar a la menor como si fuera su hija; c) Cuando conoció a doña Blanca, este le manifestó que tenía una hija de casi cinco años, sin que tal hecho le importara; y d) Ha ofrecido desistir del presente procedimiento, si doña Blanca renuncia a la pensión alimenticia que corresponde a María Nazaret»; en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 4 de junio de 2004 (RJ 2004/4418), el actor don Abelardo, separado en el año 1990 de su esposa de cuyo matrimonio había dos hijos, entabló relación afectiva y paramatrimonial con doña Filomena, que ya tenía un hijo con otra persona. El demandante por mera complacencia accedió a la petición de su pareja para reconocer al hijo de esta; en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 14 de julio de 2004 (RJ 2004/4676), el actor reconoció a la menor según sus palabras «generosamente», con la única «presión» atribuida a su esposa de que los apellidos de la niña no fueran distintos de los de los hijos que el matrimonio pudiera tener; en la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5.ª, de 15 de diciembre de 2000 (JUR 2001/94730), el actor y doña Cintia F. Q., se conocieron sobre el mes de noviembre de 1996, y después de poco más de dos meses de relación contrajeron matrimonio civil con fecha de 7 de febrero de 1997, aportando la señora Cinta al matrimonio celebrado dos hijos, Carlos y Naomi, fruto de su relación con otro hombre, y de los que aquella ya era madre cuando se conocieron, siendo ambos menores reconocidos por el señor N. M., por complacencia a través de acta de reconocimiento otorgada ante el encargado del Registro Civil de Huelva, igualmente con fecha de 7 de febrero de 1997, y cuyo matrimonio duró apenas un año; en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 23 de mayo de 2002 (JUR 2002/223087), el señor M. L. M. G. reconoció a la menor sabiendo que no era hija biológica suya, siendo la finalidad de este reconocimiento de paternidad la intención de contraer matrimonio la demandante y demandado, y ello quedó frustrado; en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 25 de septiembre de 2003 (JUR 2003/261133), con este reconocimiento de complacencia pretende entorpecer el correcto desarrollo de un proceso de reclamación de la paternidad iniciado por el verdadero progenitor; y en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 16 de diciembre de 1997 (AC 1997/7761), en un supuesto idéntico al que expuesto, el actor, recurre en casación, sin ser el padre biológico reconoció a una niña como hija suya en un gesto de complacencia hacia la madre tres meses después de haberse casado con ella y cuando la niña ya tenía seis años.

En la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 7.ª, de 19 de septiembre de 2006 (JUR 2008/140756), el actor reconoce que era plenamente consciente, pues, el niño ya tenía nueve años cuando contrajo matrimonio con su madre, de que él no era el progenitor, a pesar de lo cual procedió a practicar el reconocimiento de la filiación. Asimismo, vid., la Resolución de la DGRN, de 3 de junio de 2003 (RJ 2003/6528), en el que, el autor del reconocimiento de complacencia no es el verdadero padre biológico de la reconocida, sino que solo quiere en realidad conceder a esta su apellido con el fin de que coincidan los apellidos de la misma con los que tenían atribuidos dos hijos matrimoniales de la pareja, casada entre sí en 1999; y la Resolución de la DGRN, de 5 de mayo de 2008, relativa a la adquisición de nacionalidad española por opción.

posible reclamación de este, o ante un eventual reconocimiento por él mismo, si ha tenido lugar antes el reconocimiento de complacencia consentido por la madre; o puede dificultar la adopción por otra persona (42).

Como expusimos al inicio de nuestra exposición, el reconocimiento en general —y, por ende, el llamado de «complacencia»— posibilita la determinación de la filiación no matrimonial —caso general (art. 120.1 CC)—, como de la filiación matrimonial, si bien, en este caso, el reconocimiento va precedido o seguido de matrimonio de los que figuran como padre y madre, es el caso de los artículos 117, 118, y 119 del Código Civil (43).

El reconocimiento tiene como sujeto activo al reconocedor, que puede proceder de uno solo de los progenitores (reconocimiento de complacencia), o de ambos, ya sea conjunta o separadamente. De acuerdo con el artículo 122 del Código Civil: «*cuando un progenitor hiciere el reconocimiento separadamente, no podrá manifestar en él la identidad del otro a no ser que esté ya determinada legalmente*». Puede ser reconocida cualquier persona respecto a la que no esté determinada una filiación contradictoria con la que resultaría del reconocimiento (art. 113 CC).

El Código Civil contiene algunas reglas especiales, en relación con circunstancias concurrentes en el hijo reconocido: a) En primer lugar, «*el reconocimiento de un hijo mayor de edad no producirá efectos sin su consentimiento expreso o tácito*» (art. 123); b) En segundo lugar, «*la eficacia del reconocimiento del menor o incapaz requerirá el consentimiento expreso de su representante legal —madre del menor— o la aprobación judicial con audiencias del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido*» (art. 124.1). Tal consentimiento o aprobación no serán necesarios si el reconocimiento se hace en testamento, o dentro del plazo fijado para practicar la inscripción de nacimiento, aunque la inscripción de paternidad así practicada podrá suspenderse por simple petición de la madre, en cuyo caso, si el padre reconocedor solicita la confirmación de la inscripción,

(42) Vid., GOGUEY, A., «Les reconnaissance et légitimations de complaisance», *op. cit.*, págs. 32-38.

(43) RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, «Los reconocimientos de complacencia (con ocasión de unas sentencias recientes)», *op. cit.*, págs. 1060-1061, señala que «en los reconocimientos aformales o tácitos que contemplan estos preceptos pueda haber también engaño por parte del supuesto padre, quien, consciente de su no paternidad biológica, expresa o da a entender (hechos concluyentes) que es padre sin serlo. En tales supuestos, la determinación legal y efectiva de la paternidad se produce *ope legis* en los casos del artículo 117 o del 118 del Código Civil, o por la sentencia judicial que declara la paternidad a partir de aquella actitud del sedicente progenitor (art. 767.3 de la LEC). En estos casos, no hay verdadero reconocimiento de complacencia en la inteligencia y contexto que ahora contemplo; más la actitud o declaración mendaz del presunto padre permite impugnar la paternidad que la ley deduce de ella; pero eso será impugnación de una paternidad así determinada, no del reconocimiento como título de determinación (porque no determina)». Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, de 3 de abril de 2003 (AC 2003/831), como hecho acreditado en las actuaciones, consta que la menor, efectivamente no es hija biológica del actor que la reconoció, por lo que el reconocimiento en cuestión es de los llamados «reconocimientos de complacencia» [STS de 26 de noviembre de 2001 (RJ 2001/9527)]. Consta, igualmente, que el reconocimiento se realizó por el recurrente en el Registro Civil de Teruel el día 19 de abril de 2001, es decir, tras haber contraído matrimonio con la madre de la menor doña Gema P. F. (el matrimonio tuvo lugar el día 25 de agosto de 1990). Así, pues, conforme a estos hechos establecidos y determinaciones legales del artículo 115.1.º del Código Civil, o, en todo caso, de los artículos 119 y 120.1.º del dicho Código, la menor Ainhoa tiene la cualidad, a todos los efectos, de hija matrimonial; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 31 de enero de 2011 (JUR 2011/134982).

será necesaria aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal (art. 124.II CC) (44). Igualmente, hay que señalar que tales consentimientos complementarios y la aprobación judicial no afectan a la estructura esencial del reconocimiento, ni a su validez, solo a su eficacia.

El reconocimiento es un acto formal que puede realizarse: *a)* Ante el encargado del Registro Civil que puede hacerse en la propia declaración de nacimiento, o, en general, «mediante declaración del padre o de la madre, en cualquier tiempo», aunque si se produce fuera de plazo de la inscripción de nacimiento precisará consentimiento del representante legal del hijo reconocido (si es menor de edad —art. 124 CC—), o del propio hijo (si es mayor de edad —art. 123 CC—), o autorización judicial en los términos del artículo 124 del Código Civil (45); *b)* Por testamento, y establece su irrevocabilidad, aunque sea revocado el testamento que lo contiene (art. 741 CC); *c)* Por último, el reconocimiento puede ser efectuado en documento público (46).

Para que sea inscribible el reconocimiento de la paternidad no matrimonial es necesario no solo que se cumplan los requisitos exigidos por la Ley (arts. 120.1 y 124 CC), sino que además en el título solemne presentado aparezca de modo inequívoco y sin ambigüedades la afirmación del padre de tener al reconocido como hijo suyo. Aunque las facultades calificadoras del Encargado no alcancen a la comprobación de la veracidad de la declaración (art. 27 de la LRC), y no quede por ello impedida *prima facie* la eficacia de los llamados reconocimientos por complacencia, es obvio que en armonía con el principio de veracidad bioló-

(44) Vid., la Resolución de la DGRN (Civil) de 12 de febrero de 1993 (*RJ* 1993/1409) señala que: «La exégesis de estas normas, indudablemente confusas, ha sido llevada a cabo por tres Resoluciones del Centro Directivo de 22-7-1985 (*RJ* 1985/5265), 16-5-1986 (*RJ* 1986/3038) y 14-12-1989 (*RJ* 1989/9856), cuya doctrina puede sintetizarse del modo siguiente: *a)* La regla general, conforme al primer párrafo del propio artículo 124, es que para la eficacia del reconocimiento del menor o incapaz se requiere el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial, de modo que las excepciones contenidas en el párrafo siguiente no deben, por su propia naturaleza, ser interpretadas extensivamente, porque ello podría dar como resultado la desnaturalización del criterio general querido por el legislador; *b)* Cuando la filiación materna no matrimonial haya quedado previamente determinada de modo legal, para que las garantías concedidas a la madre por el legislador no queden burladas y reducidas a un mero derecho ilusorio, es menester estimar que la elección posterior por el que afirma ser el padre de la forma testamentaria para el reconocimiento no puede implicar, por ese solo hecho, que desaparezcan automáticamente los requisitos generales establecidos para la eficacia del reconocimiento de un menor por el párrafo primero del artículo 124; *c)* El principio excepcional ligado al testamento por el párrafo segundo del artículo únicamente se justifica cuando, por haber fallecido el testador, no pueden aprovecharle los beneficios derivados del reconocimiento, mientras que en vida de este el tratamiento del reconocimiento testamentario ha de ser el mismo que el del efectuado en escritura pública; y, *d)* Por exigencias del principio de legalidad no debe inscribirse el reconocimiento testamentario de la paternidad hasta que el mismo alcance su eficacia, lo que puede suceder, durante la minoría de edad del reconocido, por fallecimiento del testador o por concurrir la aprobación judicial o el consentimiento del representante legal de aquel, o bien, después de la mayoría, si sobreviene el consentimiento expreso o tácito del reconocido (art. 123 CC)».

(45) En la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 3.ª, de 27 de mayo de 2005 (*AC* 2007/771), se reconoce la filiación paterna no matrimonial por medio de reconocimiento formal ante el Ilmo. Señor Magistrado-Juez encargado del Registro Civil, al que dio su conformidad la madre biológica.

(46) La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 14 de mayo de 2004 (*RJ* 2004/2743), reconocimiento en escritura pública.

gica, informador de la reforma del Código Civil de 1981 en materia de filiación, habrá de ser rechazada la inscripción del reconocimiento cuando del título formal acompañado y en su caso, de las diligencias comprobatorias oportunas (art. 28 de la LRC) haya datos objetivos, que permite estimar, que los reconocimientos de complacencia no se ajustan a la realidad —principio de veracidad biológica—, y, en consecuencia, se desprende que el autor del reconocimiento no es el padre biológico del reconocido (47). No bastando para la no inscripción las simples sospechas, no suficientemente fundadas de que el autor del reconocimiento no es padre del menor, pues, aquellas escapa a la calificación del Encargado del Registro Civil, que solo puede denegar la inscripción cuando de las manifestaciones solemnes de los interesados se deduce, sin lugar a dudas, la falta de veracidad del reconocimiento (48). A este respecto se ha de recordar la Instrucción de la DGRN, de 20 de marzo de 2006, sobre la prevención del fraude documental en materia de estado civil que acordó hacer público el texto de la Recomendación número 9 de la Comisión Internacional del Estado Civil relativa a la lucha contra el fraude documental en materia de estado civil y su memoria explicativa adoptadas en Estrasburgo por la Asamblea General el 17 de marzo de 2005, y comunicar a todos los encargados de los Registros Civiles españoles Municipales, Consulares y Central los criterios y orientaciones prácticas que en orden a la prevención del fraude documental en materia de estado civil se contienen en la citada Recomendación de la Comisión Internacional del Estado Civil que deberán ser valorados y, en su caso, invocados conforme a lo dispuesto en los artículos 23 y 27 de la Ley de Registro Civil y artículo 85 de su Reglamento, en la calificación de las certificaciones de las actas de los Registros Civiles extranjeros que se presenten en un Registro Civil español bien como título directamente inscribible, bien como documento complementario en cualquier tipo de expediente o actuación registral, que por identidad de causa y razón deben ser aplicados analógicamente a la materia ahora analizada, y entre cuyas Recomendaciones se incluye la de que «cuando existan indicios que hagan dudar de la exactitud de los datos que figuran en el documento presentado o de la autenticidad de las firmas, el sello, o el documento en sí mismo, la autoridad competente en el asunto realizarán todas las comprobaciones necesarias, en particular con el interesado», y la que «cuando los elementos verificados se desprenda el carácter fraudulento del documento presentado, la autoridad competente se negará a otorgarle efecto alguno» (49).

(47) Vid., las Resoluciones de la DGRN, de 8 de septiembre de 1992 (*RJ* 1992/7295); de 11 de noviembre de 2002 (*RJ* 2003/1100), donde se precisa que «...no podrá ser inscrito cuando haya en las actuaciones datos significativos y concluyentes de los que se deduzcan que tal reconocimiento no se ajusta a la realidad»; y en el mismo sentido, de 2 de febrero de 2004 (*JUR* 2004/142408), y de 5 de marzo de 2008.

(48) Vid., las Resoluciones de la DGRN, de 29 de enero de 2001 (*JUR* 2001/231676); de 28 de diciembre de 2002 (*RJ* 2003/2641); de 15 de enero de 2004 (*JUR* 2004/138584); y de 27 de abril de 2005 (*RJ* 2005/9779).

(49) En la Resolución de la DGRN, de 5 de julio de 2006 (*BOE*, núm. 218, de 12 de septiembre de 2006, págs. 32251 a 32252), en esta línea, indica en su *Fundamento de Derecho* 5.º: «Y es que ciertamente el reconocimiento de filiación no está sujeto en nuestro ordenamiento a un trámite obligado de verificación previa sobre la veracidad biológica del hecho de la procreación, y siendo igualmente cierto que no es posible en el ámbito extra-judicial que, una vez determinada legalmente la filiación no matrimonial, las personas a las que la ley ha atribuido la facultad de establecer, por sus declaraciones de voluntad, la relación paterno-filial puedan desdecirse o retractarse de su declaración, yendo contra sus propios actos y manifestando posteriormente que los nacidos no son los hijos biológicos

III. LA IMPUGNACIÓN DEL RECONOCIMIENTO DE COMPLACENCIA

Señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de noviembre de 2001 (50), no solo las dificultades en relación con la impugnación de estos reconocimientos de complacencia, en los que el autor es consciente que no es el progenitor, sino también a que ni la doctrina ni la jurisprudencia han interpretado pacíficamente los criterios de impugnación de estos reconocimientos. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.^a, de 14 de julio de 2003 (51), asimismo, indica que tales reconocimientos tienen una difícil subsumción dentro de las normas que gobiernan la impugnación de paternidad.

Por tanto, la cuestión es determinar cómo pueden impugnarse estos reconocimientos, cuando el punto de partida es el conocimiento por parte del reconocedor de su falta de paternidad biológica. De esta cuestión nos vamos a ocupar en este apartado. Ahora bien, conviene precisar que no basta con remitir la cuestión del reconocimiento de complacencia al ámbito de la impugnación de la filiación (por la no veracidad), sino que es posible ir a un momento jurídico anterior coincidiendo con la propia emisión de la declaración de voluntad del reconocimiento, encontrándonos con un defecto inicial y estructural del acto jurídico, no del resultado (filiación); por lo que es posible, como ha planteado algún autor, una acción de nulidad de tal acto jurídico por inexistencia de objeto.

Sobre tales bases, no obstante no faltan quienes consideran que no es posible la impugnación de tales reconocimientos, cuando quien impugna es el propio reconocido —la mayoría de los supuestos—, pues, en tal caso, para unos estaríamos ante una revocación del reconocimiento; y, para otros, supone ir en contra de sus propios actos. La revocación es un acto unilateral que pretende dejar sin efecto otro anterior, y solo es posible respecto de un acto válido, y en los casos permitidos por la Ley (52). Cuando se impugna la filiación por no ser veraz, o el título de

del autor de reconocimiento (Resolución de 22 de diciembre de 1994), no lo es menos que el encargado del Registro competente para su inscripción marginal, en el ejercicio de su función calificador, conformada por los artículos 27 y 28 de la Ley de Registro Civil, no solo podrá y deberá calificar la declaración del autor del reconocimiento en cuanto a su capacidad e identidad (así, por ejemplo, en los supuestos en que hubiera muy poca diferencia de edad, entre el que reconoce y el reconocido), examinando igualmente la necesaria concurrencia de los requisitos legales establecidos en garantía de la defensa de los intereses del reconocido para la eficacia del reconocimiento (art. 124 CC, consentimiento expreso del representante legal del menor reconocido o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal; o consentimiento expreso del reconocido mayor de edad, art. 123 CC), y que no esté acreditada una filiación contradictoria (art. 113 CC), sino que también deberá denegar la inscripción de los denominados reconocimientos de complacencia, si se prueba que no ha podido haber cohabitación entre la madre y el presunto padre en la época en que se produjo el embarazo o, en general, cuando existan en las actuaciones cualesquiera datos significativos y concluyentes de los que se deduzca que tal reconocimiento no se ajusta a la realidad».

(50) *RJ* 2001/9527.

(51) *JUR* 2003/195249.

(52) RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, «Los reconocimientos de complacencia (con ocasión de unas sentencias recientes)», *op. cit.*, pág. 1085. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, de 3 de abril de 2003 (AC 2003/831), se ejercita acción de impugnación del reconocimiento (de complacencia), y constatada la no paternidad, se argumenta sobre la irrevocabilidad de este acto, con cita de jurisprudencia en su apoyo; si bien, termina desestimando la acción por no concurrir vicio alguno del consentimiento al otorgarlo, «nunca

determinación de la misma como es el reconocimiento, no se está pretendiendo revocar aquella, sino el ejercicio de las acciones que el ordenamiento jurídico ofrece a quien esté legitimado en el régimen general de la filiación sobre la base del principio de veracidad biológica, que preside la regulación relativa a la misma.

Respecto a la doctrina de los actos propios parece que tampoco resulta aplicable a este supuesto. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de octubre de 2000 (53), señala que «la doctrina de los actos propios, tal y como aparece en la doctrina de esta Sala —sentencias de 25 de enero (RJ 1989/123), 28 de abril (RJ 1989/3278), 10 de mayo de 1989 (RJ 1989/3752), 12 de julio de 1990 (RJ 1990/5856), 4 de marzo (RJ 1992/2158), 4 de junio (RJ 1992/4999) y 30 de septiembre de 1992 (RJ 1992/7475), 12 de abril (RJ 1993/2995) y 9 de octubre de 1993 (RJ 1993/8174), 10 de junio (RJ 1994/5225) y 17 de diciembre de 1994 (RJ 1994/9428), 31 de enero (RJ 1995/291), 7 de febrero (RJ 1995/1225), 30 de mayo (RJ 1995/4205), 30 de octubre (RJ 1995/7851), y 28 de diciembre de 1995 (RJ 1995/9145), 23 de enero (RJ 1996/636), 24 de junio (RJ 1996/4846), y 21 de noviembre de 1996 (RJ 1996/8635), 22 de enero (RJ 1997/17) y 7 de marzo de 1997 (RJ 1997/1910)— explica que la regla *nemine licet adversus su facta venire* tiene su fundamento en la buena fe y en la protección de la confianza que la conducta produce, han de ser por ende tales actos vinculantes, causantes del estado y definidores de una situación jurídica de su autor y que vayan encaminadas a crear, modificar o extinguir algún derecho y no han de ser ambiguos, sino revestidos de solemnidad» (54). En esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.ª, de 14 de julio de 2003 (JUR 2003/195249), destacando como una de las posiciones que han sido tenidas en cuenta por la doctrina y la jurisprudencia, se refiere a la doctrina que «veda ir contra los propios actos», y con cita de la sentencia de 25 de octubre de 2000, dispone que «el declarante no podría desvincularse de su declaración, ya que fue consciente en su emisión y el retractarse podría perjudicar los derechos de terceros», y añade «en los supuestos de filiación, ya lo peor, se vulneran los derechos del hijo a ser alimentado por quien ha dicho libre y conscientemente que es su progenitor; además, si acaso esto es objetivamente un bien, a perder el *status familia* que hasta entonces tenía» (55). De forma que, como tiene declarada la jurisprudencia reseñada es necesaria la

por el solo hecho de no ser Ainhoa hija biológica del actor, pues esta circunstancia ya era conocida por él cuando efectuó el reconocimiento».

(53) RJ 2000/8813. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de noviembre de 1992 (RJ 1992/9449), por su parte, manifiesta que «en la infracción del principio de que «nadie puede ir en contra de sus propios actos» ha de tenerse en cuenta que la aplicación del invocado principio general del derecho acogido por la doctrina legal requiere que los actos propios contradictorios provengan de una misma persona actuando con la misma representación, ...es de señalar que en las cuestiones relativas a la filiación, matrimonial o no matrimonial, son cuestiones de orden público y quedan sustraídas en principio a la libre autonomía de la voluntad (art. 1814 CC), que solo puede desplegar su eficacia dentro de los límites excepcionales que en cada caso marca la Ley, por lo que carece de trascendencia a los efectos contemplados las declaraciones de la madre en aquellos procesos sobre la filiación de la hija».

(54) Con anterioridad, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1945 (RJ 1945/863) manifiesta que: «...no puede hablarse de contradicción de actos propios, cuando como ocurre en el presente caso, los primeramente realizados no son jurídicamente eficaces».

(55) JUR 2003/195249. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 15 de julio de 2005 (JUR 2006/81679); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 7.ª, de 19 de septiembre de 2006 (JUR 2008/140756).

existencia de una conducta vinculante con una determinada relevancia jurídica para que proceda esta doctrina de los actos propios, esto es que, para que los actos realizados por una persona constituyan una conducta vinculante, ha de tener una repercusión jurídicamente eficaz sobre una relación jurídica; por lo que difícilmente, puede operar tal doctrina cuando tales actos atañen a bienes o derechos indisponibles —como el estado civil y la filiación—; y, en consecuencia es posible que el reconocedor (o el progenitor que lo consiente —art. 124 CC—), puedan impugnar su propio reconocimiento de complacencia (56).

En materia de impugnación del reconocimiento de filiación, hay que distinguir entre la impugnación del reconocimiento, bien sea por vicios del consentimiento o por nulidad de pleno derecho o absoluta (acción declarativa negativa); y la acción de impugnación de la filiación en sentido estricto, en que se discute y hay que probar la inexistencia de relación biológica (paternidad o maternidad) (57). Mientras que la acción declarativa negativa afecta al título de determinación, esto es, en nuestro caso, al reconocimiento, dejando impreguzgada directamente la filiación, con lo que puede ser determinada esta por otro medio o forma, judicial o extrajudicial, al no ser procesalmente «cosa juzgada» la filiación misma; en la acción de impugnación *strictu sensu* si se debate acerca de la filiación que formalmente se atribuye a una persona sobre la base del principio de verdad biológica (58); de ahí que, no pueda ser discutida con el mismo alcance (negativo) en un nuevo proceso *ad hoc* (art. 764.2 de la LEC), ya que la cosa juzgada afecta directamente a la filiación. Al ser acción diferente al anterior determina que su respectivo régimen jurídico (legitimación, objeto, caducidad) sea distinto.

Igualmente, la impugnación de la filiación como tal también está sometida a un régimen distinto según se trate de filiación matrimonial o no matrimonial. No así la acción de impugnación por vicios del consentimiento pues, el artículo 138 del Código Civil en sede de filiación matrimonial remite al artículo 141 del Código Civil referido a la filiación no matrimonial. De todas formas, la acción de impugnación de la filiación —matrimonial o no matrimonial— por vicios o *strictu sensu* están tipificadas legalmente (arts. 136, 137, 138, 139, 140 y 141 CC), a diferencia de la acción de nulidad por falta de verdad biológica que carece de una regulación específica en sede de filiación, por lo que habrá que recurrir a la regulación general de la acción de nulidad de los negocios jurídicos contenida en el Código Civil.

(56) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de enero de 1967 (*RJ* 1967/383), señala que «el reconocimiento es, en principio, irrevocable por exigencias de seguridad del estado civil de las personas, dado que el cambio de voluntad del reconocedor es incompatible con las condiciones de permanencia de todo estado civil..., pero este principio no es tan absoluto que impida su impugnación, dado que al dimanar de la exclusiva voluntad del reconocedor, tal voluntad puede estar invalidada cuando se acredite que, al emitirse, estaba viciado por error, dolo, intimidación o violencia, o cuando se justifique que el reconocido no es hijo del que le reconoció», y añade: «es indudable que el reconocimiento impugnado es *contra legem* y como el reconocedor puede atacarlo, al estar legitimado para ello por el artículo 138 citado, dado el perjuicio moral y material que tal negocio jurídico puede causarle, sin que por ello rija el principio de los actos propios».

(57) Vid., en relación con esta última, el artículo 263 del *Codice Civile* que dispone que «el reconocimiento puede ser impugnado por defecto de la veracidad del autor del reconocimiento, por quien lo ha reconocido o por cualquiera que tenga interés»; y el artículo 332, párrafo 2.º del *Code Civil* que señala: «la paternidad puede ser impugnada cuando se pruebe que el marido o el autor del reconocimiento no es el padre».

(58) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6.ª, de 31 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003/113896) (Fundamento de Derecho 2.º).

En el seno de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y de las Audiencias también se distinguen ambas acciones. Así, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 5 de julio de 2004 (59), en su *Fundamento de Derecho* 2.º señala que «según dispone el artículo 138 del Código Civil, tratándose de una filiación matrimonial determinada por el reconocimiento (el formal, que regula el art. 120.1.º, el expreso o tácito, a que se refiere el art. 117 y el implícito en el consentimiento para la inscripción de la filiación como matrimonial que contempla el art. 118), cabe una impugnación del título de determinación, por existencia de vicio en la formación o exteriorización de la voluntad, mediante la llamada acción declarativa negativa que regulan los artículos 138 y 141, y una impugnación por causas distintas, entre ellas, la inexistencia de una realidad biológica (mediante una acción de impugnación en sentido estricto), que regulan el mismo artículo 138, y por remisión, las normas contenidas en la sección y capítulo tercero del título quinto del libro primero del Código Civil, entre otras, las del artículo 136». Por su parte, en relación a la filiación no matrimonial, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 4 de junio de 2004 (60), manifiesta que «existen dos acciones diferentes e independientes, con presupuestos diversos y baste examinar la acción del artículo 140 para darse cuenta de que se refiere a la realidad biológica, y el artículo 141 al consentimiento viciado»; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 5.^a, de 31 de enero de 2002 (61), dispone, asimismo, en su *Fundamento de Derecho* 4.º que: «La impugnación de la filiación no matrimonial determinada por medio de reconocimiento puede efectuarse por el reconocedor, bien por concurrencia de un vicio de consentimiento —error, violencia o intimidación— en el reconocimiento, al amparo de lo establecido por el artículo 141 del Código Civil; bien por otra causa, reconocimiento de complacencia, en los que el reconocedor sabe perfectamente que no es progenitor y reconoce por decisión consciente (de la irreal filiación) y por otros móviles al amparo de lo establecido por el artículo 140 del mismo Código Civil».

Igualmente, la jurisprudencia ha puesto de manifiesto que, si se plantean ambas acciones, el tribunal debe resolver sobre las mismas, tras la correspondiente labor hermenéutica, si no quiere que su silencio sobre alguna, se entienda como una desestimación tácita, constituyendo un supuesto de incongruencia omisiva (62). Asimismo, los tribunales no podrán quedar vinculados por la norma que cita o en que se apoya la parte actora para la impugnación del reconocimiento, sino por los hechos fijados en la demanda y por el *petitum*; de forma que, la aplicación de norma distinta a la invocada no comporta modificación de la causa de pedir, ni da lugar a incongruencia de la sentencia (63).

(59) *RJ* 2004/5454. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, de 13 de mayo de 2003 (*JUR* 2003/188901).

(60) *RJ* 2004/4418 (Fundamento de Derecho 3.º). Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 27 de mayo de 2004 (*RJ* 2004/4265); y de 12 de julio de 2004 (*RJ* 2004/5356).

(61) *AC* 2002/445.

(62) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de febrero de 2000 (*RJ* 2000/281); de 28 de febrero de 2003 (*RJ* 2003/2154); y de 5 de julio de 2004 (*RJ* 2004/5454).

(63) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de octubre de 1997 (*RJ* 1997/8438); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 20 de septiembre de 1994 (*AC* 1994/1507).

A estas acciones que se diversifican según la causa de impugnación y la clase de filiación impugnada, en aquellas que se debate la veracidad biológica de la filiación (impugnación en sentido estricto —arts. 136, 137, 139 y 140 CC—); y en la que se impugna los reconocimientos en los que concurriera error, violencia o intimidación (arts. 138 y 141 CC), se ha de añadir la cancelación o rectificación de la inscripción registral de la filiación, cuando concurre algún defecto en la formación del título inscribible, en la que se deja impregunada la cuestión de la veracidad biológica (art. 114.1 CC, y arts. 92 y 97 de la LRC) (64).

En este contexto, a continuación trataremos de la acción de impugnación de la filiación *strictu sensu*, sea esta o no matrimonial; y la acción de nulidad de pleno derecho; pues, respecto a la acción de impugnación de la filiación por vicios del consentimiento, en los reconocimientos de complacencia nunca podrá basarse en el error al que alude el artículo 141 del Código Civil (remisión a este del art. 138), ya que el reconocedor sabe desde el primer momento que el reconocido no es hijo biológico, por lo que no hay error (65). Si existiese otro vicio (como la violencia o intimidación —pues el dolo no es alegable, solo el error subyacente—), podría ejercitarse tal acción, pero, como precisa RIVERO HERNÁNDEZ, ya no estaríamos ante un reconocimiento de complacencia, sino ante un reconocimiento normal viciado obtenido por engaño o violencia o intimidación más o menos grave (66). No obstante, hay sentencias que consideran aplicable al reconocimiento por complacencia el artículo 141 del Código Civil en caso de error (67).

(64) Vid., GARCÍA VICENTE J. R., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2004», *op. cit.*, pág. 441.

(65) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de octubre de 1993 (RJ 1993/7664), el error ha sido definido por la jurisprudencia como «el falso conocimiento de la realidad, capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida [STS de 21 de mayo de 1963 (RJ 1963/3586)]. En los autos hay constancia indubitada que el señor M. M. conoció siempre la realidad incuestionable de la paternidad de la menor María Nazaret; las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 4 de junio de 2004 (RJ 2004/4418), y de 9 de julio de 2004 (RJ 2004/4561); la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1.ª, de 20 de abril de 1998 (AC 1998/4746); la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 2.ª, de 9 de febrero de 2001 (JUR 2001/147240); la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 7.ª, de 21 de enero de 2002 (JUR 2002/48492); la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 15 de julio de 2005 (JUR 2006/81679); la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 23 de octubre de 2006 (JUR 2007/76340); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, de 29 de enero de 2008 (JUR 2008/124204).

(66) RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, «Los reconocimientos de complacencia (con ocasión de unas sentencias recientes)», *op. cit.*, pág. 1092. En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9653), se ha valorado como intimidación, entendida como mal inminente y grave, la amenaza hecha por la madre al reconocedor de poner en conocimiento de su esposa las relaciones mantenidas entre ellos y de los problemas que le causaría en la empresa que trabajaba.

(67) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de marzo de 2001 (RJ 2001/4762); y de 17 de junio de 2004 (RJ 2004/3613); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.ª, de 14 de julio de 2003 (JUR 2003/195249).

3.1. LA IMPUGNACIÓN DEL RECONOCIMIENTO DE COMPLACENCIA DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL O NO MATRIMONIAL

La filiación se considera como matrimonial si el reconocimiento va precedido o seguido de matrimonio, y se opta por la aplicación del artículo 119 del Código Civil (68). En materia de impugnación se aplican los artículos 136 ó 138 del Código Civil directa o indirectamente (69). Si bien no faltan sentencias que consideran como filiación no matrimonial, pese al matrimonio de los padres, cuando el reconocimiento ha tenido lugar antes de aquel, y, en consecuencia, considera aplicable el artículo 140 del Código Civil —como sucede en la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de noviembre de 2010— (70); finalmente, no faltan resoluciones en las que se pone de manifiesto que, al estar ante una filiación matrimonial, no procede aplicar el artículo 140 del Código Civil (71).

Lo que se cuestiona es la verdad biológica (sobre la filiación), y en consecuencia, lo que se impugna es la filiación en sí, no el título por el que se determina la filiación.

En cuanto a la legitimación activa para impugnar, la tiene el propio reconocedor. La legitimación del hijo se regula en el artículo 137 del Código Civil. Si impugna la filiación paterna la madre, puede no coincidir el interés impugnatorio de esta con el de la hija; de ahí la necesidad de nombrar un defensor judicial (72).

(68) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de noviembre de 2001 (*RJ* 2001/9527); las sentencias de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 2.^a, de 9 de febrero de 2001 (*JUR* 2001/147240); y de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 3.^a, de 16 de diciembre de 1999 (*AC* 1999/7455).

(69) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de junio de 1996 (*RJ* 1996/5104), considera aplicable el artículo 136 del Código Civil; de 10 de febrero de 1997 (*RJ* 1997/937), se aplica también el artículo 136 del Código Civil; de 12 de julio de 2004 (*RJ* 2004/4563); de 14 de julio de 2004 (*RJ* 2004/4676); de la Audiencia Provincial de Cuenca, Sección 1.^a, de 15 de abril de 2004 (*JUR* 2004/171613); y de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.^a, de 29 de enero de 2008 (*JUR* 2008/124204), que aplican, igualmente, el artículo 136 del Código Civil; y asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 3.^a, de 25 de febrero de 2004 (*JUR* 2004/83749); de la Audiencia Provincial de Cuenca, Sección 1.^a, de 15 de abril de 2004 (*JUR* 2004/171613); y de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 3.^a, de 16 de octubre de 2008 (*JUR* 2009/51607). En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 17 de junio de 2004 (*RJ* 2004/3613), se aplica el artículo 138 del Código Civil en relación con el artículo 141; y la sentencia de este mismo Tribunal, Sala y Sección, de 5 de julio de 2004 (*RJ* 2004/5454), aplica ambos preceptos (arts. 136 y 138 CC).

(70) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 27 de mayo de 2004 (*RJ* 2004/4265), en una filiación matrimonial por posterior matrimonio del padre reconocedor con la madre efectuado antes de casarse; y de 12 de julio de 2004 (*RJ* 2004/4563); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4.^a, de 13 de enero de 2003 (*JUR* 2003/44640); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5.^a, de 15 de diciembre de 2000 (*JUR* 2001/94730).

(71) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de noviembre de 2001 (*RJ* 2001/9527); y de 28 de noviembre de 2002 (*RJ* 2002/10418), señalan que no cabe accionar con base en el artículo 140 del Código Civil referido a la filiación no matrimonial. En igual sentido, las sentencias de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 26 de octubre de 2002 (*JUR* 2002/285419); y de la Audiencia Provincial de Teruel, de 3 de abril de 2003 (*AC* 2003/831).

(72) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 3.^a, de 16 de octubre de 2008 (*JUR* 2009/51607).

En el caso de la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de febrero de 1942 (73), se indica que no tiene legitimación activa el sobrino del reconocedor; y en la sentencia de este mismo Tribunal, de 28 de noviembre de 2002 (74), se señala, asimismo, que carece de legitimación la hija de reconocedor de un matrimonio disuelto para impugnar el reconocimiento que hace su padre, tras celebrar nuevo matrimonio respecto del hijo extramatrimonial de su nueva esposa, justificando tal negación en que el principio de la investigación de la verdad biológica debe resultar atemperado por la necesidad de preservar la paz familiar y la intimidad de las relaciones matrimoniales; de tal forma que, se establece un sistema en el que la legitimación activa para impugnar una filiación matrimonial aparece mucho más restringida que aquella que se fija para impugnar una filiación no matrimonial. El marido ha de demandar al hijo y a la madre (art. 766 de la LEC). Si la madre actúa como representante legal del hijo, negándose a la práctica de pruebas biológicas, se ha considerado también procedente el nombramiento de un defensor judicial que ampare los intereses del menor por entenderlos contrarios a los de la madre/esposa.

En cuanto a la caducidad, también hay distintas soluciones. Así aquellas sentencias que consideran aplicable el artículo 136 del Código Civil a la impugnación de los reconocimientos de complacencia, entienden caducada la acción, si ha transcurrido un año desde la inscripción en el Registro Civil de la paternidad (75); otras optan por aplicar el artículo 138 del Código Civil en relación con el artículo 141 del citado cuerpo legal, y entienden caducada la acción al año de su reconocimiento (76); mientras que para las que consideran aplicable

(73) *RJ* 1942/169.

(74) *RJ* 2002/10418.

(75) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de enero de 1993 (*RJ* 1993/353); de 23 de marzo de 2001 (*RJ* 2001/4758); y de 3 de diciembre de 2002 (*RJ* 2003/24), que, no obstante, señalan que «exigir que la impugnación de la filiación por el marido, se haga dentro del plazo de un año desde la inscripción en el Registro de la paternidad ofrece serios visos de contradicción a los principios informadores de la Ley de 13 de mayo de 1981, en su patente tendencia a que en materia de estado civil prevalezca la verdad real sobre la presunta resultante del estado matrimonial»; asimismo, vid., las sentencias de este mismo Tribunal, de 22 de diciembre de 1993 (*RJ* 1993/10107); de 20 de junio de 1996 (*RJ* 1996/5104); de 10 de febrero de 1997 (*RJ* 1997/937); Sección única de 26 de junio de 2003 (*RJ* 2003/5057); y de 12 de julio de 2004 (*RJ* 2004/4563) optan por el *dies a quo* establecido en el artículo 136.1 del Código Civil; y también, las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 7.ª, de 21 de enero de 2002 que, precisa que «ha de calificarse de absolutamente correcta la conclusión a que se llega por el Juzgador de instancia, aun cuando lo haya hecho al amparo del artículo 136 del Código Civil, ya que, en cualquier caso, resultan inaceptables los particulares que argumenta el actor recurrente, y no alcanzan a desvirtuar la eficacia del reconocimiento de paternidad realizado en su día, pues el tiempo límite en ambos supuestos —arts. 136 y 141—, es de un año con doble cómputo en el artículo 141, desde la perfección del reconocimiento, en cuyo supuesto no se requiere más, o desde que haya cesado el vicio alegado, que en este caso no ha existido, y en el artículo 136, desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil, y como quiera que ambos casos había transcurrido en exceso el plazo de un año, es por lo que debe darse por caducada la acción ejercitada en el presente procedimiento; de la Audiencia Provincial de Cuenca, Sección 1.ª, de 15 de abril de 2004 (*JUR* 2004/171613); y de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, de 29 de enero de 2008 (*JUR* 2008/124204).

(76) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.ª, de 14 de julio de 2003 (*JUR* 2003/195249).

el artículo 140 del Código Civil, si hay posesión de estado, entienden caducada la acción pasados cuatro años desde la inscripción en el Registro Civil de la filiación (77); finalmente, resoluciones como la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 15 de septiembre de 2003 (78), ponen de manifiesto que no procede una interpretación rigorista del plazo legal del artículo 136 del Código Civil en los casos en los que la paternidad resulta absolutamente descartada, procediendo a señalar el inicio del ejercicio de la acción, cuando se conoce la verdad biológica.

Respecto a la filiación no matrimonial (79), cuando un reconocimiento de complacencia la determine, a la hora de su impugnación, el Tribunal Supremo aplica el artículo 140 del Código Civil, o el artículo 141 del mismo Código, según que se impugne por vicios del consentimiento (error, dolo, violencia o intimidación), o por su divergencia sobre la verdad biológica, y se indica su compatibilidad e independencia. Habitualmente, en los reconocimientos de complacencia solo es posible la impugnación por la vía del artículo 140, siendo difícil su impugnación por vicios del consentimiento (art. 141), como señalamos en líneas precedentes, pues lo que se combate es la adecuación de la filiación reconocida a la verdad biológica, no se impugna el error en el reconocimiento (80). No obstante, en las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 27 de mayo y

(77) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4.ª, de 13 de enero de 2003 (*JUR* 2003/44640).

(78) *RJ* 2003/6227. Igualmente, se apartan del artículo 136.1 del Código Civil fijando el *dies a quo* del ejercicio de la acción en el conocimiento de la verdad biológica, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de diciembre de 2002 (*RJ* 2003/244); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 18 de febrero de 2003 (*JUR* 2003/196517).

(79) La que tiene lugar cuando los padres no están casados entre sí en el momento del nacimiento, ni con posterioridad a él; y como señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 27 de mayo de 2004 (*RJ* 2004/4265), también a los nacidos antes del matrimonio y no resultan hijos biológicos.

(80) En este sentido, GARCÍA VARELA, R., «Comentario al artículo 140 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, T. 2, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 388; QUICIOS MOLINA, S., «Comentario al artículo 140 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, coordinador: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 3.ª ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2009, pág. 274; RUBIO TORRANO, E., «Reconocimiento de complacencia», en *Aranzadi Civil*, 2004-III, pág. 2285. Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de marzo de 1994 (*RJ* 1994/2528); de 31 de octubre de 1997 (*RJ* 1997/8438), y de 27 de mayo de 2004 (*RJ* 2004/4265); y asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, de 20 de septiembre de 1994 (*AC* 1994/1507); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5.ª, de 15 de diciembre de 2000 (*JUR* 2001/94730); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 20 de septiembre de 2001 (*JUR* 2001/316489); de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2.ª, de 17 de septiembre de 2002 (*JUR* 2003/89330); de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 4.ª, de 4 de marzo de 2003 (*JUR* 2003/187279); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 21 de mayo de 2003 (*JUR* 2003/189159); de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 4.ª, de 19 de junio de 2003 (*JUR* 2004/6870); de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6.ª, de 30 de enero de 2004 (*JUR* 2004/81274); de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3.ª, de 26 de febrero de 2004 (*JUR* 2004/84947); de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 3.ª, de 27 de mayo de 2005 (*AC* 2007/771); de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 7.ª, de 19 de septiembre de 2006 (*JUR* 2008/140756); y de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1.ª, de 29 de diciembre de 2009 (*JUR* 2010/396645).

12 de julio de 2004 (81), el Alto tribunal parece admitir que los reconocimientos de complacencia pueden ser impugnados por las causas y los términos del artículo 141 del Código Civil (y su correspondencia con el art. 138) basándose en un vicio del consentimiento padecido por el reconocimiento, sino también alegando la falta de veracidad del reconocimiento, su contradicción con la veracidad biológica de la paternidad, y por tanto, como impugnación de la filiación resultante, y por los cauces y en los términos del artículo 140 del Código Civil.

Frente a esta última posición, recientemente, en las sentencias del citado Tribunal Supremo, de 29 de octubre y de 5 de diciembre de 2008 (82), en las que tal Tribunal viene a señalar que es posible impugnar la filiación no matrimonial determinada por el reconocimiento, aun siendo de complacencia, por falta de correspondencia con la verdad biológica, pero en los términos establecidos en los artículos 141 del Código Civil, estableciendo un plazo de caducidad de la acción de un año desde el reconocimiento o desde que cesó el vicio.

En la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de diciembre de 2010, objeto de estudio, se ha reconocido interés casacional en una paternidad que ha provocado en los términos vistos una disparidad de posiciones doctrinales y jurisprudenciales, y ha querido poner orden en esta materia, sentando las pautas que deben orientar futuros pronunciamientos, los cuales se pueden concretar en los siguientes términos: 1. La filiación no matrimonial determinada mediante reconocimiento puede impugnarse a través del artículo 141 del Código Civil, si concurrió vicio de la voluntad en la declaración de reconocimiento; 2. El artículo 140 del Código Civil también ampara la impugnación de la filiación determinada en virtud de reconocimiento; y 3. En cualquier caso, deben respetarse las condiciones de legitimación y los plazos establecidos en el artículo 141 del Código Civil.

En cuanto a la legitimación activa y plazo para impugnar depende de la existencia o no de posesión de estado en las relaciones paterno/materno-filiales (83).

(81) *RJ* 2004/4265 y *RJ* 2004/5356. En este sentido, TORIBIOS FUENTES, F., «Comentario al artículo 140 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, director: Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 253. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de León, Sección 1.ª, de 7 de julio de 2001 (*JUR* 2001/287665); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 5.ª, de 31 de enero de 2002 (*AC* 2002/445); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 3.ª, de 19 de noviembre de 2009 (*JUR* 2010/70726); y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 31 de enero de 2011 (*JUR* 2011/134982). Por su parte, las sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.ª, de 30 de enero de 2001 (*JUR* 2001/83230); de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2.ª, de 19 de febrero de 2001 (*JUR* 2001/148202); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 5.ª, de 30 de junio de 2003 (*JUR* 2004/2882); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 23 de diciembre de 2004 (*JUR* 2005/75390); y de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 3.ª, de 23 de febrero de 2007 (*JUR* 2007/138259), se aplican el artículo 141 del Código Civil.

(82) *RJ* 2008/5802 y *RJ* 2009/147. En la sentencia de 29 de octubre de 2008 trata de un caso de impugnación de la filiación reconocida por el hijo de los demandantes ya fallecido.

(83) La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 20 de septiembre de 2001 (*JUR* 2001/316489) señala que la posesión de estado ha sido reiteradamente definida por la jurisprudencia como «el concepto público en que es tenido un hijo en relación a su padre, cuando tal concepto se forma por actos directos del mismo o de su familia, demostrativos de un verdadero reconocimiento voluntario, libre y espontáneo. Los elementos clásicos integradores de la posesión de estado, el *nomen* (uso habitual y constante de los apellidos del supuesto progenitor), el *tratus* (comportamiento continuado y afectivo del padre hacia el hijo, traducido en alimentación, educación, y asistencia económica y moral, y no en esporádicas atenciones), y la «fama» o *reputatio* (proyección de la aparente relación

Así, podrán impugnar, si falta posesión de estado, todos aquellos a quienes perjudique la filiación no matrimonial (hijo, progenitor, herederos legitimarios o abintestato) (84), siendo imprescriptible la acción, pues, ningún plazo se indica en el artículo 140.1 del Código Civil (85). Si existe posesión de estado, solo los que aparecen como hijo o progenitor y los que puedan resultar afectados en su calidad de herederos forzosos (86) están legitimados para ejercitar la acción en un plazo de caducidad de cuatro años desde que el hijo, inscrita la filiación, goce de la correspondiente posesión de estado (art. 140.II CC) (87). Si el transcurso de estos cuatro años se produce, siendo el hijo menor de edad o incapacitado, disfrutará todavía de un año más para impugnar la filiación, desde que alcanza o recupera la plena capacidad (art. 140.III CC). Por el hijo menor o incapacitado puede actuar, indistintamente, su representante legal o el Ministerio Fiscal (art. 765.1 LEC); de modo que, si la filiación resulta impugnada por alguno de ellos, el hijo ya no estará legitimado para accionar llegada su plena capacidad. En el caso de impugnación del reconocimiento por vicios del consentimiento (error, violencia o intimidación), en el caso que proceda, legitimado activamente está únicamente el reconocedor, y cuenta con el plazo de caducidad de un año desde que efectuó el reconocimiento,

paterno-filial sobre el entorno y círculo social, que como dice el juzgado concurren en el presente caso». Y añade la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3.ª, de 26 de febrero de 2004 (*JUR* 2004/84947), que ha de ser constante y continua [sentencias del Tribunal Supremo, de 19 de enero (*RJ* 1931/1884) y 6 de junio de 9131 (*RJ* 1931/2066)], persistente y permanente [sentencia de 27 de diciembre de 1944 (*RJ* 1944/1437)], y se entiende que no es continua si es interrumpida, si cesa en los actos en que la posesión pretende fundarse, como en el presente caso. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de mayo de 1997 (*RJ* 1997/3676).

(84) La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de marzo de 1994 (*RJ* 1994/2528), precisa que tiene legitimación activa el progenitor, tenga o no posesión de estado; por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 27 de mayo de 2004 (*RJ* 2004/4265), señala que, en el concepto de progenitor ha de incluirse a quien formalmente figura como tal, ya lo sea por reconocimiento o por cualquier otro título. Las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6.ª, de 31 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003/113896); y de 30 de enero de 2004 (*JUR* 2004/81274), califican de reconocedor de mala fe al que lleva a cabo un reconocimiento de complacencia, esto es, a aquel cuya declaración ante el Registro se realiza a sabiendas de su imposible paternidad, y le concede legitimación activa para impugnar la filiación reconocida.

(85) La sentencia de la Audiencia Provincial A Coruña, Sección 3.ª, de 27 de mayo de 2005 (*AC* 2007/771), como se dijo, él sabía que no era su padre; la niña sabía que don Salvador no era su padre; y el círculo de amistades también lo sabía. Es obvio que no es tenida socialmente como hija; pues todos sabían que era un mero reconocimiento formal de complacencia. Luego no existía «fama». Nadie la tenía por su hija. Luego no existía posesión de estado. La acción ejercitada es la del párrafo primero del artículo 140 del Código Civil, y, por tanto, no está sometida a plazo de caducidad.

(86) La sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2.ª, de 17 de septiembre de 2002 (*JUR* 2003/89330), acción ejercitada por los herederos forzosos del progenitor.

(87) La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 27 de mayo de 2004 (*RJ* 2004/4265), no se entiende caducada la acción al no haber transcurrido el plazo de cuatro años que establece el artículo 140.II del Código Civil. En las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 3.ª, de 16 de diciembre de 1999 (*AC* 1999/7455); de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2.ª, de 17 de septiembre de 2002 (*JUR* 2003/89330); y de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1.ª, de 29 de diciembre de 2009 (*JUR* 2010/396645), ha caducado la acción al haber transcurrido cuatro años. Sin embargo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 4.ª, de 19 de junio de 2003 (*JUR* 2004/6870), aún no ha transcurrido el plazo de caducidad de cuatro años.

o, desde que cesó el vicio del consentimiento (88). Los herederos del reconocedor, respetando este plazo, pueden interponer la acción o continuar la de su causante fallecido dentro de ese año.

En cualquiera de los supuestos de impugnación de la filiación, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y de las Audiencias considera absolutamente ineficaces estos reconocimientos de complacencia por contrariar la verdad biológica; y, en otras ocasiones, considera caducada la acción.

3.2. LA NULIDAD DEL RECONOCIMIENTO DE COMPLACENCIA

La doctrina tradicional ha sostenido que cuando el reconocimiento no se corresponde con la realidad biológica es radicalmente nulo y no produce efecto alguno. Se advierte que no puede ser válido un reconocimiento hecho por quien no es el verdadero progenitor del reconocido, puesto que no puede reconocer quien no es verdadero padre, ni ser reconocido quien no es verdadero hijo (89).

Se sustenta tal nulidad de pleno derecho del reconocimiento en que o bien estamos ante un acto *contra legem* en cuanto contrario a las normas imperativas de la filiación, e incluso, contrario al orden público (art. 6.3 CC) (90); o ante un supuesto de simulación absoluta (91); o bien ante un supuesto de fraude de ley

(88) Las sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.ª, de 30 de enero de 2001 (*JUR* 2001/83230); de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2.ª, de 19 de febrero de 2001 (*JUR* 2001/48202); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 23 de diciembre de 2004 (*JUR* 2005/75390); y de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 3.ª, de 23 de febrero de 2007 (*JUR* 2007/138259), precisan que ha caducado la acción al haber transcurrido el plazo de un año para ejercitarla; la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 5.ª, de 31 de enero de 2002 (*AC* 2002/445), señala que, tanto el plazo de un año del artículo 141, como el de cuatro años del artículo 140 ha transcurrido.

(89) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1967 (*RJ* 1967/383); Sala de lo Civil, de 28 de marzo de 1994 (*RJ* 1994/2528); Sala de lo Civil, de 31 de octubre de 1997 (*RJ* 1997/8438); Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 27 de mayo de 2004 (*RJ* 2004/4265); y Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 12 de julio de 2004 (*RJ* 2004/4563); las sentencias del Tribunal Superior de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 16 de diciembre de 1997 (*RJ* 1997/7761); y de 29 de junio de 1998 (*RJ* 1998/10058); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 10 de marzo de 2000 (*AC* 2000/1357).

(90) RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, «Los reconocimientos de complacencia (con ocasión de unas sentencias recientes)», *op. cit.*, págs. 1076-1077; sin embargo, para QUICIOS MOLINA, S., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de julio de 2004», *op. cit.*, págs. 456-457, «no resulta coherente esta tesis, es decir, defender que un reconocimiento contrario a la verdad biológica es nulo por ser un acto contrario a la ley antes de determinar la filiación, pero válido después, pues la aplicación de las instituciones de Derecho de Familia (matrimonio y filiación) de los conceptos generales de ineficacia puede modularse en atención a los intereses personales atendibles». Y, añade: «recuérdese que un matrimonio nulo despliega efectos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe (art. 79 CC), lo que no cohonesta con la ineficacia absoluta en qué consiste, en línea de principio, la nulidad». Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, de 20 de enero de 1967 (*RJ* 1967/383); de 28 de marzo de 1994 (*RJ* 1994/2528); de 31 de octubre de 1997 (*RJ* 1997/8438); y la sentencia del Tribunal Superior de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 16 de diciembre de 1997 (*RJ* 1998/7761).

(91) Vid., la Resolución de la DGRN, de 6 de noviembre de 1993 (*RJ* 1993/9195); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.ª, de 14 de julio de 2003 (*JUR* 2003/195249); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 25 de septiembre

(art. 6.4 CC), que determina la aplicación de la ley defraudada (normas sobre adopción) (92).

La Dirección General de los Registros y del Notariado, por su parte, ha declarado también nulo de pleno derecho el reconocimiento y rechazado su inscripción, como ya tratamos «cuando no hay en él una verdadera voluntad de establecer legalmente la relación jurídica entre padre e hijo, y, asimismo, cuando del título formal acompañado y, en su caso, de las diligencias comprobatorias oportunas (art. 28 de la LRC) se desprenda que el autor del reconocimiento no es padre biológico del reconocido» (93).

Finalmente, RIVERO HERNÁNDEZ propone una acción de nulidad autónoma del acto jurídico (título de determinación de la filiación) que constituye el reconocimiento de complacencia por falta consciente de requisito objetivo de la relación biológica en la declaración del reconocedor que, no es otro que, la no existencia del hecho mismo de la procreación. Esta acción puede ser ejercida por cualquier persona interesada y en cualquier momento. Permite con ello que personas distintas a las legitimadas por los artículos 136, 137, 139 y 140 puedan ejercitarla y atender, asimismo, a intereses legítimos (por ejemplo, la de los hijos matrimoniales del reconocedor de complacencia perjudicados en sus derechos sucesorios). Y añade que el reconocimiento de complacencia es radicalmente nulo *ab initio* e insanable, se prescinde de la relación biológica, que es totalmente ajena al reconocimiento; de forma que no hay reconocimiento porque la declaración carece de objeto y porque la filiación por naturaleza no es una institución que se «invente» (94).

No nos parece descabellado admitir esta acción de nulidad que propone el profesor RIVERO HERNÁNDEZ, pues se ha de partir de una falta de relación biológica padre-hijo desde el inicio, ya que en el reconocimiento de complacencia el reconocedor es consciente de que no es el progenitor y cualesquiera que sean los móviles que le lleven a declarar tal filiación, admite y procede a determinar la filiación matrimonial o no matrimonial. Al igual que, es posible la nulidad de un reconocimiento por defecto de forma, o por falta de capacidad, lo podría ser por falta de objeto. En todo caso, esto no impide al reconocedor impugnar el reconocimiento en los términos analizados, cuando, como es la tendencia mayoritaria en la doctrina y la jurisprudencia, falta la realidad biológica, sin perjuicio de

de 2003 (*JUR* 2003/261133); y de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 7.ª, de 19 de septiembre de 2006 (*JUR* 2008/140756). AYARZA SANCHO, J. A., «La influencia de la autonomía de la voluntad...», *op. cit.*, pág. 1604, señala, sin embargo, que «el reconocimiento de complacencia se cohesta mal con la tesis de la simulación absoluta, hallándose más próximo el supuesto a la reserva mental».

(92) La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 27 de mayo de 2004 (*RJ* 2004/4265). Vid., en este sentido, el artículo 235-27.4 del Código Civil de Cataluña, que señala que: «*el reconocimiento de la paternidad, hecho en fraude de ley, es nulo. La acción de nulidad es imprescriptible y puede ser ejercida por el Ministerio Fiscal o por cualquier otra persona con un interés directo y legítimo*»; y el derogado artículo 339 del *Code Civil* que posibilitaba la impugnación del reconocimiento, cuando se efectuase en fraude de las reglas, que rigen la adopción.

(93) Las Resoluciones de la DGRN, de 8 de septiembre de 1992 (*RJ* 1992/7295); de 6 de noviembre de 1993 (*RJ* 1993/9195); de 11 de noviembre de 2002 (*RJ* 2003/1100); de 3 de junio de 2003 (*RJ* 2003/6528); de 2 de febrero de 2004 (*JUR* 2004/142408); y de 5 de julio de 2006 (*JUR* 2007/246290).

(94) RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, «Los reconocimientos de complacencia (con ocasión de unas sentencias recientes)», *op. cit.*, págs. 1065-1067 y 1100-1102.

poder —pese al carácter irrevocable del reconocimiento (art. 741 CC)— impugnar por vicios del consentimiento (no operativo por error). Compartimos la posición que en relación con la materia adopta el Tribunal Supremo en la sentencia de 29 de noviembre de 2010 en cuanto a las condiciones de legitimación y plazos para el ejercicio de las acciones de impugnación del reconocimiento de complacencia en el caso de filiación no matrimonial (art. 120 CC), pues opta por un plazo más breve el del artículo 141 del Código Civil (un año), en lugar de los que fija el artículo 140 del mismo cuerpo legal, según haya o no posesión de estado. Lo cierto es que, pese a la falta de una regulación específica relativa a tales reconocimientos de complacencia, se posibilita su existencia por la propia regulación de la filiación en el Código Civil, eludiendo con ello las normas relativas a la adopción, y, además una vez queda determinada la filiación por tal reconocimiento se posibilita su impugnación que, normalmente coincide con situaciones de crisis matrimonial o de pareja, cuando el reconocedor decide dejar de ser padre, y de cumplir con sus obligaciones paterno-filiales; parece excesivo, en este contexto, conceder al reconocedor un plazo amplio para el ejercicio de la acción de impugnación de la filiación *strictu sensu*, como fija el artículo 140 del Código Civil, si no hay posesión de estado, en cualquier momento, y si hay posesión de estado en el plazo de cuatro años. En cuanto a la doble vía impugnatoria que posibilita la citada sentencia, la impugnación por vicios del consentimiento no parece posible que pueda operar en estos reconocimientos de complacencia, pues, difícilmente, se puede considerar que exista error en quien conscientemente sabe que no es padre biológico del hijo reconocido, en todo caso, de ser posible esta vía impugnatoria, podría operar por otros vicios, como la violencia o intimidación. Lo cierto es que la propia existencia de estos reconocimientos de complacencia supone *ad initio* dar validez a una forma de determinar la filiación que contradice el principio de verdad biológica, posibilitando, asimismo, a su autor (reconocedor) —a su propio «arbitrio» y «capricho»— la impugnación de aquella sobre la base precisamente de tal falta de veracidad. Lo que resulta posible ante una regulación ciertamente permisiva de la filiación, que da operatividad a lo que constituye ya de por sí una contradicción en sus propios términos.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- CAMPUZANO TOMÉ, H.: «Comentario al artículo 120 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, director: Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, Lex Nova, Valladolid, 2010.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, 10.^a ed., Tecnos, Madrid, 2006.
- GARCÍA VARELA, R.: «Comentario al artículo 120 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, coordinador: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, T. II, Bosch, Barcelona, 2000.
- GARCÍA VICENTE, J. R.: «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de julio de 2004», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 67, enero-abril de 2005.
- GOGUEY, A.: *Les reconnaissances et légitimations de complaisance*, París 1959.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., y cols., *Elementos de Derecho Civil*, vol. IV, *Familia*, 4.^a ed., revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Dykinson, Madrid, 2010.
- LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil*, T. VI «Derecho de Familia», 9.^a ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2010.

- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: «La filiación», en *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, «Derecho de Familia», coordinador: Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, 2.^a ed., Colex, Madrid, 2008.
- QUICIOS MOLINA, S.: «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de julio de 2004», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 67, enero-abril de 2005.
- «Comentario al artículo 120 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinador: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 3.^a ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2009.
- RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO: «Los reconocimientos de complacencia (con ocasión de unas sentencias recientes)», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LVIII, fascículo III, julio-septiembre de 2005.
- «Comentario al artículo 120 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Rodrigo BERCOVITZ, Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Pablo SALVADOR CODERCH, T. I, 2.^a ed., Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- RUBIO TORRANO E.: «Reconocimiento de complacencia», en *Aranzadi Civil*, 2004-III.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, de 10 de febrero de 1942 (*RJ* 1942/169).
- STS, Sala de lo Civil, de 10 de junio de 1987 (*RJ* 1987/4274).
- STS, Sala de lo Civil, de 23 de diciembre de 1987 (*RJ* 1987/9653).
- STS, Sala de lo Civil, de 28 de noviembre de 1992 (*RJ* 1992/9449).
- STS, Sala de lo Civil, de 30 de enero de 1993 (*RJ* 1993/353).
- STS, Sala de lo Civil, de 27 de octubre de 1993 (*RJ* 1993/7664).
- STS, Sala de lo Civil, de 22 de diciembre de 1993 (*RJ* 1993/10107).
- STS, Sala de lo Civil, de 28 de marzo de 1994 (*RJ* 1994/2528).
- STS, Sala de lo Civil, de 20 de junio de 1996 (*RJ* 1996/5104).
- STS, Sala de lo Civil, de 10 de febrero de 1997 (*RJ* 1997/937).
- STS, Sala de lo Civil, de 31 de octubre de 1997 (*RJ* 1997/8438).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 25 de octubre de 2000 (*RJ* 2000/8813).
- STS, Sala de lo Civil, de 23 de marzo de 2001 (*RJ* 2001/4758).
- STS, Sala de lo Civil, de 26 de marzo de 2001 (*RJ* 2001/4762).
- STS, Sala de lo Civil, de 28 de noviembre de 2002 (*RJ* 2002/10418).
- STS, Sala de lo Civil, de 3 de diciembre de 2002 (*RJ* 2003/24).
- STS, Sala de lo Civil, de 10 de marzo de 2003 (*RJ* 2003/1830).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 14 de mayo de 2004 (*RJ* 2004/2743).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 27 de mayo de 2004 (*RJ* 2004/4265).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 4 de junio de 2004 (*RJ* 2004/4418).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 17 de junio de 2004 (*RJ* 2004/3613).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 5 de julio de 2004 (*RJ* 2004/5454).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 9 de julio de 2004 (*RJ* 2004/4561).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 12 de julio de 2004 (*RJ* 2004/4563).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 12 de julio de 2004 (*RJ* 2004/5356).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 14 de julio de 2004 (*RJ* 2004/4676).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 29 de octubre de 2008 (*RJ* 2008/5802).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 5 de diciembre de 2008 (*RJ* 2009/147).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 29 de noviembre de 2010 (*RJ* 2011/1545).

STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 16 de diciembre de 1997 (*RJ* 1998/7761).

STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 29 de junio de 1998 (*RJ* 1998/10058).

RDGRN de 8 de septiembre de 1992 (*RJ* 1992/7295).

RDGRN de 12 de febrero de 1993 (*RJ* 1993/1409).

RDGRN de 6 de noviembre de 1993 (*RJ* 1993/9195).

RDGRN de 29 de enero de 2001 (*JUR* 2001/231676).

RDGRN de 11 de noviembre de 2002 (*RJ* 2003/1100).

RDGRN de 28 de diciembre de 2002 (*RJ* 2003/2641).

RDGRN de 3 de julio de 2003 (*RJ* 2003/6528).

RDGRN de 15 de enero de 2004 (*JUR* 2004/138584).

RDGRN de 2 de febrero de 2004 (*JUR* 2004/142408).

RDGRN de 27 de abril de 2005 (*RJ* 2005/9779).

RDGRN de 5 de julio de 2006 (*BOE*, núm. 218, de 12 de septiembre de 2006).

SAP de Asturias, de 20 de septiembre de 1994 (*AC* 1994/1507).

SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 10 de marzo de 2000 (*AC* 2000/1357).

SAP de Pontevedra, Sección 5.^a, de 30 de junio de 2003 (*JUR* 2004/2882).

SAP de Murcia, Sección 1.^a, de 23 de diciembre de 2004 (*JUR* 2005/75390).

SAP de Valencia, Sección 10.^a, de 7 de noviembre de 2006 (*JUR* 2007/235209).

SAP de A Coruña, Sección 3.^a, de 23 de febrero de 2007 (*JUR* 2007/138259).

SAP de Álava, Sección 1.^a, de 29 de diciembre de 2009 (*JUR* 2010/396645).

SAP de Madrid, Sección 22.^a, de 31 de enero de 2011 (*JUR* 2011/134982).

RESUMEN

RECONOCIMIENTO FILIACIÓN PATRIA POTESTAD

Los reconocimientos de complacencia, cuyo número ha aumentado en los últimos tiempos, constituyen un título de determinación de la filiación matrimonial o no matrimonial, en los que el reconocedor es consciente y sabe que el hijo reconocido no es su hijo biológico, y, a pesar de ello, y por motivos diversos posibilita tal determinación. La falta de una regulación específica en el Código Civil, relativa a los mismos, exige la concreción de su régimen jurídico y de su posible impugnación, teniendo como base de la normativa general relativa a los reconocimientos, existente en el citado cuerpo legal. En el presente estudio pretendemos sentar las bases sobre las que deben operar

ABSTRACT

ACKNOWLEDGEMENT FILIATION PARENTAL AUTHORITY

Acknowledgements of paternity/maternity as a matter of convenience have risen in number in recent times. An acknowledgement of convenience is a means of settling marital or non-marital filiation wherein the person acknowledging parenthood is aware of and knows that the child at issue is not his/her biological child and, even so, for reasons that may vary, sees fit to present him/herself as the parent. There are no specific terms regulating acknowledgements of convenience in the Civil Code; it is therefore necessary to create legislation to address the issue of such acknowledgements and how they can be challenged, based on the existing general rules concerning acknowledgement

tales reconocimientos, fijando no solo su régimen jurídico, sino también las posibles acciones de impugnación —a las que se refiere la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de noviembre de 2010, de la que también haremos puntual referencia—, o de nulidad de los mismos.

in the Civil Code. This study attempts to build a foundation upon which acknowledgements of convenience can operate, not only fixing a system of rules, but also defining the types of action that could be taken to challenge such acknowledgements (referred to in the Supreme Court's ruling of 29 November 2010, to which we too shall refer) or to have them declared void.

ATRIBUCIÓN TEMPORAL DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

Profesora Contratada Doctora

Derecho Civil. UCM

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. NATURALEZA DEL DERECHO DE USO.—III. JURISPRUDENCIA CONTRADICTORIA DE LAS SENTENCIAS DE LAS AUDIENCIAS.—IV. POSIBLE ATRIBUCIÓN TEMPORAL DEL USO.—V. IMPOSIBILIDAD DE LA INTERPRETACIÓN TEMPORAL LIMITADORA DEL USO.—VI. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA AL HIJO DE PAREJA NO CASADA.—VII. UNIFICACIÓN DE DOCTRINA.—VIII. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR Y PRECARIO.—IX. BIBLIOGRAFÍA.—X. ÍNDICE DE SENTENCIAS ANALIZADAS (POR ORDEN CRONOLÓGICO).—XI. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 14 de abril de 2011 se publicó la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sentencia número 236/2011 para *unificación de doctrina*, cuya ponente fue doña Encarnación ROCA TRÍAS, referida a la atribución temporal del uso de la vivienda familiar (1).

El artículo 96 del Código Civil (2) establece que, en defecto, de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. No debemos olvidar que el citado artículo se introdujo en el Código Civil a través de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación

(1) STS 236/2011, de 14 de abril de 2011. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS.

(2) El texto del artículo 96 dice lo siguiente: «En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

En los últimos años diversas resoluciones limitan el tiempo que la madre podrá habitar la casa y ya se advierte que, acabado ese plazo, habrá de venderse. Los juzgadores entienden que así se evita el desequilibrio económico en perjuicio (generalmente) del hombre que ocurre ahora en casi todas las rupturas. Ello se debe a que hasta ahora generalmente se atribuía el uso de la vivienda a la mujer porque también se le concedía generalmente a ella la custodia de los hijos.

El problema se centra en que tras la ruptura matrimonial, el esposo debe seguir pagando la mitad de la hipoteca de una vivienda que no usa, y que no sabe cuándo ni cómo recuperará (3) (cuestión que se agrava porque el hombre acaba viviendo de alquiler, o incluso vuelve con sus padres por falta de medios).

Sin perder de vista que el mecanismo cuya base se encuentra en el artículo 96 del Código Civil, se debe a la necesidad de *protección de los menores* y la consiguiente necesidad de utilización de la vivienda familiar.

La situación de crisis económica que padecemos también en los últimos años ha agravado la situación, de ahí que haya un sector jurisprudencial, como veremos seguidamente, que considera que con la liquidación del patrimonio, sean bienes gananciales o separación de bienes, un cónyuge puede adquirir su mitad de la vivienda al otro —si la compraron a medias— o puede venderse a un tercero y repartirse entre ambos su precio. Y ello porque se cree que la medida de atribuir al uso a la esposa implica un beneficio para una parte.

También hay que tener en cuenta el problema que se plantea con el paso de los años y la independencia de los hijos. Como el uso se atribuyó a los hijos menores, cuando estos se independizan se debe liquidar la vivienda familiar como cosa común existente de la antigua sociedad de gananciales. Puede abonársele su parte en el valor del precio de la vivienda si quiere seguir habitándola y si no la vivienda puede transmitirse a un tercero (4).

La necesidad de que esta sentencia de la Sala Primera unificara doctrina se debe a la existencia de diferentes clamores sociales que están calando en alguna de las doctrinas contenidas en diferentes Audiencias Provinciales.

II. NATURALEZA DEL DERECHO DE USO

Pero previamente debemos recordar que el Código Civil no ha querido conferir a la atribución de la vivienda familiar la naturaleza de derecho real,

No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudentemente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial».

(3) Con la consecuencia de que hasta hace poco tiempo, además, el hombre no podía desgravar por esa hipoteca y ella sí. Y a la hora de la declaración de la renta Hacienda no permitía aplicar la exención por reinversión si la casa se vendía y él gastaba ese dinero en otra.

(4) El tercer encuentro de magistrados y de asociaciones de abogados de familia celebrado en Madrid en 2008 reclamó una reforma legal que permitiera el uso de la casa familiar con unos plazos máximos y una alternancia entre los excónyuges a la espera de la liquidación de los bienes.

a diferencia de lo que ha ocurrido en el Derecho catalán, en el artículo 233-22 (5) del Libro II del Código Civil catalán, que se ha decantado claramente por configurar el derecho de uso del cónyuge no propietario y de los hijos como un derecho de esta naturaleza, al declararlo inscribible en el Registro de la Propiedad (6).

El artículo 96 del Código Civil se limita a resolver a quién se atribuye el uso de la vivienda familiar, estableciendo la preferencia de los hijos comunes y del progenitor a quien se atribuya la guarda y custodia, o a aquel de los cónyuges cuyo interés resulte más digno de protección.

Se trata de una situación en la que uno de los cohabitantes en el mismo domicilio es preferido al otro por razones que el ordenamiento jurídico considera protegibles, y ello con independencia del título que ostente el titular de la vivienda, ya sea arrendamiento, exclusiva del titular o copropiedad con el cónyuge usuario.

La falta de calificación jurídica del derecho de uso establecido en el artículo 96 del Código Civil empezó a generar problemas interpretativos cuando el titular del arrendamiento era el cónyuge que había perdido la posesión, por lo que después de algunas sentencias del Tribunal Constitucional (7), el artículo 15.2 LAU (Ley 29/1994, de 24 de noviembre) estableció que en el caso de atribución del uso al cónyuge en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 del Código Civil, este debe notificarlo al arrendador, a los efectos de la subrogación.

III. JURISPRUDENCIA CONTRADICTORIA DE LAS SENTENCIAS DE LAS AUDIENCIAS

Precisamente el motivo que origina la necesidad de la sentencia objeto de comentario, es la existencia de una jurisprudencia dispar y contradictoria entre las Audiencias Provinciales, puesto que existen en este punto dos líneas jurisprudenciales diferentes:

- a) La primera línea, que es la más innovadora, aparece contenida en diversas sentencias como la SAP de Valladolid, de 17 de enero de 2007, recurso 450/2006, que admiten la posibilidad de establecer una limitación temporal en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar al hijo menor, permitiendo que pueda extinguirse este uso siendo menor el hijo y, por tanto, dependiente.

La citada sentencia concretamente entiende que: «Respecto de la atribución, sin límite temporal de la vivienda familiar a la esposa, en atención del interés más necesitado de protección, habida cuenta de que ostenta

(5) Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia:

Artículo 233-22. Publicidad del derecho de uso de la vivienda. El derecho de uso de la vivienda familiar, atribuido al cónyuge, se puede inscribir o, si se ha atribuido como medida provisional, anotar preventivamente en el Registro de la Propiedad.

(6) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 18 de enero de 2010, recurso 1994/2005. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 861/2009. Número de recurso: 1994/2005 (LA LEY 3984/2010).

(7) SSTC 135/1986 (LA LEY 657-TC/1987), 159/1989 (LA LEY 570-JF/0000) y 126/1989 (LA LEY 2286/1989).

la guarda y custodia del menor, sobre la que se postula una limitación de hasta dos años o hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales, argumentándose sobre el particular, el alto valor económico de la misma (que valora en 75 millones de las antiguas pesetas) sobre cuya venta permitiría ambos cónyuges la plena satisfacción de sus necesidades de vivienda propia, sin necesidad de adjudicar la familiar a uno solo de los cónyuges, dejando al otro cónyuge al margen de los beneficios de la misma, debe alcanzar favorable acogida, sustancialmente, siendo de recibo las argumentaciones contenidas en el escrito de recurso. En efecto, la meritada atribución, no parece deba efectuarse sin límite temporal alguno, que pueda considerarse en el tiempo, pudiendo sí inicialmente establecerse indefinidamente, pero con vocación de su modificación tan pronto pueda apreciarse la falta de su necesidad para poder subvenir a la necesidad de vivienda siempre prioritariamente a favor de los hijos necesitados de la misma, por derivación, al cónyuge «en cuya compañía queden» (dice textualmente el art. 96 CC)» (8).

- b) Por otro lado, una segunda línea, de signo contrario, y de acuerdo con el contenido y la interpretación que desde siempre se ha hecho del artículo 96 del Código Civil aparece, entre otras, en la SAP de Las Palmas de Gran Canaria, de 15 de octubre de 2007, recurso 355/2007 (9).

(8) SAP de Valladolid, Sección 1.^a, de 17 de enero de 2007, recurso 450/2006. Ponente: José Antonio SAN MILLÁN MARTÍN. Número de sentencia: 17/2007. Número de recurso: 450/2006 (LA LEY 4006/2007). «Es el caso de autos en que, atendidas las respectivas situaciones económicas de ambos progenitores (vid., exposición pormenorizada sobre el particular en el escrito de recurso), la inminencia de proceder a la correspondiente liquidación de la sociedad de gananciales, ya extinta, que por su estimado y presumible montante patrimonial, permitirá a cualesquiera de ambos cónyuges, incluido el custodio del único hijo menor, subvenir holgadamente a la satisfacción de su necesidad de vivienda, junto, en su caso, con el hijo dependiente, no hay razón alguna para que tal atribución del uso de la vivienda familiar (siempre temporal y contingente), deba mantenerse más allá de la correspondiente liquidación de la sociedad de gananciales, o en todo caso en el plazo máximo de los dos años (tiempo prudencial para proceder a la inevitable y preceptiva liquidación)».

(9) SAP de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 1.^a, de 15 de octubre de 2007, recurso 355/2007. Ponente: José Ramón ALONSO-MAÑERO PARDAL. Número de sentencia: 342/2007. Número de recurso: 355/2007 (LA LEY 224097/2007). Cuestiona el apelante la indicada decisión del Juez de Instancia, y lo hace al estimar injustificada la modificación de la medida que fue adoptada en relación con el uso y disfrute del domicilio al tiempo de adoptarse medidas previas y en la que se otorgaba el uso temporal del domicilio en cuestión —durante dos meses—, a doña Gema con la posibilidad de que durante ese tiempo adquiriese la vivienda, de tal forma que transcurridos los dos meses sin hacerlo la posibilidad de adquisición pasaría a don Claudio, quien según manifiesta y consta en los autos comunicó a su ex pareja su intención de ejercitar la referida opción de compra, sin que después se haya verificado efectivamente dicha adquisición.

El recurso de apelación así interpuesto debe ser estimado por esta Sala, y ello porque si bien la decisión adoptada en la instancia, aplicando el mandato del artículo 96 del Código Civil, en la que se atribuye el uso y disfrute del domicilio familiar a la menor hija de los litigantes y a aquel de los progenitores a quien se le atribuye su guarda y custodia por entenderse que se trata del interés más necesitado de protección no parece objetivamente que sea una decisión incorrecta o contraria a derecho, sí conviene al menos tener en consideración en el presente supuesto que ya al tiempo de dictarse las oportunas medidas previas —en Auto de fecha 5 de septiembre de 2005—, y teniendo en cuenta el interés de la menor consagrado en el principio *favor filii*, se aprobó por el Juez de Instancia, sin oposición

Pronunciamientos que consideran *imperativa* la aplicación del artículo 96 del Código Civil y entienden que no admite una limitación temporal a la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar que pueda suponer la privación de este derecho de uso a los hijos menores (10).

del Ministerio Fiscal, el acuerdo al que ambos progenitores habían llegado para resolver la situación de condominio sobre la vivienda familiar, consagrando una situación buscada de propósito para favorecer la venta de la vivienda y proceder a la liquidación de la comunidad existente sobre la misma, sin que ahora y pese a que legalmente dichas medidas dejaran de tener vigencia al transcurrir treinta días sin que se interpusiese demanda alguna, se haya suscitado la existencia de dato objetivo alguno que justifique una modificación o cambio del criterio que fue seguido inicialmente por ambos progenitores y al que ni el Ministerio Fiscal ni el propio Juez encontraron objeción alguna.

Es por ello que esta Sala considera que no resulta carente de sustento legal la pretensión del apelante de restablecimiento de esta medida, pues en realidad lo que se propugna por el recurrente, una vez que el plazo inicial de dos meses de uso de la vivienda por parte de doña Gema y su hija ha transcurrido sobradamente, es que se mantenga la temporalidad en el uso y disfrute de la referida vivienda con el fin de facilitar esa común intención inicial de disolución de la situación de comunidad existente sobre la vivienda y su más pronta liquidación.

Por otra parte, entiende esta Sala que no puede fundamentarse la tesis que aboga por el mantenimiento de la decisión adoptada en la instancia en el interés de la menor, pues como se ha indicado dicho interés ya se estimó que estaba perfectamente protegido cuando se decidió el uso temporal de la vivienda en el auto de medidas previas, y es obvio que una vez liquidada la situación de condominio, bien por la compra de la vivienda por uno de los cotitulares o por su venta a un tercero, cualquiera de ellos estará en condiciones de conseguir una vivienda digna para que las necesidades de habitación de la menor hija de ambos resulten cumplidamente satisfechas y atendidas con la suficiente dignidad.

(10) SAP de Las Palmas, Sección 3.ª, de 18 de mayo de 2007, recurso 904/2006. Ponente: Ricardo MOYANO GARCÍA. Número de sentencia: 209/2007. Número de recurso: 904/2006 (LA LEY 130134/2007).

En primer lugar discrepa de la atribución del uso del domicilio conyugal a la esposa e hijo menor con carácter indefinido; a juicio del recurrente, dicho uso debe ser concedido de manera temporal, y subordinado a las condiciones establecidas en la escritura de capitulaciones matrimoniales entre las partes, de 15 de febrero de 2001, que prevé un usufructo de tres años a extinguir cuando el esposo ponga a disposición de su cónyuge otra vivienda. El motivo de oposición no puede ser estimado por varias razones: a) El acuerdo adoptado en capitulaciones matrimoniales no es vinculante para el Tribunal, ya que con arreglo al artículo 96 del Código Civil está sujeto a la aprobación judicial, aprobación que, a su vez, ha de estar precedida por el dictamen del Ministerio Fiscal, al estar implicado el interés de los hijos menores. Por tanto, los cónyuges no pueden pactar disponiendo de un interés público, cual es el de dichos menores de edad, debiendo el Tribunal decidir en base a ese interés *filii*. b) Pero es que incluso si se aplicara el contenido del pacto capitular, resulta que conforme al apartado final de la cláusula sexta, si el marido adquiere para su esposa otra vivienda y se insta demanda judicial y la esposa no abandona el domicilio de Las Mesas, «el usufructo quedará resuelto y se estará a lo que dicte la sentencia de separación o divorcio», es decir que la escritura lo único que extingue en este supuesto es el derecho de usufructo convencional a favor de la esposa, y se remite para la atribución del uso al pronunciamiento que adopte el Juez sobre el uso de la vivienda conforme a las reglas ordinarias, que es lo que ha sucedido precisamente en este caso, donde no se atribuye a la esposa e hijo menor ningún derecho de usufructo, sino un derecho de uso conforme al artículo 96 del Código Civil y sometido a las vicisitudes propias de este derecho *ex sententiae* conforme a su contenido legal delimitado jurisprudencialmente.

IV. POSIBLE ATRIBUCIÓN TEMPORAL DEL USO

Realmente el origen de la variación en la jurisprudencia de las Audiencias se debe a las repercusiones existentes en el ámbito social (11) y que hay voces que claman la reforma del artículo 96 del Código Civil para adaptar la atribución del uso a la realidad social, (12) en base a los principios de igualdad evitando privilegios y discriminaciones.

El Magistrado Francisco SERRANO propone (13):

- Liquidar el domicilio y los enseres y ajuar existentes en el mismo, todo ello cuando se ostenten en cotitularidad y bajo cualquier régimen de comunidad de bienes, bien mediante su transmisión a tercero, o bien mediante la adjudicación de su propiedad a uno de los cónyuges titulares previa compensación de la cantidad que le corresponda al otro. En todo caso, esa medida procedería cuando se acuerde un régimen de custodia compartida de los hijos, o bien cuando alguno de los hijos quede en compañía de uno y los restantes en la del otro.
- Y en caso de que existan hijos menores que se encuentren bajo la custodia de uno de los progenitores o mayores que convivan en compañía de uno de ellos y resulten dependientes abogó por adjudicar el uso y posesión

(11) Noticia de «El País», PERE RÍOS - Barcelona - 2-11-2009: Recoge las siguientes opiniones:

«Muchas veces se mezcla a los niños con los ladrillos y eso no es bueno», explica Isidro Niñerola, presidente de la Asociación Española de Abogados de Familia, quien se felicita por esas sentencias novedosas que están empezando a dictar los jueces.

Una de ellas la acordó la magistrada Margarita PÉREZ-SALAZAR, titular del Juzgado de Primera Instancia, número 3 de Pamplona, especializada en Derecho de Familia. Se trataba de una pareja de hecho que residía en una vivienda de protección oficial que compró el hombre. Tenían un niño pequeño y la juez le atribuyó a la mujer el uso del piso durante cuatro años, tiempo que se estimó suficiente para que ella volviera a trabajar a jornada completa y él recuperase la casa. La mujer recurrió y la Audiencia Provincial de Navarra revocó la sentencia».

«Mi audiencia es muy reacia a limitar el uso de la vivienda, pero yo creo que la tendencia irá cambiando con el tiempo porque la realidad social es distinta a la de hace veinte años y si muchas mujeres tienen la misma independencia económica que el hombre eso se ha de reflejar en la sentencia», dice la juez.

«Los hijos justifican la atribución del uso de la vivienda a la madre, pero hasta cierto punto. La tranquilidad del conjunto de la familia también es importante y la vivienda juega un papel fundamental para lograrla», añade PÉREZ-SALAZAR.

Otra de esas sentencias novedosas la dictó el pasado mes de abril la Audiencia Provincial de Valencia al resolver un caso singular. Se trata de un divorcio en el que el hombre tiene la custodia de la hija, pero al que no se le atribuyó el uso de la vivienda ni él lo pidió, por lo que la madre siguió viviendo en la casa. Ahora el tribunal prolonga esa situación durante un plazo máximo de dos años e insta a la pareja a liquidar la sociedad de bienes gananciales que tuvieron. «No es automática la atribución del domicilio al progenitor custodio, aunque es regla general y cabe el acuerdo en contra de otorgarlo al progenitor no custodio», explica el tribunal».

(12) *Revista Digital de Derecho de Familia*: <http://www.lexfamily.es/revista.php?codigo=681>.

(13) El Magistrado-Juez y Presidente de la Asociación Española Multidisciplinar de Investigación sobre Interferencias Parentales (ASEMIP), Francisco SERRANO, ha propuesto la redacción de un nuevo texto del artículo 96 del Código Civil, en lo que se refiere a la atribución del uso de la vivienda familiar en casos de ruptura de parejas, con el objetivo de evitar «privilegios» de género y situaciones de «injustificable» discriminación.

al hijo y al cónyuge en cuya compañía queden, pero debiendo limitarse temporalmente esa atribución para facilitar la liquidación del inmueble en los términos indicados anteriormente.

A su juicio, en el artículo 96 del Código Civil el legislador «se ha guardado mucho de conservar las reglas de juego que garantizaban erróneamente el inmovilismo en aquellos aspectos considerados como patrimonio de las mujeres, llamadas por su condición sexual a ser las custodias de la prole y, por ende, las titulares del interés familiar preferente que justifica el seguir usando, disfrutando y utilizando el hogar familiar, con independencia de la situación de indigencia en que pudiera quedar el privado de seguir viviendo en la que era su casa». «Se trata de un planteamiento incomprensible, generador de desigualdad, consiguiendo injusticia y fuente de conflictos viscerales y, por desgracia, de episodios de violencia doméstica», según prosiguió el juez SERRANO, quien aseveró además que «se han ignorado las situaciones de posible custodia compartida como medida que reduciría esa confrontación y repercutiría en interés y beneficio de todos los integrantes de la familia separada: hijos, padres y madres» (14).

En relación al artículo cuya modificación propone, el juez opinó que la atribución exclusiva temporal se realizaría sin perjuicio de que el progenitor no custodio ofrezca contraprestación que garantice el desarrollo de los hijos a una vivienda digna y para atender sus necesidades en forma equivalente a la cobertura que les brindaba la que venían habitando de forma habitual.

También destaca, entre otras propuestas, aquellas referidas al caso de que no existan hijos o sean mayores e independientes y hasta que se proceda a su venta o adjudicación de titularidad dominical a uno de los cónyuges corresponderá al que se considere que ostenta el interés familiar más necesitado de protección.

V. IMPOSIBILIDAD DE LA INTERPRETACIÓN TEMPORAL LIMITADORA DEL USO

La regulación legal se centra, tal y como dice el Fundamento Jurídico Segundo de la sentencia objeto de comentario, en que la regla contenida en el citado precepto 96 es taxativa, esto es, no admite discusión y *no permite interpretaciones temporales limitadoras*. Incluso el (posible) pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir un perjuicio en los derechos del menor.

Desde 1981 se protege el interés del menor en los momentos de crisis familiar. El artículo objeto de examen se encuentra en línea con el artículo 142 del Código Civil, que hace referencia al derecho de alimentos del menor sujeto a patria potestad, en base al cual se configura la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar tras la *crisis o ruptura* (matrimonial o convivencial).

No debemos olvidar, además, que con fecha de 29 de julio de 2010, hace apenas un año, se publicó el libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo

(14) En esta línea, abundó en que «la tendencia e inercia ha sido la de entender que la vivienda familiar ha de ser para las abnegadas y sufridas esposas o madres que se separan o divorcian, pues ellas son las llamadas por naturaleza, historia y tradición a la atención de la prole y las únicas llamadas a decidir sobre sus vidas, en un claro exponente de una rancia convicción radical que hace recordar otros respetables principios machistas reflejados en la legislación de la dictadura franquista, que hoy por unanimidad se rechazan».

a la persona y la familia (Ley 25/2010, de 29 de julio), en cuya Sección IV se regula la atribución o distribución del uso de la vivienda familiar. Pues bien, el artículo 233-20.1 del ya Código Civil catalán (15) reitera que la atribución del uso de la vivienda familiar es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, *por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien*.

La sentencia recurrida impone un uso restringido en el tiempo, de la vivienda familiar. Ello porque aunque se atribuye el uso al menor y a la madre, como titular de la guarda y custodia, se mantiene «al objeto de que al tiempo de la deseable liquidación de la sociedad conyugal se reparta el patrimonio acumulado eliminando la carga que siempre supone el mantenimiento de la vivienda familiar», momento en que debe entenderse que cesa dicho uso, según la sentencia recurrida. Y aunque esta pudiera llegar a ser una solución en el futuro, no corresponde a los jueces interpretar de forma distinta esta norma, porque están sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE). Por ello *hay que reconocer que la interpretación que se efectúa en la sentencia recurrida, se opone a lo que establece el artículo 96.1 del Código Civil*.

Efectivamente, esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, *porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja*, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez.

Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría siempre la vulneración de los derechos de los hijos menores, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor.

(15) Artículo 233-21. Exclusión y límites de la atribución del uso de la vivienda.

1. La autoridad judicial, a instancia de uno de los cónyuges, puede excluir la atribución del uso de la vivienda familiar en cualquiera de los siguientes casos:

Si el cónyuge que sería beneficiario del uso por razón de la guarda de los hijos tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos.

Si el cónyuge que debería ceder el uso puede asumir y garantizar suficientemente el pago de las pensiones de alimentos de los hijos y, si procede, de la prestación compensatoria del otro cónyuge en una cuantía que cubra suficientemente las necesidades de vivienda de estos.

2. Si los cónyuges poseen la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedan limitados por lo dispuesto por el título, de acuerdo con la ley. Si los cónyuges detentan la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acaban cuando este reclama su restitución. Para este caso, de acuerdo con lo establecido por el artículo 233-7.2, la sentencia puede ordenar la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o compensatorias.

3. En previsión de ruptura matrimonial, puede pactarse sobre la atribución o distribución del uso de la vivienda y sobre las modalidades de este uso. No son eficaces los pactos que perjudiquen el interés de los hijos, ni tampoco, si no se han incorporado a un convenio regulador, los que comprometan las posibilidades de atender a las necesidades básicas del cónyuge beneficiario del uso.

VI. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA AL HIJO DE PAREJA NO CASADA

Esta doctrina se ha formulado ya en la sentencia de 1 de abril de 2011, que aunque referida a la atribución del uso al hijo de una pareja no casada, es plenamente aplicable a este supuesto (16). Debe reiterarse, por tanto, la doctrina declarada en dicha sentencia, que es aplicable a los casos de separación/divorcio de parejas casadas y que establece que la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil.

La ponente de la sentencia, también doña Encarna Roca, indica en el Fundamento Jurídico 3.º que: «es cierto que en la regulación de la convivencia del hijo con sus padres, cuando estén separados, no existe una atribución del uso de la vivienda pero las reglas de los artículos 156.5 y 159 del Código Civil no contradicen, sino que confirman lo que se establece en el artículo 92 del Código Civil, por lo que la relación de analogía entre ambas situaciones existe, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4 del Código Civil».

Además hay que tener en cuenta que el criterio de semejanza no se produce en relación a la situación de los padres, sino que de lo que se trata es de la protección del interés del menor; protección que es la misma con independencia de que sus padres estén o no casados, en aplicación de lo que disponen los artículos 14 y 39 CE.

La atribución del uso de la vivienda familiar es una forma de protección que se aplica con independencia del régimen del bien acordado entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo en que los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien (17).

VII. UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

Una interpretación correctora de esta norma implicaría la vulneración de estos derechos, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor.

Esta era ya la doctrina de esta Sala en sentencias como la de 9 de mayo de 2007 (18), en las que se conserva el uso de la vivienda a pesar de la división

(16) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 1 de abril de 2011, recurso 1456/2008. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 221/2011. Número de recurso: 1456/2008 (LA LEY 14453/2011).

(17) La sentencia recurrida impone un uso limitado en el tiempo de la vivienda familiar. Ello porque aunque se atribuye el uso al menor y a la madre, como titular de la guarda y custodia, se mantiene «hasta el momento en que se proceda a la división y disolución de los bienes comunes de ambas partes», momento en que debe entenderse que cesa dicho uso, según la sentencia recurrida. Y aunque esta pudiera ser una solución de futuro, que no corresponde a los jueces que están sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE), hay que reconocer que se opone a lo que establece el artículo 96.1 del Código Civil que no contiene ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja.

(18) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 9 de mayo de 2007, recurso 2093/2000. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 483/2007. Número de recurso: 2093/2000

y se impone incluso a los terceros adjudicatarios en la subasta necesaria para proceder a la división.

VIII. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR Y PRECARIO

La doctrina contenida en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 2009, siendo ponente Jesús CORBAL FERNÁNDEZ, recoge la jurisprudencia actual y la existencia de una doctrina jurisprudencial específica, unificadora de la jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, para los casos en que los padres de uno de los contrayentes en consideración al matrimonio del hijo, les ceden una vivienda para que establezcan el hogar conyugal y familiar, sucediendo que posteriormente se rompe la convivencia.

Doctrina que se concreta en los siguientes términos: «La situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un *precarista*, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial» (19).

También hay que tener en cuenta, aunque no es el tema que aquí se discute, la magnífica doctrina contenida en la STS, Sala Primera, de lo Civil, de

(LA LEY 23115/2007). Doña Blanca y don Gabriel contrajeron matrimonio el 23 de enero de 1982; se separaron judicialmente por sentencia de 26 de junio de 1992 y después de una reconciliación, el 4 de junio de 1998, se decretó el divorcio. En ejecución de la sentencia de divorcio, se intentó la liquidación del régimen de gananciales, pero al no llegarse a un acuerdo, la esposa presentó demanda contra su ex marido, pidiendo que se procediese a la liquidación, discutiéndose sobre la cualidad, ganancial o privativa, de determinados bienes, existencia de deudas de la sociedad y la atribución de la vivienda conyugal. En concreto, los puntos de la discusión se centran en que el esposo pidió que se le adjudicara la vivienda que ambos cónyuges habían comprado en Salamanca en razón de que el hijo del matrimonio convivía con él en otra vivienda también ganancial, situada fuera de esta ciudad...

En un tono muy clarificador señala que: «Cuando trata de la liquidación de la sociedad, el Código Civil no contempla una preferencia en la atribución de la vivienda conyugal a ninguno de los cónyuges y mucho menos prevé que deba aplicarse en este caso la regla del artículo 96 del Código Civil, que exige la concurrencia de unas condiciones para atribuir el uso, no la propiedad, de la vivienda conyugal cuando los cónyuges se separen o divorcien, teniendo en cuenta de manera primordial, el interés de los hijos, que debe protegerse en el procedimiento de crisis matrimonial, pero que no tienen este interés en un proceso puramente liquidatorio de la sociedad conyugal, que acabará atribuyendo los bienes que la forman por criterios puramente económicos, con las excepciones del artículo 1406. *La regla del artículo 96 del Código Civil no afecta a la titularidad del inmueble destinado a vivienda, sino a su uso, porque los intereses protegidos en el proceso matrimonial en que se incardina el artículo 96 del Código Civil, son fundamentalmente los de los hijos menores, a quienes la ruptura debe perjudicar lo menos posible, y esta finalidad no existe en el procedimiento que ahora se está efectuando, por lo que no pueden alegarse las reglas de la atribución del uso de la vivienda en el procedimiento de divorcio con la finalidad de que se adjudique definitivamente a uno de los titulares de la sociedad, el bien que la había constituido, en detrimento del principio de igualdad que debe presidir la liquidación*».

(19) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de junio de 2009, recurso 1738/2004. Ponente: Jesús CORBAL FERNÁNDEZ. Número de sentencia: 474/2009. Número de recurso: 1738/2004. LA LEY (104392/2009).

18 de enero de 2010 (20), que estudia la *cesión del uso exclusivo a uno de los copropietarios por parte del otro, para que utilice como vivienda familiar el piso copropiedad de ambos*.

Encarnación Roca concreta que «en el tema de la atribución de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, deben tenerse en cuenta dos tipos de situaciones que se pueden producir, al margen de las previstas en el párrafo primero del artículo 96 del Código Civil:

- 1.º Cuando un cónyuge es propietario único de la vivienda familiar o lo son ambos, ya sea porque exista una copropiedad ordinaria entre ellos, ya sea porque se trate de una vivienda que tenga naturaleza ganancial, no se produce el problema del precario, porque el título que legitima la transformación de la coposesión en posesión única es la sentencia de divorcio/separación. Se debe mantener al cónyuge en la posesión única acordada bien en el convenio regulador, bien en la sentencia.
- 2.º Cuando se trate de terceros propietarios que han cedido el inmueble por razón del matrimonio, salvo que exista un contrato que legitime el uso de la vivienda, la relación entre los cónyuges y el propietario es la de un precario. Debe enfocarse el tema desde el punto de vista del derecho de propiedad y no del derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio/separación no tienen que ver con los terceros propietarios. Esta solución ha sido mantenida por la jurisprudencia desde la sentencia de 26 diciembre 2005 (21)».

En resumen, la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges en el proceso matrimonial no altera el concepto en que se hubiese venido disfrutando, ni puede generar un derecho antes inexistente o de rango superior al que anteriormente tenía en el matrimonio (22).

IX. BIBLIOGRAFÍA

- Propuesta del Juez Francisco SERRANO: «Hay que reformar el artículo 96 del Código Civil para adaptar la atribución del uso a la realidad social». *Revista Digital de Derecho de Familia*. <http://www.lexfamily.es/revista.php?codigo=681>

(20) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 18 de enero de 2010, recurso 1994/2005. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 861/2009. Número de recurso: 1994/2005 (LA LEY 3984/2010).

(21) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 26 de diciembre de 2005, recurso 1551/1999. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 1022/2005. Número de recurso: 1551/1999 (LA LEY 151/2006). Y doctrina continuada por las sentencias de 2, 23, 29 y 30 de octubre y 14 noviembre 2008 y 13 de abril de 2009. Acción reivindicatoria ejercitada por el propietario sobre la vivienda que cedió a su hijo para que sirviese de domicilio conyugal. Su uso, tras la crisis matrimonial, fue atribuido a la esposa. Cuando exista una relación contractual que justifique la posesión deben aplicarse los efectos del comodato. Cuando se trate de una posesión simplemente tolerada por la condescendencia o el beneplácito del propietario se estará ante un precario, por lo que la oposición del propietario pone fin a la tolerancia y obliga al que posee a devolver la cosa a su dueño.

(22) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 22 de octubre de 2009, recurso 2302/2005. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 653/2009. Número de recurso: 2302/2005 (LA LEY 200557/2009)

X. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES ANALIZADAS (POR ORDEN CRONOLÓGICO)

- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 26 de diciembre de 2005, recurso 1551/1999. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 1022/2005. Número de recurso: 1551/1999 (LA LEY 151/2006).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 9 de mayo de 2007, recurso 2093/2000. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 483/2007. Número de recurso: 2093/2000 (LA LEY 23115/2007).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de junio de 2009, recurso 1738/2004. Ponente: Jesús CORBAL FERNÁNDEZ. Número de sentencia: 474/2009. Número de recurso: 1738/2004. LA LEY (104392/2009).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 22 de octubre de 2009, recurso 2302/2005. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 653/2009. Número de recurso: 2302/2005 (LA LEY 200557/2009).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 18 de enero de 2010, recurso 1994/2005. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 861/2009. Número de recurso: 1994/2005 (LA LEY 3984/2010).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 1 de abril de 2011, recurso 1456/2008. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 221/2011. Número de recurso: 1456/2008 (LA LEY 14453/2011).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, número de sentencia: 236/2011, de 14 de abril de 2011. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS.
- SAP de Valladolid, Sección 1.^a, de 17 de enero de 2007, recurso 450/2006. Ponente: José Antonio SAN MILLÁN MARTÍN. Número de sentencia: 17/2007. Número de recurso: 450/2006 (LA LEY 4006/2007).
- SAP de Las Palmas, Sección 3.^a, de 18 de mayo de 2007, recurso 904/2006. Ponente: Ricardo MOYANO GARCÍA. Número de sentencia: 209/2007. Número de recurso: 904/2006 (LA LEY 130134/2007).
- SAP de Valladolid, Sección 1.^a, de 15 de octubre de 2007, recurso 355/2007. Ponente: José Ramón ALONSO-MAÑERO PARDAL. Número de sentencia: 342/2007. Número de recurso: 355/2007 (LA LEY 224097/2007).

XI. LEGISLACIÓN CITADA

- Constitución Española.
- Código Civil (art. 96).
- Ley 25/2010, de 29 de julio, libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (CCCat).

RESUMEN

*VIVIENDA FAMILIAR
ATRIBUCIÓN DE USO*

La atribución del uso de la vivienda familiar, es una forma de protección a favor de los hijos, que se aplica con in-

ABSTRACT

*THE FAMILY HOME
USE*

Use of the family home is assigned by the court as a way of protecting the children. The measure is applied regardless

dependencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien.

of the type of marital property system the couple had or the form of ownership to which the owners of the home have agreed. Therefore, the right to use the family home cannot be limited to the time during which the parents are the owners of the property.

1.3. Derechos reales

**REFLEXIONES SOBRE LA RECTIFICACIÓN DE DIFERENCIAS
REGISTRALES Y CATASTRALES DESPUÉS DE LA LEY 2/2011,
A LA LUZ DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL
DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO**

por

MIGUEL ROMERO VELASCO

Profesor Titular de Derecho Civil

*Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales. ETEA
Universidad de Córdoba*

SUMARIO: I. LOS PROBLEMAS DEL DOBLE REGISTRO DE DATOS IDENTIFICATIVOS DE LOS BIENES INMUEBLES.—II. REVISIÓN DE LAS RESOLUCIONES DE LA DGRN SOBRE LA RECTIFICACIÓN DE DISCREPANCIAS REGISTRO-CATASTRO.—III. EL ORIGEN DE LA CUESTIÓN: LA PREVIA FIJACIÓN DE LOS CONCEPTOS DE FINCA REGISTRAL Y LA PARCELA CATASTRAL Y LOS PROBLEMAS QUE SE DERIVAN DE SU DOBLE IDENTIFICACIÓN: 1. DIFERENTES CONCEPTOS PARA UNA MISMA REALIDAD FÍSICA: FINCA Y PARCELA: A) *La importancia identificativa de la finca y su relación en el Registro de la Propiedad.* B) *Parcela catastral: armonizar sus definiciones.* 2. CONSECUENCIAS Y PROBLEMAS QUE TIENEN ORIGEN EN LA IDENTIFICACIÓN DE FINCA Y PARCELA.—IV. CONCLUSIONES Y POSIBILIDADES DE SOLUCIÓN, SEGÚN LAS NUEVAS PROPUESTAS SOBRE LA MATERIA EN LA LEY 2/2011, DE ECONOMÍA SOSTENIBLE.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. LOS PROBLEMAS DEL DOBLE REGISTRO DE DATOS IDENTIFICATIVOS DE LOS BIENES INMUEBLES

Las consecuencias jurídicas producidas por una identificación, con discrepancias, de fincas registrales y de parcelas catastrales está presente en la actualidad debido a la exactitud de identificación con los nuevos procedimientos de medición sobre referencias geográficas o georreferenciadas. Las fincas suelen estar identificadas con errores de exceso de cabida o de segregaciones o divisiones no registradas en bastantes casos, ya que la delimitación y linderos establecidos en

el Registro no coinciden con los límites territoriales actuales, consecuencia en la mayoría de los casos de los precisos métodos de medición y de la aplicación de procedimientos de identificación por satélite, así como por las diferencias de denominación en el caso de fincas rústicas. Las parcelas catastrales, en otras ocasiones, no están claramente identificadas en cuanto a la titularidad del bien, ello origina discrepancias entre registro y catastro que derivan en procedimientos de rectificación catastral y registral, y que en ocasiones terminan sin solución o con procesos judiciales. El tema en cuestión ha sido una preocupación constante de las instituciones implicadas, la Instrucción de 2 de marzo de 2000, de la DGRN, sobre implantación de la base cartográfica en los Registros de la Propiedad establecía en su introducción que «una de las necesidades tradicionalmente sentida en el ámbito del Registro de la Propiedad ha sido poder identificar las fincas objeto del tráfico jurídico mediante soporte cartográfico que permita su precisa delimitación territorial, robusteciendo la seguridad jurídica de las transmisiones inmobiliarias». El trabajo se va a centrar en analizar algunas recientes Resoluciones de la DGRN resolviendo problemas derivados por la doble identificación de la parcela catastral y de la finca registral, y cómo la reciente Ley 2/2011 ha establecido un procedimiento de subsanación de esas diferencias con modificaciones importantes en la Ley de Catastro. En ocasiones el interés de control ha sido exclusivamente fiscal dando lugar a la existencia de bases de datos catastrales que aseguraban ingresos públicos derivados de los bienes inmuebles. En otras, los controles registrales se debían a la necesidad de garantizar la seguridad jurídica de los compradores y de los propietarios en el momento de la transmisión de la propiedad. En el presente trabajo no vamos a hacer un análisis de los problemas derivados de las inscripciones en el Registro de la Propiedad y de los efectos que de ellas se derivan como consecuencia de la aplicación de los principios registrales. La reciente Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (BOE de 5 de marzo) ha articulado una reforma para agilizar los procedimientos de rectificación de Catastro y Registro al objeto de llevar a un grado mayor la coordinación entre ambas instituciones. En todo caso la reciente reforma legislativa de la actividad catastral, trata de mejorar su coordinación con el Registro de la Propiedad, como manifiesta el preámbulo de la Ley 2/11, y mantiene la prevalencia de los datos del Registro sobre los del catastro en el reformado artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se modifica el Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario.

II. REVISIÓN DE RESOLUCIONES DE LA RDGRN SOBRE LA RECTIFICACIÓN DE DISCREPANCIAS REGISTRO-CATASTRO

La reciente Ley 2/2011, de Economía Sostenible, reforma algunas disposiciones de la Ley de Catastro en orden al procedimiento de subsanación de discrepancias en los datos de inscripción registral y en los datos de catastro. Tanto la Dirección General de los Registros y del Notariado como el Tribunal Supremo han tratado previamente la cuestión en varias de sus resoluciones y sentencias. La Ley Hipotecaria se refiere en el artículo 39 a la posible inexactitud del Registro de la Propiedad, entendiendo por tal todo desacuerdo que en orden a los derechos inscribibles exista entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral, considerándose que esa inexactitud se está refiriendo a una situación jurídica y no a una situación de hecho como pudieran ser las inexactitudes por mayor o menor cabida o por deficiente identificación de la situación, y es que estaremos

ante problemas derivados de estas situaciones sobre todo en los excesos de cabida, que siempre supondrá una disminución de la cabida de las fincas colindantes.

Las Resoluciones citadas aquí hacen referencia a cuestiones que se han planteado, normalmente por mayor o menor cabida, con origen en divisiones o segregaciones de fincas inmatriculadas después de esos actos jurídicos y que no dejan de constituir uno de los supuestos de diferencias identificativas entre los datos de Registro y los de catastro:

1. LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN, DE 19 DE ABRIL DE 2011

En una de las más recientes Resoluciones sobre la cuestión (*BOE*, núm. 112 del 11-5-2011), se plantea el problema de una escritura pública en la que se contiene la partición hereditaria de unos cónyuges y como operación previa a la partición, se declara un exceso de cabida, sobre una de las fincas inventariadas. De la misma forma se describe la finca con una superficie construida que no constaba en el Registro y se la divide en régimen de propiedad horizontal, por ello se incorpora a la escritura una certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca con la mayor superficie y se acompaña copia de la escritura, constando en el Registro la misma superficie que aparece en el título adquisitivo que causó la inscripción registral. Una vez presentada la escritura en el Registro de la Propiedad, fue inscrita parcialmente pero se suspendió el exceso de cabida declarado.

La nota de calificación del Registrador dejaba claro cuáles eran los procedimientos de rectificación de los excesos de cabida y que no se acreditaba la previa adquisición por los causantes de tal exceso, por ello no acreditándose tal circunstancia y existiendo dudas sobre la identidad de las fincas es preciso para la inmatriculación del exceso de cabida que se acredite el exceso mediante Acta Notarial de Presencia o Notoriedad que incorpore un plano de situación con escala semejante a la del catastro y además que se acompañe informe de técnico, o mediante Expediente de Dominio.

Contra la nota de calificación del Registrador se interpone recurso donde se establece que el Reglamento Hipotecario en su artículo 298, párrafo 3, recoge otros medios de inmatriculación además de los citados en la nota de calificación, concretamente la posibilidad de inmatriculación de excesos de cabida de fincas ya inscritas y que reúnen todos los requisitos exigidos en el párrafo primero del artículo 298 del RH, puesto que el exceso de cabida está acreditado mediante certificación catastral descriptiva y gráfica que permita la perfecta identificación de la misma (1).

Emitido informe por el Registrador elevó el expediente a la Dirección General que una vez establecido el debate sobre la inscribibilidad de un exceso de cabida acreditado por certificación catastral descriptiva y gráfica, resuelve

(1) El informe emitido por el Notario exponía los diferentes medios utilizables para hacer constar en el Registro un exceso de cabida y se realizan las siguientes manifestaciones: «entiendo que en este supuesto no se está ante el procedimiento de inmatriculación de exceso de cabida por título público adquisitivo..., pero sí que el procedimiento adecuado es el de la acreditación del exceso por medio de certificación catastral descriptiva y gráfica; es decir la constancia registral del exceso solicitado al Registro, se basa en la certificación incorporada a la escritura, en el sentido de que cuando los linderos son fijos o de tal naturaleza que no existan dudas sobre la identidad de la finca se podrá realizar el exceso con base en la certificación».

desestimando el recurso y confirmando la nota de calificación del registrador, conforme a los Fundamentos de Derecho siguientes: *«Esta Dirección General ha señalado que la registración de un exceso de cabida —stricto sensu— solo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de la finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior, que se acota con la global descripción registral, esto es, que la superficie que ahora se pretende constatar tabularmente es la que debió reflejarse en su día por ser la realmente contenida en los linderos originariamente registrados. Fuera de esta hipótesis, la pretensión de modificar la cabida que según el Registro corresponde a determinada finca, no encubre sino el intento de aplicar el folio de esta última a una nueva realidad física, que englobaría la originaria finca registral y una superficie colindante adicional. Sin embargo para conseguir tal resultado el cauce apropiado será la previa inmatriculación de esa superficie colindante y su posterior agrupación a la finca registral preexistente»* (2).

El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en sentencia de 25 de septiembre de 2007, resolviendo sobre la impugnación de un recurso relativo a una agrupación de fincas con declaración de exceso de cabida cita la doctrina del Tribunal Económico Administrativo Central según la cual: «...los excesos de cabida se equiparan físicamente a los expedientes de dominio y actas de notoriedad...», el motivo del recurso, además del propio exceso de cabida, estaba también en impugnar la constitución del hecho imponible del ITP y AJD del exceso de cabida, ya que según la recurrente la constatación de un exceso de cabida no implica la adquisición de una mayor porción de terreno sujeta al impuesto, no supone por tanto la configuración de una finca nueva sino el resultado de rectificar las unidades de medida contenidas en la extensión delimitada exclusivamente por los linderos. Y es que el artículo 7 de la Ley del ITP y AJD establece que se consideraran transmisiones patrimoniales a efectos de liquidación y pago los expedientes de dominio y las actas de notoriedad, por lo que se ha producido una extensión analógica del referido hecho imponible, considerándose proscrita por la ley general tributaria (3).

(2) La DGRN ha emitido otras Resoluciones en el mismo sentido, concretamente la de 16 de mayo de 2005, de 1 de julio de 2006, de 19 de febrero de 2008, la de 2 de febrero de 2010.

(3) En el texto de la consulta vinculante a la Dirección General de Tributos de fecha 7 de octubre de 2010, donde se va a formalizar una herencia en la que, entre otros bienes, existe un solar de naturaleza urbana con una superficie registral de 842 metros cuadrados, cuya superficie real es, sin embargo, de 1.158 metros, según consta en la Certificación Catastral. Las cuestiones que se plantean son dos: en primer lugar, si la diferencia entre la superficie registral y la real tributarían en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados a la hora de establecerla como exceso de cabida sobre la finca e inscribirse en el Registro de la Propiedad; la resolución de la consulta vinculante establece que: *«En relación con la primera cuestión planteada, este Centro Directivo ya se pronunció en contestación a consulta de fecha 14 de marzo de 2003, de conformidad con la cual se realizan las siguientes consideraciones: Respecto de la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del ITP y AJD, el artículo 7 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido del ITP y AJD, establece en la letra C) del apartado 2 de su artículo 7 lo siguiente: «2. Se considerarán transmisiones patrimoniales a efectos de liquidación y pago del impuesto: C) Los expedientes de dominio, las actas de notoriedad, las actas complementarias de documentos públicos a que se refiere el Título VI de la Ley Hipotecaria y las certificaciones expedidas a los efectos del artículo 206*

El Tribunal, para la resolución de la cuestión planteada, sigue el criterio de una sentencia anterior de fecha 7 de noviembre de 2003, donde establece que: *«los hipotecaristas ponen de manifiesto que bajo la denominación de los excesos de cabida se comprende realmente toda alteración del Registro en orden a lo que este indica en cuanto a la extensión de la finca, para recoger otra mayor. Pero este hecho puede tener muy diversos fundamentos ya que la alteración puede deberse a varias circunstancias erróneas»* (4).

de la misma Ley, a menos que se acredite haber satisfecho el impuesto o la exención o no sujeción por la transmisión, cuyo título se supla con ellos y por los mismos bienes que sean objeto de unos u otras, salvo en cuanto a la prescripción cuyo plazo se computará desde la fecha del expediente, acta o certificación».

En primer lugar, parece deducirse del escrito de consulta que se trata de una escritura pública que declara el exceso de cabida de una finca en base a los datos catastrales de la misma, supuesto al que hace referencia el Reglamento Hipotecario (Decreto de 14 de febrero de 1947), en su artículo 298.3: *«Asimismo, podrán inmatricularse los excesos de cabida de las fincas ya inscritas, que resulten de títulos públicos de adquisición, siempre que se acredite en la forma prevista en el apartado 1 la previa adquisición de la finca por el transmitente con la mayor cabida resultante, se exprese la referencia catastral y se incorpore o acompañe certificación catastral, descriptiva y gráfica, que permita la perfecta identificación de la finca y de su exceso de cabida y de la que resulte que la finca se encuentra catastrada a favor del titular inscrito o del adquirente. Del mismo modo podrán inscribirse los excesos de cabida acreditados mediante certificación catastral o, cuando fueren inferiores a la quinta parte de la cabida inscrita, con el certificado o informe de técnico competente, en los términos previstos en el artículo 53 de la Ley de 30 de diciembre de 1996, que permitan la perfecta identificación de la finca y de su exceso de cabida, sin necesidad de título traslativo. También podrán inscribirse los excesos de cabida en virtud de expediente de dominio conforme a lo previsto en la Ley Hipotecaria y en este Reglamento, o en virtud del acta de presencia y notoriedad regulada en la legislación citada anteriormente sobre referencia catastral. De otra parte, podrán hacerse constar en el Registro, como rectificación de superficie, los excesos de cabida que no excedan de la vigésima parte de la cabida inscrita. Por ello, en principio, la constatación de un exceso de cabida de una finca ya inscrita con unos linderos delimitados, en base a los datos catastrales, no implica la adquisición de una mayor porción de terreno sujeta al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. No supone, por lo tanto, la configuración de una finca nueva sino el resultado de rectificar numéricamente las unidades de medida contenidas en la extensión delimitada exclusivamente por los linderos los cuales identifican la parte de la superficie objeto de consideración».*

(4) El Tribunal Supremo, en la sentencia de 12 de marzo de 1948, ha calificado estos errores (error en la medición, error en las equivalencias de las unidades de medida, a una accesión natural en la finca por alguno de los medios citados en el Código Civil, o por simple picaresca jurídica para disfrazar la adquisición de una finca colindante de la que no se tiene título o este es defectuoso, vistiendo con el ropaje del exceso de cabida lo que realmente es una agrupación de finca con otra que no lo está) como errores numéricos. Pero lo que se deja claro el Tribunal es la aplicación de dos reglas fundamentales: la de que habrá que existir identidad entre la finca registral y la que consta en el título presentado además de la diferencia en la cabida; y en segundo lugar que el asiento que recoja el exceso de cabida no surtirá efectos contra terceros hasta pasados dos años desde su fecha, pero de todas formas, continua diciendo el Tribunal, el exceso de cabida nunca puede implicar una alteración de la realidad física acotada y registralmente reflejada o una inmatriculación encubierta de la finca colindante, ni tampoco procede cuando existen dudas sobre la identidad de la finca.

2. LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN, DE 1 DE FEBRERO DE 2010

En esta reciente Resolución publicada en el *BOE* de 5 de abril de 2010, el Centro Directivo resuelve sobre una escritura pública presentada para inmatricular una finca con una certificación catastral que contiene una descripción que no es coincidente con la finca. La Resolución hace referencia al artículo 53 del Texto Refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario cuando establece que: *«en lo sucesivo no se inmatriculará ninguna finca en el Registro si no se aporta junto al título inmatriculador certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en términos totalmente coincidentes con la descripción de esta en dicho título»* (5).

Como señala la Resolución, y manifestaremos posteriormente, lo que se pretende es que exista una concordancia entre Registro y Catastro en las nuevas fincas que accedan al Registro, y esa concordancia debe darse en cuanto a lo que es objeto de inmatriculación, tanto en el sujeto como los linderos (6). La Resolución deja claro lo que debe entenderse por «total coincidencia», y es que se exige que exista esa coincidencia plena entre la descripción del título y la certificación catastral que se aporta, produciéndose claros inconvenientes en el supuesto que no se dé y dando lugar a problemas entre los titulares catastrales y registrales. Reconoce la Dirección General que, como se ha afirmado en otras resoluciones, no deja resquicios a excepciones respecto a la total coincidencia y cualquiera que sea la finca que se pretende inmatricular. Llega a reconocer la Resolución que la «universalidad de supuestos a que se aplica tal exigencia y su rigor pueda dar lugar a problemas si tenemos en cuenta la progresiva tendencia del legislador a permitir o incluso imponer la inscripción de bienes de dominio y uso público difícilmente conciliables con el concepto que de inmueble a efectos catastrales da el artículo 6 de la citada Ley del Catastro Inmobiliario, y ni siquiera cabe interpretar que se da esa coincidencia cuando tratándose de diferencias de superficie, esta diferencia no excede del diez por ciento, ya que los artículos 41 a 49 del TRLCI están referidos a un supuesto diferente que es el de la constancia registral de la referencia catastral mediante la certificación

(5) En la STS, de 18 de febrero de 2003, resolviendo sobre una reclamación de cantidad en la fijación del justiprecio en una expropiación con un exceso de cabida, desestimó la reclamación de cantidad ante la falta de prueba del exceso de la ocupación que se manifestaba porque ni de las actas de ocupación, ni de los datos que constan en el catastro es posible probar el exceso y se recuerda por parte del Tribunal que los datos de cabida que constan en el Registro no gozan del principio de legitimación registral por lo que no sirve la prueba de que la finca aparezca inscrita en el Registro con una cabida superior a la que se establece en el catastro. La sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 19 de abril de 1993, ya recogía en su texto respecto al valor que tenían las declaraciones de los asientos de cabida y linderos en el Registro, citando la doctrina del Tribunal Supremo en sentencias de 29 de marzo de 1927, de 5 de junio de 1928, de 8 de noviembre de 1930, que *«proclaman que tanto las declaraciones de cabida como de linderos de las fincas inscritas son cuestiones de hechos que solo acreditan en su caso la actuación del funcionario encargado del registro, pero que no comprueban por si solos la realidad del derecho..., por ello ha de indicarse conforme a lo que se dispone en el artículo 385 del Código Civil que no siendo los títulos aportados por las partes suficientes habrá de estarse a la posesión en que estuvieren los colindantes, posesión que se presume que se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió»*.

(6) Una recopilación de las normas más importantes sobre la materia en GÓMEZ GALLIGO, F. J., y DEL POZO CARRASCOSA, P., *Lecciones de Derecho Hipotecario*, Marcial Pons, 2006, pág. 29 y sigs.

descriptiva y no a la inmatriculación de la finca por lo que no cabe hacer aplicación analógica (7).

3. LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN, DE 19 DE MAYO DE 2005

En la Resolución citada, que fue publicada en el *BOE* número 182 de 1 de agosto de 2005, se trata el hecho de una venta del resto de una finca no inmatriculada, de la que ya se había producido una segregación que había tenido acceso al Registro de la Propiedad y en el título de los transmitentes se establecía que les pertenecía por herencia de su padre fallecido hacía más de diez años y que no se tenía constancia de que dicha finca estuviera inscrita en el Registro ni que hubiera sido arrendada en los últimos seis años.

Cuando la escritura es presentada a inscripción en el Registro, el informe de calificación deniega la inmatriculación basando su argumento en que no se puede inscribir una finca que es resto de otra sin que esté previamente inscrita la finca matriz de la que procede y que para la inscripción de esta finca matriz, de la finca segregada y de la finca que resulta como resto es necesario acta de notoriedad acreditativa de que el que transmite es tenido en concepto de dueño, exigiéndose además una certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca y una licencia de segregación o declaración de innecesariedad de dicha licencia por no llegar a las unidades mínimas de cultivo exigidas en el municipio de referencia.

La DGRN, al analizar la nota de calificación tras el recurso planteado, rechazó algunos de los argumentos establecidos por el Registrador, de tal forma que vino a confirmar la no necesidad de la exigencia de certificación catastral descriptiva y gráfica por tratarse una escritura pública con fecha anterior a la Ley 13/1996 de 30 de diciembre. Y de la misma manera confirmo que no era impedimento para poder inscribir por sí sola la denominada finca resto ya que precisamente la posterior transmisión de esa finca resto la que provocaría la inmatriculación.

Sin embargo, la DGRN rechazó la inscripción de la escritura ya que no se acredita el título del transmitente, puesto que ese título viene a resultar de las

(7) JIMÉNEZ CLAR, A. J., *La función de la información catastral en el tráfico jurídico inmobiliario*, Tirant, TOL 363.769, deja claro que «la constancia en el Registro de la Propiedad de la referencia catastral podrá llevarse a efecto como operación específica y que en todo caso, el titular registral podrá solicitar la constancia de la identificación catastral de la finca inscrita, como operación específica conforme a las siguientes reglas: 1. Si aporta certificación catastral que describa la finca en los mismos términos de denominación, situación y superficie, que los que figuran en el Registro se hará constar la referencia catastral por nota al margen del asiento y al pie del título. Lo mismo procederá si, coincidiendo la descripción y situación, la diferencia de superficie es inferior al 10 por 100 de la reflejada en el Registro, o cuando habiendo diferencia en el nombre o número de la calle, se justifica debidamente la identidad. 2. Fuera de los casos previstos en la regla anterior, la consignación registral de la referencia catastral solo podrá efectuarse mediante cualquiera de los procedimientos previstos para la inmatriculación de fincas. En los dos casos, el Registrador deberá comunicar al catastro la relación de fincas objeto de identificación catastral posterior. No obstante lo anterior, uno de los principios inspiradores de la Ley 13/1996 es el de evitar que la falta de constancia de la referencia catastral pudiera suponer un entorpecimiento del tráfico jurídico inmobiliario o que causara perturbaciones al mismo. Por ello la Ley dispone expresamente en su artículo 51.4 que el incumplimiento de la obligación de aportar la referencia catastral no impedirá que los Notarios autoricen el documento ni afectará a la eficacia del mismo, ni a la del acto o negocio que contenga».

simples manifestaciones realizadas por el vendedor del inmueble. La Resolución invoca la sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2001, en la que se viene a establecer que la vigencia del anterior artículo 298 del Reglamento Hipotecario no va a hacer revivir el texto anterior por el mero hecho de anular la redacción actual, ya que la redacción era contraria al artículo 205 de la Ley Hipotecaria, ya que ese artículo exige que el documento sea fehaciente y además que se acredite, también fehacientemente, la adquisición del derecho. Por eso no se pueden admitir como títulos previos los simples documentos privados con fecha cierta, ni las meras manifestaciones, ni tampoco es válido el transcurso de un año desde el otorgamiento de la escritura pública.

Alguna doctrina ha señalado que la Resolución citada es muy interesante, ya que aclara el camino a seguir para la inmatriculación de fincas con relación a títulos antiguos, puesto que en los que son anteriores a la vigencia de la Ley 13/96 no es necesario acompañar la certificación catastral descriptiva y gráfica, pero sí hay que acreditar el título fehaciente anterior para lo que no es suficiente el documento privado con fecha fehaciente o cierta, por lo que será conveniente que se acompañe el acta de notoriedad en la que se acredite que el transmitente o causante es tenido en concepto de dueño y que se publiquen edictos en el ayuntamiento donde esté la finca.

III. EL ORIGEN DE LA CUESTIÓN: LA PREVIA FIJACIÓN DE LOS CONCEPTOS DE FINCA REGISTRAL Y PARCELA CATASTRAL Y LOS PROBLEMAS QUE SE DERIVAN DE SU DOBLE IDENTIFICACIÓN

El Registro y el Catastro son dos instituciones que tienen fines diferentes, aunque tienen por objeto la misma realidad física. La seguridad jurídica del tráfico inmobiliario y del crédito territorial es una finalidad exclusiva del Registro; por otro lado, el catastro realiza una importante aportación al Registro ya que se encarga de aportar fehacientes descripciones de fincas y se garantiza la realidad física de la misma, su existencia, su ubicación y su identidad (8). Uno de los problemas iniciales es la diferencia conceptual del objeto que se regula en ellas, por un lado el Registro se ocupa de la finca registral, mientras que el catastro se dedica a la parcela catastral. Dos realidades diferentes con idéntico objeto, tanto si lo referimos a fincas rústicas como a urbanas (9). La Ley del Suelo

(8) CHINCHILLA RUEDA, R., «Influencia de la Ley Hipotecaria sobre la renovación del Derecho», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 392-393, 1961, pág. 257. Por otro lado, cita a JERÓNIMO GONZÁLEZ que señala: «el catastro, cumpliendo su fin esencial, declara que determinado predio existe, tiene realidad física, y cuáles son sus características de situación, medida superficial y linderos, y con estas mismas circunstancias físicas debe figurar inscrito en el Registro de la Propiedad». Por consiguiente, sigue diciendo CHINCHILLA RUEDA, cuando esa coincidencia en la identificación o individualización de la finca sea una realidad, podrá decirse con rigurosa exactitud que el Catastro ha reportado al Registro una utilidad efectiva. Sin embargo, esta coincidencia de identificación exacta es muy difícil en las inscripciones antiguas; solamente cuando se están incorporando al Registro las adquisiciones por cualquier título que requieren por imperativo legal la aportación de la certificación catastral, se está produciendo de hecho la plena identificación entre uno y otro. En las inscripciones antiguas de fincas rústicas con pequeña extensión no es tan fácil la identificación.

(9) Como ha explicado VÁZQUEZ ASEÑO, O., «Nuevo de colaboración entre el Catastro y el Registro», en *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 134, 2007, pág. 1028, la exigen-

de 2007 (BOE de 29 de mayo) trató de establecer las diferencias entre finca y parcela en su artículo 17, avanzando algunos de los problemas que pueden plantearse, estableciendo las diferencias entre ambas: *a)* Finca: la unidad de suelo o de edificación atribuida exclusiva y excluyentemente a un propietario o varios en proindiviso, que puede situarse en la rasante, en el vuelo o en el subsuelo. Cuando, conforme a la legislación hipotecaria, pueda abrir folio en el Registro de la Propiedad, tiene la consideración de finca registral. *b)* Parcela: la unidad de suelo, tanto en la rasante como en el vuelo o el subsuelo, que tenga atribuida edificabilidad y uso o solo uso urbanístico independiente (10).

1. DIFERENTES CONCEPTOS PARA UNA MISMA REALIDAD FÍSICA: FINCA Y PARCELA

A) *La importancia identificativa de la finca y su relación en el Registro de la Propiedad*

Algunos de los problemas que se pueden generar entre los propietarios colindantes, salvaguardando la seguridad jurídica, podrían ser evitados, en ocasiones, con una correcta identificación de la finca y la parcela, y es que no solo el titular tiene interés en una exacta identificación de las fincas, hay otras partes que mantienen intereses parecidos. Se pueden distinguir cuatro clasificaciones siguiendo a ARNÁIZ EGUREN: *a)* el interés que tiene el propietario como titular de la finca para tener plenas garantías sobre el derecho que sobre ella recae y para que pueda operar con plenas garantías en el tráfico jurídico (11); *b)* el interés que tienen los propietarios colindantes para evitar extralimitaciones de linderos y de superficies; *c)* el interés propio de la Administración ya que actúa en expedientes donde es necesario una perfecta identificación de las fincas; *d)* y por último el

cia de que coincidan o exista concordancia entre la figura de la finca registral y la parcela catastral, para permitir la inmatriculación no solo no es casi imposible de conseguir, si no que puede llegar a ser perjudicial en algunos casos porque puede conducir a forzar y desfigurar la realidad, con la consiguiente desnaturalización de la información territorial.

(10) No podemos remontarnos muy atrás para analizar los antecedentes de los Registros de la Propiedad (en este sentido el catastro y su finalidad fiscal tiene unos orígenes más antiguos). Posiblemente podamos afirmar que la justificación antigua de la existencia de los Registros esté en la propia existencia del sistema hipotecario. La funcionalidad de la hipoteca como tal la encontramos en la estructura agraria de la sociedad, que al necesitar crédito para su mejora y para la subsistencia derivada de las pobres cosechas, es necesario acudir al crédito concedido a través de los censos (fundamentalmente el censo consignativo), donde se iba a percibir una renta sobre los productos de la tierra. Cuando comienza una nueva organización jurídica derivada de otras realidades sociales, estos censos sobre tierras por largos años son sustituidos por otras formas de rentabilidad del capital, con una ejecución más segura, estamos hablando del nacimiento de la hipoteca como tal.

(11) Precisamente por esa finalidad de la seguridad jurídica, se da un paso más y recientemente se ha publicado el Real Decreto-ley 8/2011 (BOE, núm. 161, de 7 de julio de 2011), que contiene una serie de medidas registrales cuyo fin es garantizar y fortalecer la seguridad jurídica de los actos y negocios inmobiliarios por medio del Registro de la Propiedad. Esas medidas tienden a la protección preventiva y a la depuración a futuro de situaciones que se producen en la actualidad. Concretamente el Capítulo V, relativo a la Seguridad Jurídica en Materia Inmobiliaria, contiene unas medidas de modificación de la Ley del Suelo, evitando entre otros problemas la diferencia entre realidad y Registro.

interés de los terceros en el tráfico jurídico inmobiliario, donde les interesa la plena delimitación del derecho (12).

Los textos de historia jurídica se han encargado de darnos varios conceptos de finca dependiendo de la finalidad que se le otorgue. En sentido jurídico, tanto la tierra como el suelo y cada una de sus partes eran bienes inmuebles, ya que no tenían movilidad. Consecuencia de ello, los romanos se inclinaron por dos denominaciones: por un lado, la denominación romana *res* era utilizada para todo bien patrimonial; de otro y según su destino económico comenzó a utilizarse la expresión *praedium* o predio según el destino fuera rústico (*praedium rusticae*) o urbano (*praedia urbana*) (13). Pero ha sido en la institución registral donde el concepto de finca ha adquirido toda su importancia y ha desplegado los efectos propios de la publicidad registral y de la protección de los particulares. Se puede afirmar que la finca ha sido la base del sistema inmobiliario español, y han sido varias frases acuñadas a lo largo de la historia hipotecaria las que se han encargado de establecerlo: *la finca es la base del sistema, el Registro se lleva por fincas, el sistema español es un sistema de folio real, la finca es la unidad de cuenta o una finca un derecho* (14). Las frases anteriores son efectos del articulado de la Ley Hipotecaria de 1946, concretamente el artículo 243 establece: «*El Registro de la Propiedad se llevará abriendo uno particular a cada finca en el libro correspondiente. Todas las inscripciones, anotaciones y cancelaciones posteriores relativas a la misma finca se practicarán a continuación, sin dejar claros entre los asientos*». Esto ha llevado a que se afirme que nuestro Registro no es de personas o de titulares, no se inscriben a los propietarios de los inmuebles, estamos ante un Registro de fincas donde se sigue el sistema de folio real, ya que en los registros se abre una hoja o folio para cada finca. Como ha afirmado José Manuel GARCÍA GARCÍA esta llevanza del Registro por fincas, base del sistema de folio real, es una de las manifestaciones del principio de especialidad, que exige claridad en

(12) ARNAIZ EGUREN, R., «Aspectos registrales de la expropiación forzosa. Alcance y significado de los artículos 138 y siguientes de la Ley de Régimen del Suelo y ordenación Urbana, texto refundido de 9 de abril de 1976», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 610, 1992, pág. 1272 y sigs., y GARCÍA GARCÍA, J. M., «La finca como base del sistema inmobiliario», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 625, 1994, págs. 2478-2479. También la DGRN ha estado preocupada por este tema, como lo manifiesta en la citada Instrucción de 2 de marzo de 2000, de la DGRN, sobre implantación de la base cartográfica en los Registros de la Propiedad.

(13) SOLDEVILLA Y VILLAR, A., *Derecho Agrario*, vol. II, 1999, págs. 260-261. Además de estas denominaciones, el Derecho romano también se refería a la finca con otros nombres: la expresión *fundus* era referida para un concepto de finca menos estático que el de predio, y estaba dando por sentado una superficie dedicada al cultivo, delimitada y propiedad de un ciudadano romano; se trataría del antecedente primero del concepto de explotación siendo así que la finca no sería solo la unidad de superficie con edificios, sino también un *instrumentum fundi*, como un conjunto para el aprovechamiento normal y económico de la tierra. Como señala SOLDEVILLA Y VILLAR (pág. 262), la idea más dinámica del concepto de finca ha sido volcada a la historia jurídica con la denominación de *fundus instructus* para hacer referencia a todo un conjunto de instrumentos necesarios para la agricultura romana. Desde un punto de vista más neutro, el término *ager* venía a significar la tierra en sí por encima de su cultivo y atendiendo a su origen y a su dominio, según perteneciera al Estado o a los particulares.

(14) GARCÍA GARCÍA, J. M., «La finca como base del sistema inmobiliario», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 625, 1994, págs. 2438-2445.

el historial de los inmuebles (15). Con este sistema se tiene una historia completa de cada finca a través del folio registral y permite aplicar los principios registrales comunes, a saber el de tracto sucesivo, calificación, legitimación y fe pública. Por todo ello, el autor citado define a la finca registral como «un bien inmueble consistente en un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, con una titularidad unitaria y objeto de tráfico como unidad, y por ello susceptible de abrir folio registral, conforme al principio de especialidad» (16).

El artículo 8 de la vigente Ley Hipotecaria al establecer que: «Cada finca tendrá, desde que se inscriba por primera vez, un número diferente y correlativo. Las inscripciones que se refieran a una misma finca tendrán otra numeración correlativa y especial», corrobora lo establecido más arriba, y continúa en el párrafo tercero con una clasificación de los aspectos que serán inscritos bajo una sola finca (17). Adopta el Reglamento Hipotecario, en opinión de alguna

(15) En todo caso, como ha manifestado ARRIETA SEVILLA, L. J., «La transformación del Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 718, 2010, «para que exista un control eficaz de las descripciones es necesario también contar con una fuente de información ajena a los datos registrales». Por ello entiende este autor que es necesario que el Registro se apoye en un sistema de información gráfico que forme parte como un elemento esencial para el examen de las descripciones de fincas que van a inmatricularse. El mismo autor cita el llamado sistema Torrens o el Registro alemán y suizo como auténticos Registros de Fincas, precisando que en el sistema Torrens Title, se produce la incorporación de un mapa geodésico elaborado por el Registrador en colaboración con técnicos de topografía, en el que se da certeza de la existencia de la finca y de sus características fácticas, y de esta forma el Registrador acredita el derecho real que tiene acceso al Registro y lo convierte en inatacable porque se deriva de un título emitido por el Estado.

(16) Como características propias de la finca registral se citan: A) La finca es un bien inmueble, y aunque puede decirse que existen bienes inmuebles que no son fincas, tanto las partes integrantes como las pertenencias forman parte de la finca. B) La finca es un espacio suficientemente delimitado y es susceptible de aprovechamiento independiente. C) La finca ha de tener una titularidad unitaria, con ello se quiere indicar que puede pertenecer tanto a un solo propietario como a varios propietarios en proindiviso. D) Para que la finca sea tal, ha de ser objeto de tráfico como unidad, ello significa que aparece en el tráfico inmobiliario como una unidad frente a terceros, aunque en el contrato se hayan contemplado varias fincas bajo una unidad superior. E) La finca debe ser susceptible de abrir folio registral conforme al principio de especialidad. DIEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral*, Tecnos, 2002, págs. 226-230, también señala esta característica fundamental del principio de especialidad, hasta el punto de denominar al Registro de la Propiedad «como una institución o registro público de publicidad inmobiliaria». Se inclinan estos autores por definir a la finca en sentido registral como «todo lo que abre folio en el Registro», y es lo que apoya el artículo 243 de la Ley Hipotecaria al establecer que el Registro se llevará abriendo uno particular a cada finca.

(17) A estos efectos hay que tener en cuenta el artículo 44 del Reglamento Hipotecario de 14 de febrero de 1947, ya que establecen los aspectos que serán inscritos bajo un solo número continuando de esta forma con el concepto de sistema de folio real para la determinación del Registro y la importancia de la finca como tal: «Se inscribirán bajo un solo número, si los interesados lo solicitaren, considerándose como una sola finca con arreglo al artículo 8 de la Ley y para los efectos que el mismo expresa, siempre que pertenezca a un solo dueño o a varios proindiviso: «1. Las rústicas y los solares colindantes, aunque no tengan edificación alguna y las urbanas que físicamente constituyan un solo edificio. 2. Los cortijos, haciendas, labores, masías, dehesas, cercados, torres, caseríos, granjas, lugares, casales, cabañas y otras propiedades análogas que formen un cuerpo de bienes dependientes o unidos como uno o más edificios y una o varias piezas de terreno, con arbolado o sin él, aunque no linden entre

doctrina, el concepto de finca funcional según el destino económico y agrario que está llamado a cumplir. En parecido sentido se ha manifestado algún autor, contraponiendo la finca registral a las fincas materiales y funcionales, siendo así que la finca registral se considera en un concepto formal «como es la de figurar una cosa o un derecho inmueble como objeto de un folio registral». Por otro lado está el concepto de finca material, definida como un trozo de superficie terrestre cerrado por una línea poligonal perteneciente a un solo propietario o a varios proindiviso. Y por último la finca funcional que se centra en la finalidad social y económica aludiendo a los supuestos en los que aparece la finca como una unidad económica indivisible (18).

B) *Parcela catastral: armonizar sus definiciones*

Para aclarar los problemas que se generan debemos fijar también el concepto de parcela que establece el catastro, y es que la finca registral, como hemos comprobado, es un concepto que puede ser analizado desde diferentes puntos de vista, destacando el aspecto funcional y material; la idea o concepto de parcela catastral es radicalmente diferente, aunque puede generar problemas de confusión, ya que se basa en un concepto físico, material y geográfico, pero no jurídico (19). Por consiguiente, la parcela es equivalente a una porción de

sí ni con el edificio, y con tal de que en este caso haya unidad orgánica de explotación. 3. Las explotaciones agrícolas, aunque no tengan casa de labor y estén constituidas por predios no colindantes, siempre que formen una unidad orgánica y las explotaciones familiares agrarias».

(18) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Derecho Inmobiliario Registral*, 1984, pág. 65. En el mismo sentido se manifiesta GARCÍA GARCÍA, J. M., «La finca como base del sistema inmobiliario», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 625, 1994, pág. 2220. Sin embargo este autor señala los diferentes problemas que se pueden plantear como consecuencia de la clasificación realizada, por ejemplo, la configuración de la llamada finca material como un trozo de terreno no deja ver todos los supuestos posibles de finca, ya que no siempre es un trozo de tierra. Por otro lado, SOLDEVILLA I VILLAR, A., *op. cit.*, pág. 264, señala que en este caso el Reglamento Hipotecario se ha orientado por un concepto funcional de finca, siguiendo así el punto de vista agrarista que viene a representar frente a la materialidad catastral el destino económico que un conjunto orgánico está llamado a cumplir desde el aspecto económico y jurídico. En el mismo sentido se manifestó DE LOS MOZOS y DE LOS MOZOS, J. L., *Adiciones al Derecho Civil Español Común y Foral*, tomo I, vol. II, Madrid, 1977, pág. 611, donde señala como este nuevo concepto de finca materializa los nuevos aspectos que hay que tener en cuenta como la clase de cultivo y que la convierten en un bien de circulación controlado por el tráfico jurídico.

(19) Por lo que respecta a su etimología, la palabra catastro, se hace derivar en algunos casos del griego «ratastrizo», que significa distinguir por puntos; en otras ocasiones, y parece ser opinión más aceptada, se acepta su procedencia del latín *capistratum*, en el sentido de cabida o de capacidad, referido a la tierra. Bien es cierto que de aquí se derivó la palabra *catastrum*, de la cual se derivan ya las denominaciones que tiene en la mayoría de los países que adoptan este sistema de registro de inmuebles. FERNÁNDEZ DE QUINCOCES BENJUMEA, M., «El Catastro y las Comunidades Autónomas», en *Catastro*, núm. 5, 1990, pág. 36, y RUSSINESS TORREGROSA, «La reforma de los catastros», en *La valoración fiscal y la seguridad del contribuyente, XXXV Semana de Estudios de Derecho Tributario*, 1990, pág. 37, IEF, Madrid. La historia del catastro se puede remontar a los egipcios y caldeos, que idearon un sistema para describir y valorar las propiedades y de esta forma poder fijar los impuestos. El historiador Herodoto relata en sus obras que Alejandro Magno encargó a su hermano Artafernes que midiera las tierras conquistadas en Asia Menor; y

terreno que está naturalmente dividido; forman parte de un polígono catastral que es otra unidad de medida valorativa a efectos fiscales pero no jurídicos (20).

En el plano internacional no existen definiciones uniformes sobre la parcela catastral, por ello viene definida en muchos países no solo por los datos físicos del terreno, sino también por el derecho de propiedad que uno o varios individuos ejercen sobre esa parte del terreno. De todas formas, esta doctrina también aboga por que existan procesos de armonización y estandarización de los sistemas catastrales para que no existan diferencias sustanciales respecto a los derechos que pueden ser reconocidos e identificados por la parcela. Nuestro sistema catastral no permite esta identificación, ya que una cuestión es el reconocimiento jurídico de derechos establecido por la inscripción y publicidad del Registro de la Propiedad, y otra diferente la identificación catastral de los inmuebles a efectos fiscales que viene recogida por el catastro (21). La dificultad en la uniformidad de la definición de parcela catastral también está manifiesta en los países europeos (22).

que estableciera los resultados de tal medición en unos registros y así poder determinar la contribución que debían pagar los habitantes en proporción a sus tierras. Pero fue en Roma donde comenzó el auténtico desarrollo del catastro; Servio Tulio vino a establecer un registro de bienes que se renovaría cada cinco años, y esta labor fue posteriormente desarrollada por Julio César, Diocleciano y Augusto, que ordenó confeccionar un Catastro General del Imperio Romano, y que una vez realizado fue posteriormente actualizado y utilizado en la Galia y después en toda la Europa de entonces. FERNÁNDEZ DE QUINCOCES BENJUMEA, M., «El Catastro y las Comunidades Autónomas», en *Catastro*, núm. 5, 1988, págs. 36-37.

(20) SOLDEVILLA Y VILLAR, A., *Derecho Agrario*, vol. II, Valladolid, 1992, pág. 266.

(21) VELASCO MARTIN-VARÉS, A., «La importancia de llamarse parcela catastral», en *Revista Catastro*, 2009, págs. 7-23. Naciones Unidas a través de *Working Party on Land Administration* recoge la siguiente definición de parcela catastral: «*un área de terreno individual, o más concretamente de un volumen de espacio, sujeta a derechos reales de propiedad y titularidad única*»; el *Land Administration Domain Model* define la parcela catastral: «*un área de terreno individual, o más concretamente de un volumen de espacio, sujeta a derechos reales de propiedad homogéneos o a relaciones socialmente aceptadas de tenencia de la tierra*»; el Proyecto EULIS (*European Land Information System*) que tiene por objeto permitir el acceso, vía internet, a datos de catastro y registro en los países europeos y al que pertenecen actualmente 19 países, define la parcela catastral como: «*una pieza de terreno que constituye parte o toda una unidad registral (entendiendo por unidad registral la unidad registrada en un único título o escritura en el Registro de la Propiedad)*»; la Directiva 2007/2/CE, del Parlamento y del Consejo, por la que establece una Infraestructura de Información Espacial en la Comunidad Europea (INSPIRE) define la parcela como «*áreas definidas en los registros catastrales o sus equivalentes*».

(22) VELASCO MARTIN-VARÉS, A., *op. cit.*, págs. 17-18. La dificultad en la uniformidad de la definición de parcela catastral también está manifiesta en los países europeos. Mientras que en los Países Bajos el catastro y el registro están fusionados (Kadaster) se identifica al titular de un derecho que impacta sobre el objeto sobre el que ejerce este derecho, que es definido como parcela catastral; en Alemania y Austria la parcela es una unidad sobre la que se relacionan geográficamente unidades únicas de tierra. En Francia, por otro lado, el catastro y el registro están unidos, pero el catastro registra dos tipos de áreas, las parcelas definidas como áreas individuales de superficie de la tierra, sujeta a derechos reales de propiedad homogéneos, y las subparcelas, que son divisiones de las parcelas por usos y propósitos fiscales. El Reino Unido e Irlanda no tienen un catastro como el latino, los registradores toman los datos de los mapas y solo se registran los datos físicos sobre el terreno, siguiendo la definición de la Directiva INSPIRE. En los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Suecia) se recoge y define la unidad básica de propiedad que puede tener varias

La parcela catastral se ha convertido, según hemos visto, en el concepto fundamental del catastro europeo y español. La Ley del Catastro (Ley 48/2002, de 23 de diciembre, del Catastro Inmobiliario) modificada por el Real Decreto 417/2006, de 7 de abril, por el que se desarrolla el Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, deja caer todo el peso del catastro en la parcela catastral mediante su referencia que se convierte así en la «piedra angular» de la función de colaboración en el reforzamiento de la seguridad jurídica y de la seguridad del tráfico inmobiliario, ya que se trata que la referencia, mediante su código alfanumérico, actúe como identificador de un inmueble concreto y señalado por todas sus características físicas y jurídicas. Por tanto, mediante la cartografía y la referencia catastral se formará una cartografía parcelaria que representará gráficamente los bienes inmuebles a efectos de describir claramente esa porción de terreno, con las consecuencias y repercusiones jurídicas que pueda tener, fundamentalmente las de enlace con las escrituras públicas y con el Registro de la Propiedad (23). La DGRN en la Instrucción de 2 de marzo de 2000 acordó que la referencia catastral será el elemento principal para la localización e identificación gráfica de la finca, considerándose identificada cuando los datos de situación, denominación y superficie coincidan con los del título y en su caso con los del Registro, o cuando existan diferencias que no sean superiores al 10 por 100, siempre que no existan dudas fundadas sobre la identidad de la finca derivadas de otros datos de descripción.

Por ello, para garantizar esa función, la cartografía definirá, entre otras características, la forma, dimensiones y situación de los diferentes bienes inmuebles susceptibles de inscribirse en el catastro inmobiliario, para ello contendrá además de los polígonos catastrales, las parcelas o porciones de suelo que delimitan los bienes inmuebles, y en su caso las subparcelas o porciones de sus diferentes cultivos o aprovechamientos; así es como al artículo 34 del Proyecto de Ley de Catastro Inmobiliario definió a la parcela catastral, sin referencias a las repercusiones jurídicas que pudiera tener pero con clara vocación de coordinación entre catastro y Registro de la Propiedad (24).

parcelas identificadas sobre el terreno, existiendo diferencias nacionales en cuanto a los derechos reconocidos por las unidades básicas de propiedad. Por último, en los países de la Europa del Este, la principal unidad del sistema catastral es la parcela que viene definida de forma general como la pieza de terreno delimitada por lindes topográficas.

(23) MIRANDA HITA, J. S., «La Ley del Catastro Inmobiliario, I», en *Revista Catastro*, 2003, págs. 20-23. Otros autores (VÁZQUEZ ASEÑO y GÓMEZ PERALS, 2008, pág. 1340) consideran que se trata de una idea errónea, porque de una sugerencia legal de coordinación entre Registro y Catastro, se ha pasado a una exigencia de identidad forzosa entre la finca registral y la parcela catastral, que no por deseable deja de ser prácticamente imposible.

(24) Han sido varias las razones que se esgrimieron para la formación de un catastro, expuestas durante la redacción de la Ley de Catastro de 1906: a) Desde el punto de vista fiscal, porque nos daría a conocer la riqueza imponible y las personas que deben satisfacer los impuestos. *«De tal forma que un país con un catastro completo podrá aumentar sus ingresos, rebajando sin embargo la cuota contributiva, porque entonces conocerá todas las propiedades que existen en el país, haciendo imposible la ocultación de la riqueza, viniendo por consiguiente a tributar todos en proporción a su riqueza»*. b) Desde un punto de vista jurídico, porque daría a conocer exactamente todas las propiedades evitando muchos pleitos entre propietarios colindantes. c) Desde el económico, facilitaría las transacciones de mayor valor e importancia de la propiedad, ya que al tener perfectamente delimitadas sus propiedades en un título que contenga todas las características del inmueble, vendría a tener las ventajas propias de un título al portador. Se han ocupado más ampliamente del tema

2. CONSECUENCIAS Y PROBLEMAS QUE TIENEN ORIGEN EN LA IDENTIFICACIÓN DE FINCA Y PARCELA

La Ley del Suelo de 2007 vino a establecer diferencias entre la finca y la parcela, y trataba de dar solución en el artículo 17 a algunos de los problemas que se pueden plantear. De forma concreta señala las diferencias entre una y otra: a) Finca: la unidad de suelo o de edificación atribuida exclusiva y excluyentemente a un propietario o varios en proindiviso, que puede situarse en la rasante, en el vuelo o en el subsuelo. Cuando, conforme a la legislación hipotecaria, pueda abrir folio en el Registro de la Propiedad, tiene la consideración de finca registral. b) Parcela: la unidad de suelo, tanto en la rasante como en el vuelo o el subsuelo, que tenga atribuida edificabilidad y uso o solo uso urbanístico independiente. De todas formas el que exista una inexactitud entre la finca registral y la realidad extrarregistral o con los datos catastrales, no va a afectar nunca al derecho de propiedad de la finca, como ha manifestado la doctrina cuando se rectifica la medida superficial que manifiesta el asiento no se está pretendiendo ampliar la finca, que no será posible, sino dar una delimitación exacta a la misma (25).

Como ha señalado Óscar Germán VÁZQUEZ ASENJO, las diferencias esenciales que se dan entre los dos conceptos, que pueden traer algunas consecuencias, se resumen de la siguiente forma: 1. Apariencia física: mientras que la parcela catastral es la representación gráfica de la riqueza territorial, la finca registral es la porción de territorio delimitada por el dominio de una o varias personas. 2. Universalidad: no existe para el Registro la universalidad de la inscripción, ya que esta es voluntaria para cada propietario y siempre habrá propiedades que no estén registradas, mientras que el catastro tiene la necesidad de ser universal. 3. Actualidad: el catastro necesita actualización cada cierto tiempo para guardar coherencia territorial, ya que un catastro desactualizado sería inútil, no ocurre igual con el Registro que siempre producirá sus efectos independientemente del grado de actualización. 4. Necesidad: el catastro siempre actúa de manera necesaria, de oficio, sin embargo la existencia de la finca registral no es necesaria, su actuación es rogada. 5. Técnica descriptiva: la parcela catastral siempre describe al inmueble, tratando de precisar un perímetro geográfico con bastante exactitud, la rigidez es la nota propia de la descripción de las parcelas catastrales ya que es objeto de su representación es objetivo no es interpretable y se puede reflejar con bastante exactitud; sin embargo la finca registral lo que identifica es el dominio del inmueble, tratando de que esté situado en el territorio, sin necesidad que sus linderos sean exactos, aunque sí es deseable. 6. Carácter público de su finalidad: mientras que el Registro obedece a un interés social de que se de fe de los derechos reales que existen sobre la finca registral, el catastro que también obedece a un interés social, ese interés es mas público que privado, es la Administración publica la que está interesada porque el catastro se exacto. 7. Valor de la titularidad: así como el catastro al otorgar una titularidad está otorgando una serie de derechos y obligaciones jurídicas de tipo administrativo y fiscal, el Registro lo que hace es declarar la titularidad dominical de una finca registral y

FERRER RODRÍGUEZ, A. y CRUZ VILLALÓN, M., «La historia del catastro de Rústica en España», en *El catastro en España*, vol. II (de 1906 a la Actualidad). CGCCT. Ministerio de Economía y Hacienda, 1990, pág. 34 y sigs., Madrid.

(25) En este sentido se manifiestan LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil: III bis. Derecho Inmobiliario Registral*, 2001, pág. 68, Dykinson.

lo hace con efectos frente a terceros, de tal forma que sus declaraciones prevalecen frente a las que no están inscritas; por ello la confianza que proporciona el Registro en las transacciones inmobiliarias que el catastro no concede (26).

Los problemas, como hemos señalado anteriormente, no se han derivado solo de las diferentes características conceptuales entre finca registral y parcela catastral, hay otros que se producen en la práctica y que ocasionan las diferencias identificativas entre ambas instituciones: ejemplo de ello es la división o segregación de una finca para dar lugar a dos o más diferentes, que solo es posible si cada una de las resultantes reúne las características exigidas por la legislación aplicable y la ordenación territorial y urbanística. Esta regla es también aplicable a la enajenación, sin división ni segregación, de participaciones indivisas a las que se atribuya el derecho de utilización exclusiva de porción o porciones concretas de la finca, así como a la constitución de asociaciones o sociedades en las que la cualidad de socio incorpore dicho derecho de utilización exclusiva. En la autorización de escrituras de segregación o división de fincas, los notarios exigirán, para su testimonio, la acreditación documental de la conformidad, aprobación o autorización administrativa a que esté sujeta, en su caso, la división o segregación conforme a la legislación que le sea aplicable. El cumplimiento de este requisito será exigido por los registradores para practicar la correspondiente inscripción (27).

(26) Cfr. VÁZQUEZ ASENJO, O. G., «Diferencias esenciales entre la finca registral y la parcela catastral», 2009, www.notariosyregistradores.com/doctrina/articulos/2009-finca-parcela.htm.

(27) Siguiendo a SÁNCHEZ CALERO, F. J., y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *Manual de Derecho Inmobiliario*, 2006, la finca puede experimentar modificaciones jurídicas o en su titularidad, y físicas o en su objetividad. Estas últimas pueden ser de los siguientes tipos: 1. Agrupación: La agrupación es la operación por la que dos o más fincas inscritas, se reúnen para formar en adelante una sola. La finca total resultante se inscribirá en folio distinto y bajo número diferente, haciéndose constar en la inscripción la procedencia de las fincas agrupadas. Correlativamente, las fincas que se agrupan quedan extinguidas y sus hojas registrales cerradas. 2. Agregación: La agregación consiste en la incorporación a una finca inscrita de otra, cuya hoja registral se cierra, o de una parcela que se segrega de otra finca, también inscrita. Lo esencial de esta operación es que la porción segregada o la finca que se una no midan más de la quinta parte de la extensión de la finca a que se incorporen (art. 48.1 RH). Si exceden de esa medida, deberá formarse finca nueva, como si se tratase de una agrupación ordinaria. La inscripción correspondiente se practicará en el folio de la finca mayor, sin alterar su numeración, pero expresándose en ella la nueva descripción resultante y la procedencia de las unidades, con las cargas que las afecten. 3. Segregación: Es la separación de parte de una finca inmatriculada para formar una nueva. Se trata de una operación registral indispensable siempre que se enajene o grave solo parte de una finca inscrita. Por la segregación no se extingue la finca matriz, cuyo resto sigue inscrito. Al margen de su inscripción de propiedad se hará constar la segregación efectuada, así como la descripción de la porción restante de dicha finca matriz o, por lo menos, la modificación experimentada en la extensión superficial y en el lindero o linderos por donde la segregación se haya efectuado. 4. División: Es aquella operación en cuya virtud la totalidad de una finca, al dividirse, desaparece y da lugar al nacimiento de dos o más fincas nuevas, que son las resultantes de la división. A consecuencia de la división, la finca matriz se extingue; al margen de su inscripción de propiedad se hace constar la división efectuada, y su hoja registral queda cerrada. Cada una de las porciones resultantes de la división se inscribirán como fincas nuevas y bajo número diferente. 5. Diferencias de medida. El exceso de cabida: Las diferencias de medida es otro caso de discordancia entre la realidad y el Registro, discordancia que se produce cuando en la inscripción se hace constar una extensión superficial de

También se ha discutido en la práctica registral y catastral el tema de las modificaciones en cada una de las dos instituciones. La Ley de Economía Sostenible trata de resolver este problema mediante la modificación del artículo 18 de la Ley de Catastro Inmobiliario, con los procedimientos de subsanación de discrepancias y rectificación. Sin embargo, aunque posteriormente nos referiremos a este procedimiento como base de las modificaciones, debemos manifestar que sigue teniendo bastante rigidez la adaptación del registro y catastro a la realidad física (28). Y es que en algunas ocasiones la solución catastral sería bastante fácil: bastaría una simple visita de campo por técnicos competentes de la institución catastral para comprobar sobre el terreno la discrepancia que podría subsanarse con el levantamiento de un acta en ese mismo momento. Una vez planteada la subsanación de la discrepancia, sería fácil (por los procedimientos previstos) el otorgamiento del documento público correspondiente que pudiera actualizar el dato contenido en el Registro de la Propiedad, previa la calificación registral que dote de seguridad jurídica al acto en cuestión. Es cierto que se requerirá presupuestos más elevados para contar con estos procedimientos de ejecución rápida, pero también lo es que si se quiere conseguir que dos instituciones que están llamadas a tener una correspondencia para salvaguardar jurídicamente determinados derechos de carácter inmobiliario, y es preciso fijar estos ajustes al objeto de conseguir la finalidad perseguida (29).

la finca mayor o menor de la que realmente tiene, bien por error en la medición o bien a propósito. Ahora bien, con la modificación de la cabida de la finca, para hacerla coincidir con la realidad, no se pretende una alteración de la configuración superficial de la finca, delimitada por sus linderos, y sí únicamente rectificar el error sufrido al expresar su cabida. El supuesto contrario, de rectificar en más la medida superficial de una finca, en la legislación hipotecaria recibe la denominación de «exceso de cabida», y puede provocar consecuencias perjudiciales para los titulares de las fincas colindantes, como puede ser, por ejemplo, el intento de alterar los linderos de la finca con el fin de preparar la invasión de otra vecina. Por esta razón, el ingreso en el Registro de los excesos de cabida solo puede producirse a través de los procedimientos previstos por la Ley. Con carácter general, el artículo 200 LH admite la posibilidad de hacer constar en el Registro la mayor cabida de fincas ya inscritas, mediante el expediente de dominio, el acta de notoriedad y el título público de adquisición a que se refiere el artículo 205 de la Ley. Estos procedimientos, en su aplicación general, sirven para inscribir fincas por primera vez en el Registro (inmatriculación).

(28) Como ha manifestado MIRANDA HITA, J., «La Ley del Catastro Inmobiliario, I», en *Revista Catastro*, julio de 2003, «al servicio de este objetivo instrumental de calidad del dato catastral, la LCI consagra dos principios: el derecho de los titulares catastrales a que, la información catastral sea fiel reflejo de la realidad —se les reconoce el derecho de rectificación de las eventuales discrepancias— y el llamamiento a todas las Administraciones públicas y a los fedatarios públicos para que colaboren en el proceso de permanente puesta al día de la información inmobiliario-catastral». Por ello califica a la LCI como una norma con un elevado grado de ambición y un importante reto de modernización el que está planteando.

(29) En la actualidad, una discrepancia catastral, fácilmente comprobable sobre el terreno, puede tener dificultades de modificación registral si el titular beneficiado, solo a efectos catastrales, por la discrepancia manifiesta su negativa a la modificación. Y es que el catastro sigue protegiendo por encima de todo al titular catastral, aunque existan claras discrepancias con la realidad. En estos casos el catastro no modifica el error si no existe una autorización expresa del titular erróneo. En caso contrario caben dos posibilidades, o seguir el procedimiento de expediente de dominio o acta de notoriedad ante el notario, o acudir a la vía judicial con procedimientos de deslinde de propiedades. Esto es precisamente lo que ha tratado de conseguir, como hemos dicho más arriba, los artículos 50 a 53 de la Ley

Pero la rectificación de los datos de los documentos notariales no podemos decir que ha estado exenta de atención legislativa; el artículo 171 del Reglamento Notarial establecía que el notario podrá rectificar la descripción de los inmuebles si los datos contenidos en los títulos están equivocados. El Real Decreto 45/2007, le dio una nueva redacción al artículo 171, fijando unos límites muy precisos para las modificaciones a realizar. En palabras de IBIZA GARCÍA-JUNCO: «partiendo de que es el catastro el que refleja con mayor exactitud la realidad de los bienes inmuebles, se condicionaba al notario a rectificar los contenidos, ya que tenía que instar a la Administración a la realización de las modificaciones oportunas». Esta reforma, que daba supremacía al catastro, se vio modificada por la sentencia TS de 20 de mayo de 2008, que deroga el nuevo artículo 171 del Reglamento Notarial, y es que se producía una modificación de la realidad física de las fincas por unos procedimientos establecidos legalmente y que no podían ser modificados por vía reglamentaria, así por ejemplo el artículo 208 de la Ley Hipotecaria o el artículo 53 de la citada Ley 13/1996, donde los recurrentes argumentaron que el peligro de la norma ahora derogada «no es que pretendiera derogar tales regímenes, sino que podría utilizarse para deducir que, respecto de las alteraciones encubiertas de la realidad física de la finca, el Registrador deba aceptarlas obligatoriamente por su consignación en documento público» (30).

Y es que el problema de las diferencias que se producen puede solucionarse con unas bases gráficas registrales que conducirían los procedimientos de rectificación con unos mayores criterios de corrección y coherencia, como ha manifestado Mario GÓMEZ PERALS (31). El procedimiento, a juicio de este autor, consistiría en levantar una base gráfica territorial que trate de coincidir de forma plena con la finca del registro y que al ser la traducción de la descripción alfanumérica de la finca haría innecesaria la certificación descriptiva del catastro. La justificación de la certificación catastral ha sido argumentada sobre la base de contar con la mejor cartografía oficial que pueda ser incorporada en el procedimiento de la inmatriculación de fincas, pero hoy este argumento hay que considerarlo histórico, porque como establece el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, la inscripción en el Registro puede ser completada con la identificación de la finca mediante la incorporación al título inscribible de una base gráfica o mediante su definición topográfica con arreglo a un sistema de coordenadas geográficas referido a las redes nacionales geodésicas, y deja la base gráfica catastral como de posible utilización solo acompañando al título y para su posible incorporación a soportes informáticos. De todo ello resulta que

13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, unido a la utilización por los Registros de la Propiedad de la base gráfica catastral, según ordena el artículo 398.b) del Reglamento Hipotecario, han supuesto un gran paso en la coordinación del catastro con el Registro de la Propiedad. Como ha manifestado SÁNCHEZ CALERO, F. J. y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *Manual de Derecho Inmobiliario*, 2006, pág. 12, «aquella Ley ha constituido una de las modificaciones más importantes de la institución registral, ya que a partir de su entrada en vigor (1 de enero de 1997), los datos físicos de las fincas registrales han de coincidir con los que en el catastro tengan asignados dichas fincas, y el número de la referencia catastral atribuido a cada finca permite su identificación en un plano».

(30) IBIZA GARCÍA-JUNCO, A. M., «La referencia catastral y los certificados descriptivos y gráficos. Dos aportaciones del catastro al tráfico jurídico inmobiliario», en *Revista Catastro*, diciembre de 2008, pág. 47.

(31) GÓMEZ PERALS, M., «Fincas registrales y bases gráficas», en *Revista Jurídica de Canarias*, núm. 16, 2010. Y TOL 1.791.254

aunque inicialmente la cartografía catastral fue en un primer momento la única existente y por consiguiente de utilización generalizada, hoy y ante la existencia de otras bases gráficas georreferenciadas no puede considerarse como la auténtica base de referencia, mas aun cuando se está consolidando una cartografía oficial de tipo registral y levantada para justificar el dominio inmobiliario, y que aunque no descarte el apoyo del catastro, no se debe confundir con esta nueva base gráfica catastral (32).

IV. CONCLUSIONES Y POSIBILIDADES DE SOLUCIÓN, SEGÚN LAS NUEVAS PROPUESTAS SOBRE LA MATERIA EN LA LEY 2/2011 DE ECONOMÍA SOSTENIBLE

Tratar de hacer coincidir plenamente finca registral y parcela catastral, será imposible por mucho que exista coincidencia de extensión, linderos, parajes, etc., entre la finca y la parcela, puesto que no se trata de realidades homogéneas, de la misma forma será difícil una coincidencia plena entre catastro y Registro. Sin embargo, tratando de buscar una mayor coordinación entre las dos instituciones y como consecuencia de todo lo analizado en los apartados anteriores, manteniendo la salvaguarda jurídica en los Registros de la Propiedad Inmobiliaria, se publica la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, que aborda, entre otros aspectos, como establece en su preámbulo, la reforma de la actividad catastral tratando de mejorar su coordinación con el Registro de la Propiedad, a la vez que ha introducido algunas disposiciones en cuanto a los procedimientos de subsanación de discrepancias y errores entre Catastro y Registro:

- a) El Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, referente al contenido de la descripción catastral de los bienes inmuebles, ha sido modificado por la Ley de Economía Sostenible. La redacción anterior establecía que en la descripción catastral de los bienes inmuebles se comprenderán sus características físicas, económicas y jurídicas, entre las que se encontrarán la localización y la referencia catastral, la superficie, el uso, la clase de cultivo o aprovechamiento, la representación gráfica, el valor catastral y el titular catastral. Estos datos, establecía el artículo 3, a los solos efectos catastrales y sin perjuicio del Registro de la Propiedad se presumen ciertos. La Ley de Economía Sostenible ha modificado algunos aspectos de la anterior redacción: manteniendo en el mismo sentido la descripción de los inmuebles, ha añadido dos datos, la calidad de las construcciones y el número de identificación fiscal del titular catastral. Pero donde aparece la más importante modificación ha sido en el tercer inciso del artículo 3 en el nuevo texto, ya que se ha suprimido la expresión «a los solos efectos

(32) En este sentido se manifiestan VÁZQUEZ ASENJO, O., y GÓMEZ PERALS, M., «Aplicación de la teoría de las bases gráficas al procedimiento para inmatricular del artículo 206 de la Ley Hipotecaria», en *RCDI*, núm. 707, pág. 1336, 2008, cuando establecen, al referirse a la certificación catastral descriptiva y gráfica en la inscripción de los bienes inmuebles, que es la georreferenciación jurídica del dominio inmobiliario de las propiedades, solo es posible verificar a través del Registro de la Propiedad ya que es único medio de demostración científico-jurídica de la exacta ubicación de las fincas a inmatricular, y el catastro no ofrece ningún tipo de aportación al dominio inmobiliario.

catastrales», manteniendo la prevalencia de los pronunciamientos jurídicos del Registro de la Propiedad sobre lo contenido en el catastro y la certeza de los datos del catastro en cuanto a la descripción de los inmuebles (33). Ya lo señalaba, en los supuestos en que no sea posible la identificación cartográfica de una finca, la Instrucción de 2 de marzo de 2000 de la DGRN, que al no haber coincidencia con la representación gráfica de la misma, podrá procederse al otorgamiento documental correspondiente pero anotándose la manifestación de los otorgantes sobre la falta de identificación. En todo caso la falta de identificación tampoco es un problema para la inscripción y la seguridad jurídica puesto que la propia Instrucción citada deja claro que esa falta de identificación gráfica de las fincas registrales no será, en ningún caso por sí sola, un defecto que impida la posibilidad de inscripción en el Registro, sentido que viene a recoger la Ley 2/2011 cuando establece en el modificado artículo 48 de la Ley de Catastro que las discrepancias en la referencia catastral no afectarán a la validez de la inscripción.

- b) La Ley de Catastro Inmobiliario ha sido modificada en cuanto al elemento identificador de la referencia catastral, contenido en el artículo 6 de la Ley catastral. Así como la Ley de Catastro establecía que se le asignará a cada inmueble como elemento identificador una referencia catastral, la Ley de Economía Sostenible añade que esta identificación deberá figurar en todos los documentos que reflejen relaciones de naturaleza económica o con trascendencia tributaria vinculadas al inmueble. Por consiguiente cualquier acto o contrato que contenga como objeto del mismo un inmueble de naturaleza urbana o rústica deberá ser identificado con su correspondiente referencia catastral.
- c) La nueva disposición legal modifica los párrafos a) y c) del artículo 14 de la Ley de Catastro Inmobiliario. Se trata, en nuestra opinión, junto con lo modificado en el artículo 18, de una importante modificación introducida por la nueva norma. En el artículo 14 de la Ley de Catastro se establecía el procedimiento de incorporación de datos mediante comunicaciones, lo que hace el nuevo artículo 14 con la modificación introducida es ampliar el concepto de lo que considera comunicaciones, ampliándolo ya que no considera comunicación solo a las que hacen los notarios y registradores de la propiedad en cuanto a los documentos por ellos autorizados o inscritos y cuyo contenido suponga exclusivamente la adquisición o consolidación de la propiedad de la totalidad del in-

(33) VÁZQUEZ ASENJO, O. G., «Papel de los operadores jurídicos en la coordinación entre el Registro y el Catastro», 2009, www.notariosyregistradores.com/cortos/2009/36-operadoresjuridicos.htm, viene a hacer una propuesta en cuanto a los tipos de expedientes que pueden existir en función de la competencia del operador jurídico afectado. Así recoge las siguientes clases de expedientes: 1. Un expediente de regularización catastral, que resolvería los problemas relativos a la coherencia de las parcelas catastrales con respecto a la apariencia del territorio y que sería resuelto por el catastro, sin necesidad de contar con el consentimiento de los ciudadanos afectados. 2. Un expediente de regularización registral, resolvería problemas de coherencia de las bases gráficas registrales con respecto a la descripción alfanumérica, y en los que el titular registral afectado deberá acudir al Notario y al Registrador para modificar dichas bases gráficas. 3. Expedientes de coordinación entre el Registro y el Catastro, que tratará de resolver los problemas de coincidencia entre las bases gráficas registrales que están validadas y las parcelas catastrales actualizadas.

mueble, sino que también considera comunicación la información que deben remitir los notarios y que esté referida a la segregación, división, agrupación o agregación de los bienes inmuebles siempre que conste la referencia catastral de los inmuebles afectados y que se aporte el plano donde se permita identificar esas alteraciones. Igualmente constituyen comunicación al catastro los supuestos de concentración parcelaria, deslinde administrativo, expropiación forzosa y los de planeamiento y de gestión urbanística; en todos estos casos cuando esas actuaciones hayan sido inscritas en el Registro de la Propiedad, esa información será objeto de comunicación al catastro por parte del Registro de la Propiedad (34).

- d) El artículo 18 de la Ley de Catastro resulta ampliamente modificado y ampliado por la Ley de Economía Sostenible. En principio, modifica la denominación del artículo, pasando a añadir al procedimiento no solo la subsanación de discrepancias sino también la rectificación de datos. Para ello después de mantener que el procedimiento de subsanación de discrepancias se iniciará por un acuerdo del órgano competente cuando la Administración tenga conocimiento de la falta de concordancia entre la descripción catastral de los bienes inmuebles y la realidad inmobiliaria, se le concede un plazo de quince días a los interesados para que formulen las alegaciones que estimen convenientes. De todas formas si no existen terceros afectados por el procedimiento, se podrá iniciar de forma directa con la notificación de la propuesta de resolución (35).

(34) Hubo dos normas que modificaron ampliamente el sistema de coordinación del Registro y del Catastro, la Ley 13/1996, ya citada, y el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre. Como ha manifestado JIMÉNEZ CLAR, el sistema implantado por estas dos normas se basa en la identificación física de la finca mediante su referencia catastral y el proceso de coordinación se lleva a cabo en dos fases: en la primera se determina la correspondencia entre la referencia catastral y la finca descrita en el título; en un segundo momento la referencia catastral se traslada al asiento de la finca en el Registro de la Propiedad. De esta forma, la norma establece un sistema de conexión entre el Catastro y el Registro de la Propiedad mediante la referencia catastral. El artículo 53 de la Ley 13/96 señala que la constancia de la referencia catastral en los asientos del Registro de la Propiedad tendrá por objeto el cumplimiento de los fines de esta Ley y posibilitar el trasvase de la información entre el Registro y el Catastro. Pero la modificación más importante venía establecida en la Disposición Transitoria Segunda del Real Decreto, relativa a la Inmatriculación de fincas e inscripción de los excesos de cabida, puesto que permitía que durante el año siguiente de la entrada en vigor fuera posible practicar dichas anotaciones registrales en base a los títulos otorgados anteriormente. En el mismo sentido, JIMÉNEZ CLAR, A., *La función de la información catastral en el tráfico jurídico inmobiliario*, Tirant, TOL 363.769, 2004, págs. 19-22. Como dice JIMÉNEZ CLAR, la referencia catastral es el elemento identificador de las fincas en el catastro. El artículo 2.2 de la Ley 48/2002, de 23 de diciembre, del Catastro Inmobiliario, establece que a cada bien inmueble se le asignará como identificador una referencia catastral, constituida por un código alfanumérico que permite situarlo inequívocamente en la cartografía oficial del catastro. Un amplio análisis de la coordinación catastro-registro y de las funciones del Registro de la Propiedad lo encontramos en CORRAL DUEÑAS, F., «La ordenación del territorio y el Registro de la Propiedad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 528, 1978, págs. 936-941.

(35) En la redacción anterior, el catastro podía rectificar de oficio la información contenida en sus bases de datos catastrales en cuanto sea necesario para las correcciones de superficie, así como para reflejar los cambios en la cartografía y que tengan por finalidad mantener la adecuada concordancia entre el catastro y la realidad. Esto supone problemas de orden técnico, ya que las modificaciones de oficio pueden dar lugar a excesos o reducciones

La modificación fundamental que se ha producido ha sido el añadido de un segundo párrafo del artículo 18 y que está dirigido fundamentalmente a los notarios y a los registradores. En resumen establece que con ocasión de la autorización de un hecho, acto o negocio de un documento público podrán subsanarse las discrepancias relativas a la configuración o superficie de la parcela, de acuerdo con el procedimiento establecido. Pero debe quedar claro que lo que se recoge en este artículo es un procedimiento de subsanación de discrepancias ante el catastro y no es un procedimiento para modificaciones en el Registro de la Propiedad, donde habrá que acudir a los requisitos y procedimientos jurídicos establecidos al efecto en la legislación registral (36): 1. El notario ante el que se formalicen los correspondientes hechos, actos o negocios jurídicos, debe solicitar de los otorgantes que le manifiesten si la descripción de la certificación catastral se corresponde con la realidad física en la fecha del otorgamiento del documento público. 2. En el caso de que los otorgantes le manifiesten la identidad entre la realidad física y la certificación del catastro, el notario describirá el inmueble de acuerdo con la citada certificación y hará constar la conformidad de los otorgantes. En caso de que exista un título anterior que se deba rectificar, los nuevos datos se consignarán con los que ya aparecieran en aquel. 3. En el supuesto de que los otorgantes le manifiesten que existe discrepancia entre la realidad física y la certificación catastral, el notario tendrá que solicitar que se acredite esa discrepancia por cualquier medio de prueba admitido en derecho. Una vez comprobada la certeza de la discrepancia y que no existe perjuicio alguno para los terceros colindantes, incorporará la nueva descripción del bien inmueble en el mismo documento público o en otro posterior autorizado a ese solo efecto, e informará al catastro de

de cabida no reflejados posteriormente en el Registro de la Propiedad, y que conseguirán el efecto de una permanente discordancia entre los datos físicos de la finca que constan en el Registro y los datos catastrales.

(36) El artículo 298.3 RH (modificado por RD 1867/1998, de 4 de septiembre) desarrolla el artículo 200 LH, y reconoce como procedimientos para inmatricular los excesos de cabida de las fincas ya inscritas, siempre que el Registrador no tenga dudas fundadas sobre la identidad de la finca, los siguientes: *a)* El título público de adquisición, siempre que se acredite la previa adquisición de la finca por el transmitente con la mayor cabida resultante por los mismos medios que los de inmatriculación por título público, se exprese la referencia catastral y se incorpore o acompañe certificación catastral, descriptiva y gráfica, que permita la perfecta identificación de la finca y de su exceso de cabida, y de la que resulte que la finca se encuentra catastrada a favor del titular inscrito o del adquirente; *b)* Mediante título traslativo o no traslativo podrán inscribirse los excesos de cabida acreditados con certificación catastral o, cuando fueran inferiores a la quinta parte de la cabida inscrita, con el certificado o informe de técnico competente, en los términos previstos en el artículo 53.8 de la Ley de 30 de diciembre de 1996, que permitan la perfecta identificación de la finca y de su exceso de cabida. Este procedimiento de rectificación de la cabida será admisible siempre que pueda deducirse de forma directa la identidad de la finca de la certificación catastral descriptiva y gráfica de dicha finca y de la descripción que de ella conste en el Registro; *c)* En virtud de expediente de dominio conforme a lo previsto en la LH y en el RH; *d)* A través del acta de presencia y notoriedad regulada en el artículo 53.10 de la Ley de 30 de diciembre de 1996; *e)* También podrán inscribirse en el Registro, como rectificación de superficie, los excesos de cabida que no excedan de la vigésima parte de la cabida inscrita mediante su simple constancia en el documento inscribible.

la modificación realizada por medios telemáticos, y una vez validada se incorporará a los datos catastrales (37). 4. En los casos en los que no se obtenga el consentimiento para subsanar la discrepancia o cuando esta discrepancia no estuviera lo suficientemente acreditada, el notario dejará constancia de ella en el documento público e informará por medios telemáticos de su existencia al catastro para que se inicie el procedimiento oportuno. Esa descripción de la configuración y superficie del inmueble conforme a la certificación catastral descriptiva y gráfica actualizada se incorporará en los asientos de las fincas ya inscritas en el Registro de la Propiedad (38). 5. Por otro lado, la Ley de Economía Sostenible introduce un procedimiento de rectificación de oficio, ya que la Dirección General del Catastro podrá rectificar de oficio la información contenida en la base de datos catastral en cuanto sea necesario para efectuar las correcciones de superficie dentro de un margen de tolerancia técnica que deberá ser definido reglamentariamente.

- e) Las demás modificaciones realizadas por la Ley de Economía Sostenible en el Texto Refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, se han desarrollado en el sentido de modificar algunos aspectos de la cartografía catastral con el objeto de facilitar la utilización de la base cartográfica para la identificación de las fincas en el Registro de la Propiedad.
- f) El artículo 36 de la Ley de Catastro Inmobiliario, también ha sido modificado en cuanto al deber de colaboración, disponiendo que las administraciones públicas, los fedatarios públicos y todas aquellas personas que ejerzan funciones públicas están obligados a suministrar al catastro inmobiliario los datos y antecedentes relevantes para formar un catastro más exacto y adaptado a la realidad física. Por ello los Notarios y Registradores de la Propiedad deben remitir telemáticamente

(37) VÁZQUEZ ASEÑO, O. G., «Análisis crítico de la reforma catastral hecha en la Ley de Economía Sostenible (parte 1)», 2001, www.notariosyregistradores.com/doctrina/2011-catastro-analisiscritico.htm, cree técnicamente criticable el artículo 18 de la reforma, ya que aunque el notario podrá solicitar de los otorgantes que le manifiesten si la descripción de la certificación catastral es reflejo de la realidad física, «sería muy útil que la intervención notarial en el momento del otorgamiento de cualquier título si actuase, el notario, a modo de delegado de catastro para corregir y actualizar la parcela catastral». Su actuación se limitaría a realizar un análisis espacial, pudiendo requerir a los otorgantes del título una descripción coherente de la finca. Respecto a los plazos que regían anteriormente han sido analizados por REBOLLO GARCÍA DE LA BARGA, R., «La reforma del Reglamento Hipotecario y el Catastro», en *Revista Catastro*, abril de 1999, pág. 15-21, concluye que el artículo 51 del Reglamento Hipotecario considera la base gráfica del catastro para la descripción e identificación de las fincas como uno de los medios preferentes para la lograr una mayor seguridad jurídica del tráfico inmobiliario.

(38) OJEDA ESCOBAR, A., «Notariado y Catastro Inmobiliario», en *Revista Catastro*, diciembre de 2009, págs. 28-30, realiza una labor de clasificación de las funciones que el catastro está llamado a cumplir en el futuro en coordinación con el Registro de la Propiedad, y por ello no se puede olvidar que el futuro escenario del catastro como un archivo que contenga algunos datos jurídicos, siempre suministrados por el Registro, no se debe menospreciar, de la misma manera que el catastro funcionaría como una base activa de valores reales inmobiliarios y será el soporte de las relaciones económicas que estarán girando en torno a la propiedad inmobiliaria; pero en definitiva el catastro funcionará como base de la seguridad jurídica preventiva suministrada siempre por el Registro, por ello concluye que «hay que definir un nuevo sistema de seguridad jurídica preventiva inmobiliaria; y eso solo podrá conseguirse con rigor en la autorización jurídica de los cambios y con seguridad en la descripción física final».

- te al catastro en el plazo de los veinte primeros días de cada mes la información relativa a los documentos por ellos autorizados y en los que consten datos que deban ser incorporados a bases catastrales (39).
- g) Por último, modifica el artículo 48 de la Ley de Catastro Inmobiliario, relativo a la constancia registral de la referencia catastral. Después de afirmar que la referencia catastral en los asientos del Registro tiene por objeto posibilitar el trasvase de información entre ambas instituciones, señala que el registrador una vez que ha calificado la documentación recogerá en el asiento, como uno más de los datos descriptivos de la finca, la referencia catastral que se le atribuya por los otorgantes en documento que se vaya a inscribir.

Por todo, después de la publicación de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, el Registro de la Propiedad sigue siendo la institución que salvaguarda la seguridad jurídica de los derechos que están incorporados sobre los inmuebles que han accedido al Registro y el Catastro continúa siendo un poderoso inventario de toda la riqueza inmobiliaria. Por lo que respecta a la subsanación de las diferencias entre Registro y Catastro, la reforma introducida por la Ley 2/2011 continua dejando la prevalencia de los pronunciamientos jurídicos del Registro.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ARNÁIZ EGUREN, R.: «Aspectos registrales de la expropiación forzosa. Alcance y significado de los artículos 138 y siguientes de la Ley de Régimen del Suelo y ordenación Urbana. Texto Refundido de 9 de abril de 1976», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 610, 1992.
- ARRIETA SEVILLA, L. J.: «La transformación del Registro de la Propiedad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 718, 2010.
- CHINCHILLA RUEDA, R.: «Influencia de la Ley Hipotecaria sobre la renovación del Derecho», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 392-393, 1961.
- CORRAL DUEÑAS, F.: «La ordenación del territorio y el Registro de la Propiedad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 528, 1978.

(39) alguna doctrina se pregunta si es defecto la no incorporación del certificado catastral, en el sentido de que no se pueda autorizar el documento. El artículo 44 del Texto Refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario es claro en este sentido, afirmando que la falta de aportación de la referencia catastral en el plazo establecido no suspenderá la tramitación del procedimiento, ni va a impedir que los notarios autoricen el documento ni va a afectar a su eficacia, ni va a impedir la práctica de los asientos correspondientes en el Registro de la Propiedad. DELGADO RAMOS, J., *Calificación y actuación registral en materia de bases gráficas tras la entrada en vigor de la reforma de la Ley de Catastro por la ley de economía sostenible*, 2011, www.notariosyregistradores.com/personal/propiedad/articulos/2011, se muestra bastante partidario de la reforma de la Ley de Catastro, ya que si conforme a la Ley Hipotecaria solo cabe inscribir en virtud de documento público y este debe incorporar la certificación descriptiva y gráfica y los otorgantes de la escritura pública deben expresar si esa base gráfica es correcta, se puede afirmar que la aportación de la base gráfica de la finca es obligatoria para los documentos que reflejen transmisiones o constitución de un derecho de propiedad o cualquier otro real con facultades posesorias, y esto supone el cumplimiento de un objetivo estratégico para el Registro de la Propiedad para la mejora de la seguridad jurídica y para el perfeccionamiento del Catastro, del Registro y de la coordinación entre los dos.

- DELGADO RAMOS, J.: *Calificación y actuación registral en materia de bases gráficas tras la entrada en vigor de la reforma de la Ley de Catastro por la ley de economía sostenible*, 2011, www.notariosyregistradores.com/personal/propiedad/articulos.
- DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L.: *Adiciones al Derecho Civil Español Común y Foral*, tomo I, vol. II, Madrid, 1977.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil, Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral*, Tecnos, 2002.
- FERNÁNDEZ DE QUINCOCES BENJUMEA, M.: «El Catastro y las Comunidades Autónomas», en *Catastro*, núm. 5, 1990.
- FERRER RODRÍGUEZ, A., y CRUZ VILLALÓN, M.: «La historia del catastro de rústica en España», en *El catastro en España*, vol. II (de 1906 a la Actualidad). CGCCT. Ministerio de Economía y Hacienda, 1990, Madrid.
- GÓMEZ GÁLIGO, F. J., y DEL POZO CARRASCOSA, P.: *Lecciones de Derecho Hipotecario*, Marcial Pons, 2006.
- GARCÍA GARCÍA, J. M.: «La finca como base del sistema inmobiliario», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 625, 1994.
- GÓMEZ PERALS, M., y VÁZQUEZ ASENJO, O.: «Aplicación de la teoría de las bases gráficas al procedimiento inmatriculador del artículo 206 de la Ley Hipotecaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 707, 2008.
- GÓMEZ PERALS, M.: «Fincas registrales y bases gráficas», en *Revista Jurídica de Canarias*, núm. 16, 2010, y TOL 1.791.254.
- IBIZA GARCÍA-JUNCO, A. M.: «La referencia catastral y los certificados descriptivos y gráficos. Dos aportaciones del catastro al tráfico jurídico inmobiliario», en *Revista Catastro*, diciembre de 2008.
- JIMÉNEZ CLAR, A.: *La función de la información catastral en el tráfico jurídico inmobiliario*, Tirant, TOL 363.769, 2004.
- LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA: *Derecho Inmobiliario Registral*, 1984.
- MIRANDA HITA, J. S.: «La Ley del Catastro Inmobiliario, I», en *Revista Catastro*, 2003.
- MORENO PEÑA, J. L.: «Los Registros de la Propiedad como fuente de información geográfica», en *Revista Eria*, 1993.
- OJEDA ESCOBAR, A.: «Notariado y Catastro Inmobiliario», en *Revista Catastro*, diciembre de 2009.
- REBOLLO GARCÍA DE LA BARGA, R.: «La reforma del Reglamento Hipotecario y el catastro», en *Revista Catastro*, abril de 1999.
- RUSSINESS TORREGROSA: «La reforma de los catastros», en *La valoración fiscal y la seguridad del contribuyente*, XXXV Semana de Estudios de Derecho Tributario, 1990.
- SÁNCHEZ CALERO, F. J., y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B.: *Manual de Derecho Inmobiliario*, 2006, TOL 951.998.
- SOLDEVILLA Y VILLAR, A.: *Derecho Agrario*, vol. II, 1999.
- VÁZQUEZ ASENJO, O. G.: «Nuevo marco de colaboración entre el Catastro y el Registro», en *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 134, 2007.
- «Diferencias esenciales entre la finca registral y la parcela catastral», 2009, www.notariosyregistradores.com/doctrina/articulos/2009-finca-parcela.htm.
- «Papel de los operadores jurídicos en la coordinación entre el Registro y el Catastro», 2009, www.notariosyregistradores.com/cortos/2009/36-operadores-juridicos.htm.
- «Análisis crítico de la reforma catastral hecha en la Ley de Economía Sostenible (parte I)», 2001, www.notariosyregistradores.com/doctrina/2011-catastro-analisiscritico.htm.

VELASCO MARTÍN-VARÉS, A.: «La importancia de llamarse parcela catastral», en *Revista Catastro*, 2009.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

1. Sentencias del Tribunal Supremo:
 - a) Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de mayo de 2008.
 - b) Sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de marzo de 1948.
 - c) Sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2001.
 - d) Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de febrero de 2003.
 - e) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 25 de septiembre de 2007.
2. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado:
 - a) Resolución de la DGRN, de 19 de abril de 2011.
 - b) Resolución de la DGRN, de 1 de febrero de 2010.
 - c) Resolución de la DGRN, de 19 de mayo de 2005.
 - d) Resolución de la DGRN, de 1 de julio de 2006.
 - e) Resolución de la DGRN, de 19 de febrero de 2008.

RESUMEN

**REGISTRO DE LA PROPIEDAD.
CATASTRO
INMUEBLES. FINCA REGISTRAL.
PARCELA CATASTRAL**

Los problemas y consecuencias jurídicas derivadas de la errónea identificación de fincas registrales y de parcelas catastrales son frecuentes en la generalidad de los países. Las fincas suelen estar deficientemente identificadas en muchos casos, ya que la delimitación y linderos establecidos en el Registro no coinciden con los límites territoriales actuales consecuencia, en la mayoría de los casos, de los precisos métodos de medición actuales y de la aplicación de procedimientos de identificación por satélite. Las parcelas catastrales, en otras ocasiones, no están claramente identificadas en cuanto a la titularidad del bien, ello origina discrepancias entre registro y catastro que derivan en procedimientos de rectificación catastral y registral.

ABSTRACT

**PROPERTY REGISTRY. CADASTRE
PROPERTY. LAND REGISTRATION.
CADASTRAL PARCEL**

The problems and legal consequences of the erroneous identification of property registration and cadastral plots are common in most of the countries. Farms are often poorly identified in many cases because the definition and boundaries set in the registry do not match the current territorial boundaries result, in most cases, the precise current measurement methods and application procedures satellite identification. The land parcels in the past, not clearly identified as to ownership of the property, this results in discrepancies between registry and cadastre procedures that result in cadastral and registration correction.

1.4. Sucesiones

*VOCACIÓN HEREDITARIA, PERSONALIDAD Y CRIATURAS ABORTIVAS:
LA REFORMA DEL ARTÍCULO 30 DEL CÓDIGO CIVIL E INCIDENCIA
DE LA ELIMINACIÓN DEL REQUISITO DE LA VIABILIDAD
EN EL RÉGIMEN DE LA CAPACIDAD DE SUCEDER
POR TESTAMENTO O ABINTESTATO*

por

MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ
Profesora Contratada Doctora
Departamento de Derecho Civil de la UNED

SUMARIO: I. CAPACIDAD PARA SUCEDER Y FENÓMENO SUCESORIO: LA SUPERVIVENCIA DEL LLAMADO AL CAUSANTE Y LAS INCAPACIDADES ABSOLUTAS: 1. PRESUPUESTOS BÁSICOS PARA LA DELACIÓN: LA SUBSISTENCIA O SUPERVIVENCIA DEL HEREDERO AL CAUSANTE Y LA INCAPACIDAD ABSOLUTA PARA SUCEDER. 2. LA FALTA DE ADQUISICIÓN DE LA PERSONALIDAD COMO CAUSA EXCLUYENTE DE CAPACIDAD DE SUCEDER: REQUISITOS Y REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 30 DEL CÓDIGO CIVIL.—II. LA DELACIÓN CONDICIONAL O EL CASO DE LOS *CONCEPTURUS* COMO EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DEL LLAMAMIENTO A QUIENES EXISTAN EN EL MOMENTO DEL FALLECIMIENTO DEL TESTADOR.—III. LA INCAPACIDAD ABSOLUTA DE SUCEDER DE LAS CRIATURAS ABORTIVAS: 1. LA DOCTRINA DE LA DGRN SOBRE LA VIABILIDAD PROPIA, IMPROPIA Y LEGAL, PREVIA A LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 30 DEL CÓDIGO CIVIL. 2. LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE HUELVA, DE 14 DE JUNIO DE 2010, Y FETO DE NUEVE MESES DE GESTACIÓN QUE MUERE CINCO MINUTOS DESPUÉS DE SER EXTRAÍDO MEDIANTE CESÁREA DE SU MADRE AGONIZANTE TRAS ACCIDENTE DE CIRCULACIÓN: BAREMOS DE TRÁFICO. 3. LOS DESEQUILIBRIOS EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO, LA VIABILIDAD Y PRESTACIÓN POR PATERNIDAD: FINALIDAD Y DERECHO A LA CONCESIÓN INDEPENDIENTEMENTE DE LA VIABILIDAD DEL ANTIGUO ARTÍCULO 30.—IV. DEL FALLECIMIENTO Y LA PRESUNCIÓN DE CONMORIENCIA EN EL DERECHO DE SUCESIONES: APUNTES JURISPRUDENCIALES: 1. LA PRESUNCIÓN DE COMORIENCIA Y LAS CONSECUENCIAS DE LA RUPTURA DE ESTE PRINCIPIO SOBRE LOS DERECHOS SUCESORIOS. 2. LA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA SOBRE LA COMORIENCIA, CONMORIENCIA, SU AUSENCIA EN EL DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA Y LA BÚSQUEDA DE LA VOLUNTAD DEL TESTADOR: LA APELACIÓN A LA COMORIENCIA SIRVE PARA REFERIRSE A LA MUERTE SIMULTÁNEA Y/O SUCESIVA.—V. REFLEXIONES CONCLUSIVAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CAPACIDAD PARA SUCEDER Y FENÓMENO SUCESORIO: LA SUPERVIVENCIA DEL LLAMADO AL CAUSANTE Y LAS INCAPACIDADES ABSOLUTAS

1. PRESUPUESTOS BÁSICOS PARA LA DELACIÓN: LA SUBSISTENCIA O SUPERVIVENCIA DEL HEREDERO AL CAUSANTE Y LA INCAPACIDAD ABSOLUTA PARA SUCEDER

Producida la apertura de la sucesión —sea por muerte o declaración de fallecimiento del causante— y vacantes sus relaciones jurídicas, corresponde,

de conformidad al tradicional entendimiento del fenómeno sucesorio, el llamamiento efectivo o vocación hereditaria al que seguirá, en su caso, la delación u ofrecimiento. Esta etapa es el momento donde el heredero habrá de aceptar o renunciar, cerrándose el proceso con la adquisición de las titularidades susceptibles de transmisión por parte de quien o quienes ocupen el lugar del *de cuius* (1).

En cuanto al problema principal que nos ocupa, conviene tener presente los dos presupuestos básicos para la delación, referidos, uno, a la existencia jurídica del heredero y, otro, a su subsistencia para que dicha delación pueda tener lugar. De modo que, en buena lógica, la titularidad del derecho de suceder, testamentifacción pasiva o por llamamiento, exige la subsistencia o supervivencia del heredero en el momento de la apertura de la sucesión. Es decir, para que dicha vocación sea efectiva, el llamado no puede haber premuerto al causante (2).

En este sentido, el Código establece en el Libro tercero, *De los diferentes modos de adquirir la propiedad*. Título III, *De las sucesiones*. Capítulo II, *De la herencia*, su Sección primera, *De la capacidad para suceder por testamento y sin él*, dos causas que hacen radicalmente incapaz de suceder a los consignados en el artículo 745. Dice el precepto: «son incapaces de suceder: 1.º Las criaturas abortivas, entendiéndose por tales las que no reúnan las circunstancias expresadas en el artículo 30. 2.º Las asociaciones o corporaciones no permitidas por la Ley» (3).

(1) Vid., fundadamente, LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, VII, *Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2011, 7.ª ed., y bibliografía allí citada; Díez-PICAZO, y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, «Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones», Madrid, 2004, 9.ª ed., pág. 308 y sigs., LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil*, V, *Derecho de Sucesiones*, Bosch editor, Barcelona, 1988, reimpresión de 1992, pág. 43 y sigs.; ROCA SASTRE, *Derecho de Sucesiones*, I, Barcelona, 1995, 2.ª ed., pág. 387 y sigs.

(2) Vid., las apreciaciones de SANCHO REBULLIDA, «Comentario a los artículos 744 a 751 del Código Civil», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Díez-PICAZO PONCE Y DE LEÓN, BERCOVITZ, SALVADOR CODERCH (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1848 a 1856, y DÍAZ ALABART, «Comentarios a los artículos 752 a 762 del Código Civil», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ, SALVADOR CODERCH (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1755 a 1759; TRUJILLO Díez (actualizados por MARÍN LÓPEZ), «Comentarios a la Sección primera: *De la capacidad para suceder por testamento y sin él*», en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), Aranzadi-Thompson, Madrid, 2009, 3.ª ed., págs. 902 a 920.

(3) La Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra en su Libro II, *De las donaciones y sucesiones*, Título primero: *Principios fundamentales*, declara: Ley 153. *Capacidad para adquirir* Pueden adquirir a título lucrativo, *inter vivos* o *mortis causa*, todas las personas sin más prohibiciones que las siguientes: 1) Las personas que hayan intervenido para la formalización del acto. 2) Los tutores respecto a sus pupilos, de conformidad con lo dispuesto para el testamento en el artículo 753 del Código Civil. 3) Las personas incapaces para suceder por las causas previstas en el artículo 756 del Código Civil, salvo que se pruebe que el disponente conocía la causa al tiempo de ordenar la liberalidad. Por su parte, la Ley 154. *Disposiciones a favor del nasciturus*. Las disposiciones a título lucrativo, por actos *inter vivos* o *mortis causa*, pueden hacerse a favor del concebido, e incluso a favor de los hijos aún no concebidos de persona determinada que viva al tiempo de la donación o al de la muerte del testador. Cuando se trate de disposiciones por actos *inter vivos*, y salvo lo establecido por el donante, la administración de los bienes donados corresponde al mismo donante o a sus herederos. Los frutos producidos antes del nacimiento del donatario se reservan a este, si la donación se hiciere a favor del ya concebido; si se hiciere a favor del no concebido, los frutos se reservan al donante, o a sus herederos, hasta el momento del nacimiento del donatario. Los herederos del donante que administraren o percibieren los frutos podrán ser obligados a constituir

Por tanto, de una parte, las incapacidades de suceder atañen tanto a la designación del heredero en testamento como a la que se produzca *abintestato* y, de otra, nos tendremos que detener en dicho artículo para dotar de contenido a la incapacidad absoluta, por ausencia de eficaz existencia jurídica, de las criaturas abortivas (4).

2. LA FALTA DE ADQUISICIÓN DE LA PERSONALIDAD COMO CAUSA EXCLUYENTE DE CAPACIDAD DE SUCEDER: REQUISITOS Y REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 30 DEL CÓDIGO CIVIL

Corresponde ahora constatar las condiciones que la ley exige para la adquisición de la personalidad jurídica que, hasta la entrada en vigor de la nueva redacción del artículo 30 del Código Civil —dada por la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil y que, por lo que se refiere a este precepto, derogó esta redacción y entró en vigor el nuevo artículo al día siguiente de su publicación en el *BOE* del 22 de julio de 2011— este decía: «Para los efectos civiles, solo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno».

Por su parte y de conformidad a la Disposición Final tercera de la nueva Ley del Registro Civil, los términos siguientes del mencionado artículo 30 del Código Civil pasan a ser los siguientes: «La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno».

De lo recién transcrito se infiere que, al amparo de la recién derogada redacción, como *prius* se exigía el lógico nacimiento con vida en el alumbramiento, privándose de personalidad a los fetos que no superasen el parto, ni a los que, anteriormente, en algún momento de la gestación, hubiesen dejado de existir. En buena lógica, no habiendo adquirido personalidad jurídica ni capacidad, les estaba vedada la posibilidad de adquirir o transmitir derecho hereditario, como también lo estaban las criaturas que no alcanzasen las veinticuatro horas de vida extrauterina (5).

garantía suficiente. La aceptación de estas disposiciones y la defensa de los intereses de los hijos, en cuanto a los bienes objeto de la liberalidad, se regirán por lo dispuesto en las leyes 63 y 65 (para su glosa y comentario, vid., NAGORE YÁRNOZ, «Comentarios a la Sección: Capítulo segundo. De las formas del testamento», Tomo XXXVII-1.º *Leyes 148 a 252 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra*, Edersa, Madrid, 1998).

(4) En cuanto al Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, declara en esta materia: «Capítulo II. Capacidad e indignidad para suceder. Artículo 325. Capacidad sucesoria de las personas físicas. 1. Tienen capacidad sucesoria todas las personas nacidas o concebidas al tiempo de la apertura de la sucesión y que sobrevivan al causante. No obstante, en la sucesión voluntaria puede disponerse a favor de los hijos aún no concebidos de persona determinada viva al tiempo de la apertura de la sucesión. 2. Salvo prueba en contrario, se presumirá concebido al tiempo de la apertura de la sucesión el que nazca antes de los trescientos días siguientes al fallecimiento del causante. 3. Si el causante ha expresado en debida forma su voluntad de fecundación asistida *post mortem* con su material reproductor, los hijos así nacidos se considerarán concebidos al tiempo de la apertura de la sucesión siempre que se cumplan los requisitos que la legislación sobre esas técnicas de reproducción establece para determinar la filiación. Artículo 326. Llamamientos a favor de no nacidos. La herencia deferida a favor de un todavía no nacido, esté concebido o no, se pondrá en administración, con sujeción a las reglas de la herencia bajo condición suspensiva».

(5) La Ley 10/2008, de 10 de julio, aprueba el libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, deroga el Derecho catalán que ya había sido codificado en

Esa viabilidad o aptitud para seguir viviendo, según el fundado juicio del Profesor ALBALADEJO: «no es requisito que nuestro Derecho exija para conceder personalidad al nacido. Este, aun no siendo viable, puede vivir más de veinticuatro horas; lo mismo que, siendo perfectamente viable, puede morir antes, por un accidente, por ejemplo. El plazo de las veinticuatro horas no se exige con la pretensión de que —con desprecio al ser humano— no haya más persona que las que el Derecho positivo admita, y siempre que se reúnan los requisitos que él establece, sino porque parece lo más conveniente para las necesidades de la práctica, según las entendió nuestra tradición jurídica» (6).

Empero, desde antiguo ya se habían alzado voces cuestionando, tanto la finalidad de dicho requisito, como su propia utilidad. En 1844 publicaban Francisco PACHECO, FERNÁNDEZ BAEZA y FERNÁNDEZ DE LA RÚA, sobre dicho mandato subsistente en la por entonces vigente Novísima Recopilación, lo siguiente: «Señalando, pues, el término de veinte y cuatro horas como requisito indispensable para ganar legitimidad acontecerá fácilmente que los hijos de verdadero matrimonio pierdan la herencia de sus padres, porque la casualidad de un mal parto, las enfermedades con que pueden nacer u otras mil causas hagan que sean pocas las horas de su existencia. Verdad es que muriendo estos hijos, les es personalmente indiferente la adquisición de la herencia paterna, pero tras ellos está la madre, que como heredera legítima hubiera de ganarla, con mejor derecho sin duda que otros parientes lejanos a quienes pasará por la muerte prematura de su hijo (...) Consistiendo, pues, la pérdida de los derechos hereditarios en la vida del hijo por veinte y cuatro horas, ¿quién puede desconocer que la ambición de una fortuna considerable, puede arrastrar a los interesados en ella, hasta el punto de privar de vida al heredero (...) Hijos habrá, que, nacidos de un aborto, vivan más de veinte y cuatro horas, y otros que concebidos en tiempo legítima y venidos al mundo en tiempo regular espiren (*sic*) antes de cumplirse aquel término perentorio; por manera que sin peligro de errar puede asegurarse que este requisito es absolutamente inútil para el fin que la ley se propone» (7).

En resumidas cuentas, otras serán las críticas que se podrán imputar a la nueva redacción del artículo 30, pero no la de no poner término, cuando menos, a las expuestas, al eliminar el controvertido requisito de la viabilidad. Tan es así que, en líneas posteriores, tendremos ocasión de considerar como las hipótesis alegadas por la doctrina decimonónica para ilustrar las contradicciones del requi-

este ámbito, y lo cierto es que, en general, no introduce instituciones nuevas, perfecciona las existentes. En particular, en su Preámbulo, se señala que «el título I del libro cuarto, que contiene las disposiciones generales de la sucesión por causa de muerte, mantiene sustancialmente el derecho vigente con alguna modificación técnica y sistemática. Las variantes sistemáticas más remarcables (...) la inclusión en el capítulo sobre capacidad sucesoria, como supuestos de inhabilidad, de las prohibiciones de disponer que establecía el artículo 147 del Código de Sucesiones, y la reordenación del régimen de la indignidad sucesoria, que se trata conjuntamente con el de la inhabilidad para suceder...». En particular, el Capítulo II. *La capacidad sucesoria* Artículo 412-1. *Personas físicas*. 1. Tienen capacidad para suceder todas las personas que en el momento de la apertura de la sucesión ya hayan nacido o hayan sido concebidas y que sobrevivan al causante. 2. Los hijos que nazcan en virtud de una fecundación asistida practicada de acuerdo con la ley después de la muerte de uno de los progenitores tienen capacidad para suceder al progenitor premuerto. Apréciase que exclusivamente decía que ya hayan nacido, sin ulteriores consideraciones.

(6) *Derecho Civil, I. Introducción y parte general*, vol. 1. *Introducción y Derecho de la persona*, Barcelona, 1989, 11.ª ed., págs. 218 y 219.

(7) *Boletín de Jurisprudencia y Legislación*, III, Madrid, 1844, págs. 23-24.

sito de la viabilidad del recién nacido, han llegado a materializarse en supuestos ventilados en vía judicial. En este sentido, téngase en cuenta que, al no concurrir el mencionado presupuesto de la viabilidad, y consecuentemente no adquirir el nacido personalidad jurídica, en estos asuntos controvertidos, no se produjo ni la adquisición ni la transmisión de derechos hereditarios.

II. LA DELACIÓN CONDICIONAL O EL CASO DE LOS *CONCEPTURUS* COMO EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DEL LLAMAMIENTO A QUIENES EXISTAN EN EL MOMENTO DEL FALLECIMIENTO DEL TESTADOR

El inexorable presupuesto de la subsistencia o supervivencia del heredero al causante, presenta, sin embargo, el recurso a ciertas instituciones que permiten, con todo, sortearlo. Es el momento de recordar el contenido del artículo 781 del Código Civil que declara: «Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto *siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador*» (8).

Aquella apelación a los grados es tanto como referirse al llamamiento, por lo que el primer llamamiento o grado es el que el testador hace en favor del primer sustituto, resultando posibles dos sustituciones que implican tres llamamientos. Para disipar controversias, los llamamientos sucesivos «en favor de personas que viven al morir el testador, porque la simultaneidad de sus vidas significa que no se va a prolongar demasiado la vinculación en que quedan los bienes afectados por la sustitución» (9).

El principio de autonomía de la voluntad en el ámbito testamentario, autoriza la sustitución en la que, en términos generales están involucrados, con ciertos matices, tres sujetos distintos, a saber: el *heredero o fiduciario*, quien sucede en primer lugar a su *causante o fideicomitente* y el *fideicomisario* que recibirá el patrimonio fideicomitado tras el fiduciario. Adicionalmente, esta libertad del testador se amplía hasta el extremo de que dicha sustitución puede configurarse como pura o desprovista de elementos accidentales o, como es el caso, a subordinar el llamamiento a la concurrencia o no de un suceso futuro o incierto. En particular, «el testador o donante vincula los bienes de que dispone en favor de una persona, a otra u otras, para el caso de que la primera no tenga hijos en el momento de su óbito, sea porque nunca los hubo, sea porque le premurieron. Con esto trata, unas veces de conseguir que los bienes no salgan de la familia, y otras, además, de hacer posible que el patrimonio se conserve unido en poder un solo heredero» (10).

(8) Para su estudio, vid., ALBALADEJO GARCÍA, «Comentario a la Sección 3.^a, artículos 774 al 789», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ, SALVADOR CODERCH, (Dir.), *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1915 a 1938.

(9) DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV. *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2004, 9.^a ed., pág. 376. También ALONSO MARTÍNEZ, según las bases de DURÁN Y BAS, Base A: «Las sustituciones fideicomisarias se permitirán hasta el segundo grado, y siempre si se hicieren a favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador». Base 16: «Materia de las reformas indicadas serán en primer término las sustituciones fideicomisarias, que no pasarán, ni aun en la línea directa, de la segunda generación, a no ser que se hagan en favor de personas que todas vivan al tiempo del fallecimiento del testador».

(10) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, págs. 359 y 360.

A mayor abundamiento, es habitual que los nietos del disponente lleguen a ser herederos fideicomisarios, nietos, por cierto, cuya futura existencia fue establecida como condición en el fideicomiso. De modo que la sustitución fideicomisaria *si sine liberis decceserit*, se trata, en puridad, de una sustitución de esta naturaleza. Por tanto, y frente a las sustituciones fideicomisarias puras o simples, en el fideicomiso condicional, el testador apone una cláusula accesoria en virtud de la cual la eficacia del llamamiento quedará sometida bien al cumplimiento o a la ausencia de cumplimiento de dicho suceso sobre el que existe incertidumbre en el momento de su inclusión en el testamento (11).

III. LA INCAPACIDAD ABSOLUTA DE SUCEDER DE LAS CRIATURAS ABORTIVAS

1. LA DOCTRINA DE LA DGRN SOBRE LA VIABILIDAD PROPIA, IMPROPIA Y LEGAL, PREVIA A LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 30 DEL CÓDIGO CIVIL

Ya se han mencionado las múltiples consideraciones que la doctrina había reprochado al requisito de la viabilidad del antiguo artículo 30. En esencia y compendiadas en las palabras de SANCHO REBULLIDA, apelaban a los avances en los tratamientos neonatales de prematuros.

En buena lógica, aseveraba que «prescindiendo de la anacrónica referencia a la figura humana, en cuanto al tiempo de vida extrauterina, téngase en cuenta que no lo cumple el nacido temporáneamente y en condiciones de viabilidad, que muere en accidente antes de las veinticuatro horas de estar enteramente desprendido del claustro materno (al que, impropriamente hay que considerar «criatura abortiva»): no sucede ni transmite derechos sucesorios; y que, en cambio, es persona (con capacidad sucesoria) el feto alumbrado prematuramente, sin condiciones viables, que desprendido de la madre, vive veinticuatro horas en la UCI, merced exclusivamente a la asistencia clínica; este sucede y transmite derechos sucesorios» (12).

Esta discutida redacción del antiguo artículo 30 y la referencia a su aplicabilidad al ámbito estrictamente civil, no cabe duda que provocaba ciertos desequilibrios en la aplicación del derecho: así, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 3 de septiembre de 1996, advertía que no era posible obviar su contenido, ya que el campo de aplicación es el del Derecho Civil: «recogiendo un criterio de honda 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 ellas 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 (...) 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

(11) MORETÓN SANZ, «El llamamiento de los hijos en la sustitución fideicomisaria condicional *si sine liberis decceserit*: igualdad en materia sucesoria y prohibición de discriminación por razón de filiación adoptiva», en *RCDI*, 723, pág. 429 y sigs.

(12) «Comentario al artículo 745 del Código Civil», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ, SALVADOR CODERCH, cit, pág. 1849.

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».

Sobre el caso particular, afirmaba el Fundamento tercero: «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 lo 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 RRC)».

Con todo y a los efectos que pretendemos destacar, la RDGRN ya había expresado de forma indirecta sus reservas sobre la viabilidad del artículo 30 y con la doctrina transcrita *ut supra*, apreciaba en su Fundamento cuarto: «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 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» (13).

(13) Y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 22 de octubre de 1993, sobre rectificación de inscripción y cambio de fecha de nacimiento, «la invocación fundamental del promotor consiste en que, según el asiento, este se extendió el mismo día y a la misma hora en que acaeció el nacimiento. Ahora bien, no hay ninguna imposibilidad para que, dentro de la misma hora del parto, el padre acudiera al Registro para declarar el nacimiento en la misma población. Siendo esto así, lo que se deduce del asiento discutido es que el mismo se ha practicado antes de las veinticuatro horas siguientes al parto, con infracción de lo ordenado por los artículos 40 y 42 de la Ley del Registro Civil, los cuales parten del plazo establecido por el artículo 30 del Código Civil para que, a efectos civiles, se repunte nacido el feto. En esta situación lo procedente ahora, por razones

Por tanto, la doctrina anterior a la reforma del artículo 30 había establecido diferencias entre la viabilidad legal, la propia y la impropia, toda vez que los avances médicos pueden mantener con vida a un neonato no viable. En este sentido, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 23 de febrero de 2007, sobre inscripción de nacimiento y defunción fuera de plazo declara entre otras cuestiones de interés (14): «El elemento delimitador para determinar si procede una inscripción de nacimiento o una simple incorporación de la declaración correspondiente en el legajo de abortos viene definido, como se ha anticipado, en el artículo 40 de la Ley del Registro Civil, y consiste en el hecho de que concurran en el nacido “las condiciones establecidas en el artículo 30 del Código Civil”, precepto remitido conforme al cual “para los efectos civiles, solo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”. Son, pues, dos las condiciones impuestas por el artículo 30 del Código, que la criatura alumbrada tenga «figura humana» y, además, vida independiente durante, al menos, un día completo. A los efectos de resolver el presente recurso es este segundo requisito el que debe ser analizado. Pues bien, el Ordenamiento jurídico español condiciona, como hemos visto, la personalidad a la denominada *viabilidad legal* del neonato, esto es, a la supervivencia del nacido durante veinticuatro horas desde la ruptura del cordón umbilical, requisito procedente de nuestro Derecho histórico y que

evidentes de economía procesal [cfr. art. 354 RRC], es aprovechar las actuaciones para convalidar el asiento. Así lo permiten los artículos 95.1.º de la Ley y 296 del Reglamento y, específicamente, el artículo 165 del Reglamento del Registro Civil, a cuyo tenor “la inscripción en virtud de declaración formulada antes de que el feto viviera veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno se convalidará acreditando, en expediente, la supervivencia a dicho plazo”».

(14) «El artículo 40 de la Ley del Registro Civil delimita el ámbito de los nacimientos inscribibles en el Registro Civil estableciendo que lo serán todos aquellos “en que concurran las condiciones establecidas en el artículo 30 del Código Civil”, precepto que ha de ser puesto en relación, en tanto que delimitador negativo de tal ámbito, con el artículo 45 del mismo Cuerpo legal, el cual impone al mismo círculo de personas obligadas a declarar o dar parte del nacimiento la obligación alternativa a la anterior de “comunicar en la misma forma el alumbramiento de las criaturas abortivas de más de ciento ochenta días de vida fetal, aproximadamente”, cuya declaración no dará lugar a inscripción alguna ni de nacimiento ni de defunción, sino a la incorporación de la misma al denominado legajo de abortos creado históricamente por la Real Orden de 30 de enero de 1871, y regulado hoy por los artículos 171 a 174 del Reglamento del Registro Civil. La Real Orden de 1871 citada, dictada al poco tiempo de la entrada en vigor de la denominada Ley provisional del Registro Civil de 17 de junio de 1870, justificaba la creación del legajo de abortos con argumentos cuya vigencia justifica que sean aquí recordados y que estriban, básicamente, en la consideración de que el Registro Civil solo puede tener por objeto la inscripción o anotación de los actos concernientes al estado civil de las “personas”, y que en el Derecho entonces vigente, como el actual, no es persona en su acepción jurídica quien no es capaz de derechos y obligaciones, y dicha capacidad no la tiene ni la puede tener el feto, siendo indispensable para que la adquiriera que nazca vivo y que viva veinticuatro horas separado del claustro materno, por cuya razón no procede su inscripción en el Registro Civil, por lo que la licencia de inhumación no puede condicionarse a tal inscripción, en sustitución de la cual se arbitra, a efectos estadísticos, sanitarios y, también, de previo control en la expedición de las licencias de enterramiento de las criaturas abortivas, la declaración y constancia del alumbramiento de tales criaturas de más de ciento ochenta días de vida fetal en el legajo de abortos custodiado en el propio Registro Civil».

responde al deseo de evitar un cambio en la línea de la sucesión de los bienes familiares cuando el nacido, que tuviera la condición de heredero, viviera solo por un breve espacio de tiempo de escasas horas o minutos. Se trata de una noción diferente a la *viabilidad propia*, basada en el grado de madurez del feto, y a la *viabilidad impropia o ausencia de defectos* que determinen la inviabilidad vital del nacido. El concepto de viabilidad legal del Código Civil está basado en el mero dato objetivo del transcurso del plazo legal de supervivencia exclaustrada, con independencia de la causa de ello, siendo indiferente que la sobrevivencia se haya debido a especiales cuidados médicos o que la muerte prematura se haya producido por una causa eficiente ajena a la naturaleza del propio nacido, como un accidente o atentado contra su vida. En definitiva, al transcurso del plazo se le otorga legalmente la relevancia jurídica de constituir *conditio iuris* del nacimiento de la capacidad y personalidad jurídica del nacido, personalidad a la que queda subordinado el libre acceso del nacimiento a los libros de inscripciones del Registro Civil. En consecuencia, a los efectos de practicar o no la inscripción de nacimiento en el Registro Civil resulta imperativo determinar, con toda la exactitud posible, las horas del alumbramiento y de la muerte, o más propiamente el intervalo temporal mínimo entre tales eventos, pudiendo y debiendo el encargado realizar cuantas diligencias de comprobación resulten oportunas a tales efectos (cfr. art. 28 LRC).

Sigue la Resolución en su fundamento cuarto: «Cierto es que en el presente caso, en el que se insta la inscripción del nacimiento y de la defunción fuera de plazo cuarenta años después del acaecimiento de los hechos, la dificultad probatoria del *factum* sobre el que se ha de apoyar la actuación registral es notoria. Ahora bien, ha de recordarse que cuando la inscripción no se ha promovido dentro del plazo legal del artículo 42 de la Ley Registral Civil, aquella se puede impetrar en cualquier plazo canalizando la solicitud a través del cauce del expediente registral regulado en los artículos 311 y siguientes del Reglamento del Registro Civil, regulación de la que se desprende un claro principio favorecer de la inscripción omitida, ya que la investigación oportuna ha de tener por objeto, además de la ausencia de la inscripción, la existencia e identidad del nacido y cuantas circunstancias deban constar en la inscripción, bastando para determinar la edad y fecha de nacimiento “la información de dos personas a quienes conste de ciencia propia o por notoriedad”. Como ha señalado reiteradamente la doctrina de este Centro Directivo, esta amplitud, explicable por la dificultad inherente a la justificación de los hechos con el transcurso del tiempo, permite incluso acceder a la inscripción aunque haya dudas sobre la fecha exacta del nacimiento, siempre que se haya comprobado la falta de inscripción y la existencia e identidad del nacido (cfr. arts. 312 y 316 RRC), ya que “en último término, según precisa el artículo 169 del Reglamento, en el expediente, en defecto de otras pruebas, se establecerá necesariamente el día, mes y año del alumbramiento, de acuerdo con la edad aparente, según informe médico”. En el presente caso no existen dudas sobre el hecho del nacimiento, ni sobre la identidad del nacido, como hijo de progenitores perfectamente determinados, bautizado con el nombre de Guillermo, ni sobre su sexo, ni sobre la fecha aproximada del nacimiento, ni, finalmente, sobre la ausencia de inscripción. Las dudas se centran exclusivamente sobre una cuestión de hecho, la relativa a si la supervivencia del nacido fuera del seno materno se prolongó o no más de las veinticuatro horas exigidas por el Código Civil para el reconocimiento de la personalidad jurídica y por la Ley del Registro Civil para la inscripción del nacimiento en el Registro Civil. Y, a juicio de este Centro Directivo, dichas dudas se han de resolver en sentido positivo».

2. LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE HUELVA, DE 14 DE JUNIO DE 2010, Y FETO DE NUEVE MESES DE GESTACIÓN QUE MUERE CINCO MINUTOS DESPUÉS DE SER EXTRAÍDO MEDIANTE CESÁREA DE SU MADRE AGONIZANTE TRAS ACCIDENTE DE CIRCULACIÓN: BAREMOS DE TRÁFICO

La sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, de 14 de junio de 2010, siendo Ponente RUIZ YAMUZA, pronunciado en un recurso de apelación en materia de tráfico vial, presenta interés por cuanto de la declaración como persona, o no, del feto de nueve meses fallecido a los cinco minutos de haber sido extraído mediante cesárea, dependerá la adquisición de derechos hereditarios, incrementando, a su vez los de la otra hija superviviente.

Declara en su Fundamento tercero, en el recurso interpuesto por la hija superviviente de la fallecida que: «Debemos distinguir dos subapartados dentro de esta parte del recurso de la actora. De la consideración como hijo, y no como feto, de la hermana de doña Catalina. Resulta trascendente para la actora sostener que al morir su madre, doña Bernarda había dado a luz una niña que deba ser considerada como hija, en vez de conceptuar el lamentable suceso como pérdida de un feto. Con ello el cálculo de la indemnización que correspondiera a doña Catalina se elevaría de manera notoria, y no únicamente hasta cantidad básica de 38.819,56 euros, sino hasta la de 85.43,03 euros (según la versión del baremo vigente en 2005 y aplicable a los hechos) sobre la que se irían aplicando las diferentes etapas correctoras previstas en el citado baremo. La actora ha venido, equivocadamente a juicio de la Sala, pretendiendo que en este supuesto se debía operar con la Tabla I Grupo II del Baremo: «Víctima sin cónyuge y con hijos menores». Pero este apartado no es de aplicación al haber fallecido doña Bernarda, ya en situación de viuda, después que su segunda hija. Por lo tanto, lo correcto hubiera sido, en todo caso, apreciar que la señora Bernarda perdió a una hija, hermana de doña Catalina y aplicar en consecuencia la Tabla I, Grupo V del Baremo: «Víctima sin cónyuge y conviviente con los padres». El derecho a indemnización devengando por la señora Bernarda, al fallecer esta pocas horas después podría ser adquirido *iure hereditario* por su hija Catalina. Ciertamente la cuestión presenta interés, siempre limitando la cuantificación de la reclamación al *petitum* de la apelante por imperativo del principio de rogación, sin que haya encontrado la Sala referencias jurisprudenciales que nos sirvan de ilustración y, sin pretender hacer doctrina general acerca de este tipo de supuestos, hemos de consignar lo siguiente: 1.º) A consecuencia del accidente que nos ocupa, doña Bernarda gestante a término, sufrió las graves heridas que describe el informe forense de autopsia consistentes esencialmente en fracturas costales y de esternón, hígado con desgarró, riñones con traumatismos y rotura de bazo, lesiones que le produjeron la muerte por choque hipovolémico a las 20,15 horas del 5-8-2005. 2.º) El feto que gestaba, de sexo femenino con nueve meses de vida intrauterina, fue extraído del seno materno mediante cesárea a las 18,30 horas, falleció a las 18,35 horas del 5-8-2005, a consecuencia de un edema pulmonar agudo, provocado por el trauma abdominal de la madre. 3.º) Puede resultar controvertida la consideración del recién nacido como feto o como persona a todos los efectos y por lo tanto apta para generar en su madre el derecho a ser indemnizado por su muerte en condiciones parificables a cualquier otra pérdida de vida humana independiente. La Sala considera que esta hipótesis no puede desecharse de modo mecanicista o a ultranza como hace la sentencia criticada por la mera aplicación de lo dispuesto en los artículos 29 y 30 del Código Civil que, como se recordará, establecen que: «Para los efectos civiles, solo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido

del seno materno» (art. 30) y que: «...El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente» (art. 29). Tales preceptos deben ser situados en el contexto decimonónico en el que surgió el Código Civil, poseen una marcada vocación de incidencia en la regulación de relaciones de derecho hereditario y de ordenación del Registro Civil, y contrastan vivamente con otro tipo de normas, como los artículos 15 y 43 de la Constitución Española o aquellas que tutelan en el Código Penal la vida humana independiente o la integridad física —arts. 138 y sigs.— que prescinden del requisito de las 24 horas de supervivencia para conceptualizar al nacido como persona. 4.º) Existe por tanto un espacio notable para la interpretación y el debate de la operatividad de los límites del obsoleto, incluso en su redacción y estilo literario, artículo 30 del Código Civil, en relación con los actuales instrumentos jurídico legales y su compatibilidad con los mismos. No es misión ni voluntad del Tribunal agotar dicho análisis en este caso sino antes al contrario estar al supuesto concreto».

Prosigue la sentencia advirtiéndose que, de haberse dictado al amparo de la ahora nueva redacción del artículo 30, habría sido preceptivo entender que el «feto» alcanzó la consideración jurídica de persona y, que con ello la indemnización habría sido notablemente superior a la de 38.819,56 euros, llegando hasta la de 85.43,03 euros: «En este sentido consideramos que la clave de solución del problema planteado estriba en la falta de viabilidad de la hija o feto que naciera de doña Bernarda. Efectivamente la criatura sobrevivió escasos 5 minutos a su alumbramiento puesto que los gravísimos traumas sufridos por su madre provocaron el edema de pulmón que prácticamente cercenó toda posibilidad de supervivencia. Hoy día el requisito de que la vida del neonato fuera del seno materno se prolongue durante 24 horas para que pueda ser considerado persona y no feto puede resultar incluso algo anacrónica en un contexto científico y sanitario que propicia que en España —contrariamente a lo que sucedía en 1889, fecha de promulgación del Código Civil— la mortalidad infantil se encuentre reducida a una mínima expresión. En consecuencia continuar usando este parámetro para determinar en todo caso el acceso del nacido a la titularidad de derechos puede resultar controvertido, máxime cuando la producción legal ulterior ha venido prescindiendo de tal requisito. Pero en cambio el criterio de la viabilidad del nacido sigue hoy teniendo vigencia y por ello la Sala opta por acudir al mismo para ofrecer la solución al contencioso. Pensemos qué diferente sería del caso que ahora nos ocupa aquel otro en que el niño hubiera nacido en perfectas condiciones, sin compromiso alguno, o lo que vale decir en nuestro país gozaría, horas después de su nacimiento, de una esperanza de vida de alrededor de ocho décadas y que dentro de su primer día de vida sube a bordo de un vehículo y en él sufre un accidente y fallece. En cambio, por desgracia, la hija de doña Bernarda nació prácticamente con una expectativa de vida nula (como demostró su fallecimiento a los cinco minutos de nacer). Ponderando todas estas circunstancias creemos que resultaría forzado pretender acudir a las normas del baremo encaminadas a compensar económicamente el fallecimiento de una madre con dos hijos para encontrar encaje a esta situación, siendo más adecuada técnicamente la respuesta dada en la instancia. 5.º) La Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución de 23 de febrero de 2007, distingue entre: primero, «viabilidad legal» del neonato, ligada a la efectiva la supervivencia del nacido durante veinticuatro horas desde la ruptura del cordón umbilical («...requisito procedente de nuestro Derecho histórico y que responde al deseo de evitar un cambio en la línea de la sucesión de los bienes familiares

cuando el nacido, que tuviera la condición de heredero, viviera solo por un breve espacio de tiempo de escasas horas o minutos...); segundo, «viabilidad propia», basada en el grado de madurez del feto; y por último «viabilidad impropia» o ausencia de defectos que determinen la inviabilidad vital del nacido».

Explica las distintas consecuencias de las clasificaciones verificadas por el Registro Civil sobre la viabilidad y precisa: «El concepto de viabilidad legal del Código Civil está basado en el mero dato objetivo del transcurso del plazo legal de supervivencia exclaustrada, con independencia de la causa de ello, siendo indiferente que la supervivencia se haya debido a especiales cuidados médicos o que la muerte prematura se haya producido por una causa eficiente ajena a la naturaleza del propio nacido, como un accidente o atentado contra su vida». En este supuesto, el feto no alcanzó viabilidad legal y aunque gozaba de viabilidad propia, puesto que no se ha acreditado enfermedad o defecto anteriores, el accidente privó al recién nacido de viabilidad impropia, lo que nos impide tomar en consideración la inclusión de su existencia en la categoría de hijo conforme al baremo. En mérito a lo expuesto debe ser rechazado este motivo de recurso».

Distintas habrían sido las consecuencias indemnizatorias si la considerada por el Derecho Civil «criatura abortiva» hubiese adquirido la personalidad jurídica por el mero hecho de nacimiento.

3. LOS DESEQUILIBRIOS EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO, LA VIABILIDAD Y PRESTACIÓN POR PATERNIDAD: FINALIDAD Y DERECHO A LA CONCESIÓN INDEPENDIENTEMENTE DE LA VIABILIDAD DEL ANTIGUO ARTÍCULO 30

Nada excluye la presencia de desequilibrio en la aplicación del Derecho, así el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Social), en su sentencia de 9 de diciembre de 2010, estima el recurso de suplicación interpuesto por la parte demandante contra sentencia del Juzgado en autos promovidos sobre reclamación de prestación por paternidad.

En el ámbito laboral los hechos enjuiciados, tal como nos los proporciona la instancia, son los siguientes, teniendo en cuenta que dicho relato no fue combatido por el recurrente: «el día 20 de octubre de 2009 la mujer del demandante dio a luz a un bebé de 271 días de gestación, que falleció antes de transcurrir veinticuatro horas; el INSS ha denegado la prestación de paternidad solicitada por don Máximo, alegando que no concurre situación protegida por dicha prestación, ya que el hecho protegido es el nacimiento de hijo, lo que no se ha producido ya que no se cumplen las condiciones del artículo 30 del Código Civil; el INSS ha reconocido a la esposa del demandante la prestación de maternidad».

Sigue sobre «El artículo 7 de la Convención de los derechos del niño: don Máximo denuncia la infracción de este precepto, a tenor del cual, en esencia, el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho a un nombre y a una nacionalidad. Razona el demandante en su recurso que, si hay niño registrado, hay hijo y, en consecuencia, también hay padre a efectos jurídicos. Añade que el artículo 22 del Real Decreto 295/2009, considera, a efectos de la prestación de paternidad, el nacimiento de hijo como situación protegida y que, en el caso, la hija nació, sin que su supervivencia haya de impedir que deje de ser hija y que el padre deje de ser padre. También argumenta que la Ley de 8 de junio de 1957, sobre Registro Civil impide en España la inscripción de un niño nacido y no sobrevivido más de veinticuatro horas desprendido del seno materno, pero que esta es una opción legislativa que también produce efectos

jurídicos en cuanto que la no inscripción del nacimiento es seguida de la denegación del permiso de paternidad y que el bebé nacido, aunque no hubiera sobrevivido esas veinticuatro horas no era un aborto, pese a lo cual no se le otorga ni nombre ni nacionalidad».

Ante dichas alegaciones dice la ponente: «Pues bien, no entendemos vulnerado el precepto denunciado. Este precepto prevé lo siguiente: «1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultará de otro modo apátrida». En efecto, la cuestión radica en que dicho artículo 7 de la Convención de los Derechos del Niño determina la inscripción del niño inmediatamente después de su nacimiento con derecho a un nombre y a una nacionalidad, fundamentalmente para evitar situaciones de indefensión y abandono. No prevé esta Convención cuándo se considera nacido un bebé con esos derechos a la inscripción, al nombre y a la nacionalidad, pero es evidente que no todo ser nacido, esto es, separado del seno materno, puede ser considerado «un niño», en palabras de la Convención. De ahí que las legislaciones nacionales regulen esta cuestión, comenzando por la de determinar qué seres humanos hayan de ser considerados «nacidos» a fin de otorgarles la protección referida y otros efectos jurídicos. Esto es lo que se regula en el artículo 30 del Código Civil, precisamente, o sea, cuándo se entiende producido el nacimiento a estos efectos. Así, se considera por esta norma que solo se entenderá nacido el feto que viviera veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno, de manera que, para el Derecho español, este es el niño (niña) nacido(a), y no otro(a), y este es a quien se otorgarán los derechos y efectos civiles correspondientes. Ahora bien, el artículo 133 octies LGSS, introducido por la Ley 3/2007, determina, como situación protegida de la prestación por paternidad, «el nacimiento de hijo, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año». Por su parte, el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, regula las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, norma cuyo artículo 22 reitera en los mismos términos la definición de las situaciones protegidas a los efectos de la prestación de referencia. A su vez, el artículo 30 del Código Civil determina que: «Para los efectos civiles, solo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno». Se trata ahora de interpretar de manera integradora los preceptos expresados. En primer lugar, hemos de partir de no considerar aplicable al caso la previsión del artículo 30 del Código Civil. En efecto, el llamado que el artículo 133 octies LGSS y el artículo 22 del Real Decreto 295/09 hacen al Código Civil y a las leyes civiles de las Comunidades Autónomas lo interpretamos realizado exclusivamente a los efectos del acogimiento, puesto que se refiere al Código Civil o las leyes de las Comunidades Autónomas que «lo» regulen, siendo así que el objeto de la regulación es singular (de ahí que interpretemos que se trata del acogimiento) y no plural (por lo que no abarca al nacimiento y a la adopción). En segundo lugar, ha de partirse de que la finalidad de las normas puestas en relación es bien distinta. Las normas reconocedoras de la prestación de paternidad tienen

por finalidad, tal como la Exposición de Motivos de la LO 3/2007, que la crean reconoce, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Por su parte, el artículo 30 del Código Civil tiene por finalidad regular los derechos de las personas una vez nacidas. Claro es que la regulación de los efectos civiles y derechos de las personas nacidas no puede condicionar el derecho de conciliación de la vida personal, familiar y laboral ni transformar el sentido de la expresión «nacimiento de hijo» como situación protegida. En tercer lugar, en el caso concreto que nos ocupa, se produjo el nacimiento de una bebé a las 38 semanas y cinco días de gestación, esto es, en el término de un embarazo de duración completa, si bien la niña no sobrevivió veinticuatro horas separada del seno de su madre y esta ha recibido las prestaciones por maternidad. Así, consideramos que se ha producido el hecho causante o situación protegida de «nacimiento de hijo», que concurre de manera idéntica a los casos en que la criatura fallece poco tiempo después de transcurridas esas determinantes veinticuatro horas. Pues bien, no creemos que esta regulación vulnere los Derechos de quienes nacen (expresión que utilizamos para significar la separación del feto del seno materno mediante el parto) y no sobreviven veinticuatro horas, todo ello, claro está, sin perjuicio de los derechos de estos seres a recibir todos los cuidados y atenciones precisas. Sin embargo, sí hemos de considerar vulnerados los artículos 133 octies LGSS y 22 del Real Decreto 295/2009, también puestos en relación con la denuncia jurídica contenida en este motivo del recurso, dado que hemos concluido que no es de aplicación a los efectos de reconocimiento de la prestación de paternidad la previsión del artículo 30 del Código Civil».

Sigue la sentencia ahora sobre la vulneración de la LO 3/2007, de igualdad: «Ya nos hemos referido más arriba a los preceptos cuestionados —arts. 133 octies LGSS, 22 RD 295/09 y 30 CC—, y los hemos puesto en relación a fin de determinar cuál sea la situación protegida a los efectos de determinar la procedencia de la prestación de paternidad solicitada y cuál es la expresada finalidad de esta prestación. Pues bien, consideramos que la sentencia de instancia vulnera la LO 3/2007, en su Disposición Adicional 18.^a 7, que introdujo el artículo 133 octies LGSS con el espíritu y finalidad expresados en su Exposición de Motivos de conciliar la vida personal, familiar y laboral. Vulneración que se produce en cuanto a la restrictiva interpretación que ha hecho de la expresión «nacimiento de hijo» a los efectos de determinar la procedencia de la prestación de paternidad, ya que se ha producido una situación paralela de maternidad (reconocida), que ha habido un parto a 38 semanas y media de embarazo, que hay un sufrimiento claro por parte de la madre y del padre de la criatura que no sobrevivió y que, en tales circunstancias, la necesidad del permiso por paternidad es evidente. Y ello porque, como también hemos dicho más arriba, no tiene este permiso como finalidad exclusiva el cuidado del ser nacido, sino también la nueva situación familiar, dado que el permiso no se reduce en caso de fallecimiento del bebé una vez transcurridas las 24 primeras horas, lo que evidencia que su finalidad es más amplia (acompañamiento a la madre, incluso si el bebé ha fallecido). De ahí que, en el caso presente, debamos entender que procede reconocer la prestación en que consiste el subsidio por permiso de paternidad. En definitiva, el recurso será estimado, con revocación de la sentencia recurrida y la correspondiente estimación de la demanda iniciadora de este litigio, reconociéndose el subsidio en la cuantía solicitada, por no constar concreta oposición de las demandadas a este extremo contenido en el Hecho primero de la demanda».

IV. DEL FALLECIMIENTO Y LA PRESUNCIÓN DE CONMORIENCIA EN EL DERECHO DE SUCESIONES: APUNTES JURISPRUDENCIALES

1. LA PRESUNCIÓN DE COMORIENCIA Y LAS CONSECUENCIAS DE LA RUPTURA DE ESTE PRINCIPIO SOBRE LOS DERECHOS SUCESORIOS

Otros supuestos directamente relacionados con la adquisición de la personalidad también han sido ventilados en sede judicial. En términos generales y sobre el ámbito probatorio y la destrucción de la presunción de comoriencia, no es habitual que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre la materia salvo, precisamente, para reiterar dicha consideración, eludiendo alterar los términos de los hechos probados al carecer la casación de esta virtualidad. Evidencia de lo anterior, es la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 1998, por cuanto desestima el recurso interpuesto, ya que se pretende combatir las circunstancias acreditadas no resultando de su competencia romper la presunción de comoriencia sentada en instancia (15).

Distinto es el panorama en apelación, al ostentar la segunda instancia potestad jurisdiccional suficiente para entrar a la revisión de los hechos. De modo que, no por frecuente, sino por ilustrativa sobre los derechos hereditarios y las consecuencias de la ruptura de la presunción de comoriencia, conviene tener en cuenta la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 10 de marzo de 2003.

El asunto versa sobre la consecuencia de un accidente de tráfico en el que fallece el matrimonio y su hija menor de edad, pasajeros todos del vehículo colisionado. Pues bien, la demanda interpuesta perseguía la ruptura de la presunción del artículo 33 y, consiguientemente, la ineficacia de la declaración de herederos *abintestato* y la cancelación de diversos asientos del Registro de la Propiedad. Si se acreditaba rota la presunción —como se probó mediante testifical e informes forenses—, y que los progenitores murieron de forma instantánea mientras la menor les sobrevivió en unas horas, esta última sería heredera de sus padres. En su virtud y acreditado como quedó que esta supervivencia, al resultar heredera única y universal procedía la estimación del recurso, reconociéndose como heredera de la hija fallecida, a la demandante.

La resolución recapitula la vieja jurisprudencia del Tribunal Supremo y el rigor con que fue aplicada esta deducción procesal. En este sentido declara: «nuestro Código regula en su artículo 33 la presunción *iuris tantum* de comoriencia. Si se duda en dos o más personas llamadas a sucederse quién de ellas ha muerto primero, se presumen muertas al mismo tiempo y no se opera transmisión de derechos sucesorios entre los fallecidos. Se eliminan así las presunciones

(15) En dicho sentido dice: «Promovida por doña Zoraida del Carmen S. S. ante el Juzgado de Primera Instancia, núm. 1 de Ciudad Rodrigo, demanda de juicio ordinario de menor cuantía sobre modificación de inscripciones de defunción en el Registro Civil por comoriencia, contra los herederos de don Harold S. C., con fecha 30 de junio de 1994 recayó sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca en la que confirmando la dictada por el referido Juzgado el 2 de mayo de 1994 se estimaba parcialmente la demanda declarando la comoriencia de padre e hija. Sentencia contra la que se interpuso el presente recurso de casación y en la que se sientan, entre otros los siguientes hechos: Que en las circunstancias en que los hechos se desarrollaron y tuvieron lugar, deviene manifiesta la imposibilidad para la parte actora de demostrar, contra la declaración legal de comoriencia consagrada por el artículo 33 del Código Civil, que el fallecimiento de la niña tuvo lugar con posterioridad a la defunción de su padre».

históricas del derecho español recogidas en las Partidas procedentes del derecho romano que establecían un complicado sistema de llamadas en atención a las condiciones personales de los que comorían en el accidente. De todas formas la jurisprudencia (por todas, la STS de 4 de diciembre de 1948), ha sido muy estricta puesto que en un supuesto de fallecimiento de dos cónyuges fusilados en 1936 y a pesar de que en el Registro Civil constaba que la esposa había fallecido minutos antes que el marido, el Tribunal Supremo se atuvo a la presunción legal para destruir las actas del Registro Civil a pesar de que tales actas constituyen la prueba del estado civil de las personas» (16).

2. LA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA SOBRE LA COMORIENCIA, CONMORIENCIA, SU AUSENCIA EN EL DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA Y LA BÚSQUEDA DE LA VOLUNTAD DEL TESTADOR: LA APELACIÓN A LA COMORIENCIA SIRVE PARA REFERIRSE A LA MUERTE SIMULTÁNEA Y/O SUCESIVA

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 4 de mayo de 2011, sobre comoriencia, conmoriencia y commoriencia, términos aplicados sinónimamente al ir referidos a la presunción del artículo 33 del Código Civil, declara lo siguiente: «teniendo en cuenta las consideraciones que hasta el momento hemos expuesto, lo cierto es que examinada la disposición testamentaria cuya interpretación se solicita, consideramos que desde luego no cabe dar a la misma la interpretación pretendida por la parte apelante, compartiendo con el Juzgador de instancia que aquella lo que pretende es más bien la declaración de existencia de

(16) Sigue el ponente apreciando que «en el desgraciado accidente acaecido el 10 de agosto de 1999 en el término de Pina de Ebro, Zaragoza, se vieron implicados los padres don Narciso y doña Rosario y la hija de ambos Juana. Con arreglo a la ley debe partirse de la presunción de comoriencia que debe ser destruida por una prueba clara y contundente en contrario, máxime teniendo en cuenta el antecedente jurisprudencial que acaba de citarse. Obra en las actuaciones la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, número 1 de Zaragoza en los autos de procedimiento ordinario 132/02 de fecha 10 de mayo de 2002, admitida como prueba en este segundo grado. En el fallo de aquella sentencia se estima la demanda formulada también por doña Daniela, y en la que ha sido parte el ministerio Fiscal y en la que se declara que la niña Juana falleció con posterioridad a las 5:45 horas del día 10 de agosto de 1999 sin poderse determinar la hora exacta, pero en todo caso en el periodo comprendido entre las 5:45 horas y las 7:08 horas, momento en que llegó la fuerza instructora que la encontró fallecida y en consecuencia debe procederse a la rectificación de la hora que consta en el certificado la inscripción de defunción en el Registro Civil de Pina de Ebro, Zaragoza, al tomo, folio de la sección. Esa sentencia si bien en sus estrictos términos no deshace la presunción de comoriencia supone como lógico corolario una prueba evidente de que evidentemente la pequeña Juana muere después que sus padres y se apoya en la prueba practicada y muy fundamentalmente en la declaración del médico forense que hace la autopsia de los fallecidos de la que resulta que Juana muere con posterioridad a sus padres que pierden la vida en el acto ya que las lesiones que les produjo el accidente eran incompatibles con la vida mientras que a la niña se le aprecia una lesión pulmonar que para producirse precisaba unos minutos de vida, de suerte que de esa operación técnico-científica-médica o pericial cualificada que supone la autopsia tiene que llegarse a la conclusión de que los padres premueren a la hija con las implicaciones sucesorias que de ello se deriva. Así pues, no cabe duda alguna de la muerte posterior de la pequeña Juana respecto de sus padres, máxime teniendo en cuenta que en materia de estado civil y consiguiente rectificación registral el principio de investigación de la realidad se impone sobre el principio dispositivo de las partes ya que afectan a derechos con una trascendencia pública indudable que conllevan la obligada intervención del Ministerio Fiscal».

una disposición testamentaria que no existe. En efecto, con independencia de cuál hubiera sido la voluntad de la señora Matilde tras el fallecimiento de su esposo, punto este en el que se incidió por la representación de la Sra. Claudia en las preguntas por la misma formuladas a los testigos por ella propuestos en el acto del juicio, lo cierto es que cual fuera su voluntad al momento de ser otorgado el testamento cuya interpretación se pretende, es la que debe ser interpretada en cuanto manifestada en él mismo, ya que dicha voluntad fue la que como tal se expresó en aquel, pudiendo haber otorgado nuevo testamento caso de que su voluntad hubiera sido distinta a la inicialmente expresada en dicho testamento revocando con el nuevo las disposiciones testamentarias hasta entonces vigentes. No cabe mantener, como alega la parte apelante, que realmente en el testamento otorgado por la señora Matilde la misma no pretendía sino designar como herederos a sus dos sobrinos, aun cuando faltara el supuesto de *conmoriencia* de la misma con su esposo, al que se refería la disposición testamentaria litigiosa, fundamentando tal alegación en el hecho de que ni siquiera se utilizaba esta palabra en dicho testamento, sino que se utilizó la expresión *comoriencia*, término este no recogido en el Diccionario de la Lengua Española, y ello por cuanto que tampoco se encuentra, pese a lo que pretende, la palabra *conmoriencia* recogida en este Diccionario, refiriéndose ambos términos, *conmoriencia* y *comoriencia*, a la teoría de los comurientes que no es sino una ficción jurídica en virtud de la cual se presume que murieron a la vez dos personas cuando no puede demostrarse quien falleció primero, teniendo por ello importancia a efectos de la sucesión. *Considerar que debe darse una determinada interpretación a una disposición testamentaria por el hecho de que la palabra utilizada no se encuentre en el DLE no es posible, ya que hay determinadas palabras de naturaleza jurídica no recogidas en aquel*, resultando además que la palabra que a entender de la propia parte apelante sí sería la correcta, la expresión *conmoriencia*, tampoco figura recogida en el DLE, utilizándose por la doctrina y nuestra jurisprudencia indistintamente una y otra para referirse al supuesto de presunción de muerte simultánea de dos personas cuando no pueda determinarse quien falleció primero, y así por ejemplo utiliza el término de *conmoriencia* el Tribunal Supremo en sentencia de 1 de marzo de 1999, y el de *comoriencia* en las sentencias de 14 de octubre de 2009 o de 10 de marzo de 1998, de forma que la utilización de una palabra en el testamento otorgado por la señora Matilde no recogida en el DLE cuando jurídicamente es utilizada en el lenguaje forense no puede privar de valor al mismo, y lo que es más importante no puede darse en este caso un valor o interpretación diferente a las previsiones contenidas en aquel por el uso de la misma. En efecto, si desde luego la utilización de un término en un testamento no recogido en el DLE pero sin embargo si utilizado en el mundo jurídico pudiera conllevar consecuencia alguna, como pretende la parte ahora apelante, dicha consecuencia no sería sino la nulidad de tal disposición testamentaria, pero no el que hubiera de interpretarse la misma en una forma determinada. No cabe duda de que el testamento debe interpretarse conforme a la literalidad del mismo, y solo si sus términos no fueren claros cabe acudir a otros medios interpretativos; ahora bien, lo que no es posible en base a una pretendida interpretación es atribuir al testador una solución que no quiso. Entendemos que los términos del testamento de la señora Matilde son claros, previendo la misma la sucesión de sus sobrinos en el supuesto de *comoriencia* o *conmoriencia* de la misma con su esposo, única y exclusivamente en este caso y no en otro, de forma que no existiendo cualesquiera otras disposiciones testamentarias de

las que pueda deducirse que realmente la voluntad real de aquella al momento de otorgar testamento fuera otra diferente de la manifestada, consideramos que desde luego lo que no cabe es atribuir como voluntad de la señora Matilde una voluntad no expresada en el mismo, siendo por ello por lo que compartiendo con el Juzgador de instancia que más que buscar una interpretación de las disposiciones testamentarias la ahora apelante lo que busca es suplir una voluntad de la testadora no expresada en el testamento por la misma otorgado, no procede sino que en base a lo expuesto y dando por reproducidas las consideraciones por aquel realizadas en la resolución recurrida, desestimemos el recurso de apelación que nos ocupa confirmando la sentencia dictada».

Por su parte, y no tanto del alcance estricto del sustantivo, sino como efecto de la búsqueda de la verdadera intención del testador, avalada por pruebas que acrediten cuál era su auténtico espíritu, la sentencia de la Audiencia Provincial de La Laguna, de 4 de marzo de 2011, estima el recurso de apelación y, revocando la sentencia de instancia, desestima íntegramente la demanda. Así, asevera que «del artículo 675 del Código Civil resulta que: Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento. El testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la ley. Y, como se ha expuesto anteriormente de la consolidada doctrina jurisprudencial resulta que la finalidad de la interpretación del testamento es la averiguación de la voluntad real del testador, que es la manifestada en el instante del otorgamiento del testamento; y, en este punto debe señalarse que don Juan Enrique, nacido el 19 de mayo de 1928, esposo de la causante, otorga testamento ante el Notario don Clemente Beltrán Esteban, número de protocolo 3.079, en fecha tres de noviembre de 1988 con la Cláusula Única “instituye heredera a su dicha esposa doña Adolfin, con derecho de sustitución en caso de comoriencia el testador y su esposa a favor de sus hermanos Diego, Ángeles, Eufrosia y Candelaria”. Por doña Adolfin, nacida el 20 de mayo de 1924, otorga testamento ante el Notario don Clemente Beltrán Esteban, número de protocolo 3080, en fecha tres de noviembre de 1988 con la Cláusula Única “instituye heredero a su dicho esposo don Juan Enrique, con derecho de sustitución en caso de comoriencia de la testadora y su esposo a favor de sus cuñados Diego, Ángeles, Eufrosia y Candelaria”. El esposo don Juan Enrique fallece el día 27 de julio de 2002; doña Adolfin fallece el 7 de julio de 2005, ya viuda».

Expuestos los hechos y a la vista de la redacción dada en ambos testamentos de una cláusula por la que tanto el esposo como la esposa, se instituyen recíprocamente herederos, con derecho de sustitución caso de comoriencia a favor de los hermanos del esposo y a favor de sus cuñados de la esposa, sigue la resolución concretando que el término comoriencia o conmoriencia no debe restringirse estrictamente a los supuestos de muerte simultánea ya que ni aparece en el Diccionario ni tampoco en la redacción literal del artículo 33 del Código Civil.

De modo que conmoriencia o comoriencia, puede significar tanto la muerte simultánea del testador y su cónyuge, como el fallecimiento previo del mencionado cónyuge al testador. En síntesis, y teniendo en cuenta la redacción de la cláusula controvertida, se aplicará la técnica interpretativa correspondiente y averiguada que sea la auténtica voluntad del causante, con dicho término comoriencia podrá deducirse la inclusión de ambas cosas o solo a una de ellas: fallecimiento simultáneo o sucesivo.

Sigue la resolución declarando que: «La cuestión surge del alcance que debe darse a la expresión “con derecho de sustitución en caso de comoriencia de la testadora y su esposo a favor de sus cuñados Diego, Ángeles, Eufrasia y Candelaria”. Y, así, la doctrina jurisprudencial citada nos dice que el intérprete no puede verse constreñido por las declaraciones o por las palabras, sino que su objetivo ha de ser la de descubrir dicha intención, que prevalece sobre aquellas porque constituye el fin de la hermenéutica testamentaria. Entre los medios de interpretación testamentaria se encuentran primordialmente los siguientes: el elemento literal o gramatical; los elementos sistemático, lógico y finalista, empleados de forma conjunta o combinada, sobre la base de la consideración del testamento como unidad; y los elementos de prueba extrínsecos, que son admitidos por las doctrinas científica y jurisprudencial, ya sean coetáneos, previos o posteriores al acto testamentario. Para el conocimiento de lo que debe de estimarse sentido literal de la palabra “comoriencia”, es relevante que el diccionario de la Real Academia no la recoge, ni tampoco “conmoriencia”. El Código Civil en el artículo 33 establece: “Si se duda, entre dos o más personas llamadas a sucederse, quién de ellas ha muerto primero, el que sostenga la muerte anterior de una o de otra, debe probarla; a falta de prueba, se presumen muertas al mismo tiempo y no tiene lugar la transmisión de derechos de uno a otro”. Precepto de indudable naturaleza procesal que hay que relacionar con la carga de la prueba del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y las presunciones legales del artículo 385.2 y 3 de la misma Ley. Precepto que, además de no hacer referencia alguna a la palabra “comoriencia o conmoriencia”, contempla tal presunción para el supuesto concreto de: “Si se duda, entre dos o más personas llamadas a sucederse, quién de ellas ha muerto primero”, lo que no es objeto de este juicio. De otra parte, restringir el vocablo “comoriencia o conmoriencia” a los supuestos de muerte simultánea no debe de ser aceptado; así, el Auto del Tribunal Supremo de fecha 6 de marzo de 2007, en atención al alcance que debe darse a esa palabra comoriencia refiere en su fundamento tercero: “(...) la parte recurrente pretende, de forma solapada, someter a esta Sala la revisión de la interpretación que la Audiencia realizó de la cláusula testamentaria controvertida, con el objeto de que, en contra de lo declarado por la sentencia recurrida, y mediante una nueva interpretación de la misma (acomodada lógicamente a los intereses de la recurrente), se considere acreditado que la intención de la testadora y causante doña Beatriz, al expresar en su testamento que en caso de comoriencia de la testadora y su hermana instituyó heredera a su buena amiga doña Marisol”, fue que esta última únicamente heredaría en el supuesto de muerte simultánea de ambas hermanas, abogando, así, en definitiva, por una interpretación estricta del término médico legal *comoriencia* que conduciría a que dicha cláusula testamentaria, y en virtud de las circunstancias fácticas concurrentes en el caso, careciera finalmente de eficacia; interpretación que conduciría a la consecuencia de que la recurrente conservaría su condición de heredera *abintestato*, y que resulta absolutamente contradictoria con la realizada por la Audiencia Provincial en su sentencia, que por contra reconocía la eficacia de dicha cláusula testamentaria atribuyendo como consecuencia a la actora la condición de heredera universal de la antedicha causante. Igualmente, en la sentencia de la Audiencia Provincial de León, Sección tercera, de fecha 9 de junio de 2009, da un sentido amplio a la expresión y refiere que la “conmoriencia que aparece en el testamento antedicho, debe ser interpretada, como fallecimiento de la testadora y su hermano Ismael a la vez, y fallecimiento de este antes que la testadora, es decir, que al fallecimiento de la testadora, también hubiera fallecido don Ismael, bien antes o a la vez que la testadora”, y concluye que: “Viene a de-

ducirse e inferirse de forma lógica y racional, que fue voluntad e intención de la testadora doña Piedad, que para el supuesto que aconteciese el fallecimiento de su hermano don Ismael, antes que ella o al mismo tiempo, heredase su tío don Diego y en defecto del mismo, por sustitución, sus descendientes de forma única y exclusiva. Aplicándose así, correctamente, lo dispuesto en el artículo 675 del Código Civil y jurisprudencia que lo interpreta, en cuanto al conflictivo término de “conmoriencia” utilizado en la cláusula segunda del testamento objeto de *litis*»).

En virtud de lo expuesto, revoca la sentencia de instancia y desestima la demanda ya que: «La doctrina jurisprudencial citada nos dice que el intérprete testamentario no puede verse constreñido por las declaraciones o por las palabras, sino que su objetivo ha de ser la de descubrir dicha intención, que prevalece sobre aquellas porque constituye el fin de la hermenéutica testamentaria; por lo que, consecuentemente, se debe de completar la interpretación con los elementos sistemático, lógico y finalista, de forma conjunta o combinada, y sobre la base de la consideración del testamento como unidad; y los elementos de prueba extrínsecos, coetáneos, previos o posteriores al acto testamentario. Y, así, del examen de lo actuado debe concluirse que la intención de la testadora era que los bienes pasaran a su esposo y para el caso de muerte de este a sus cuñados, que expresamente designa por su nombre. Hay pues una clara voluntad de que la herencia, fallecidos los esposos, pase a manos de los hermanos de él. Sin que exista mención alguna a los hermanos de ella, cuya mala relación con estos, debe de estimarse acreditada por los testimonios obrantes en autos; así, los testimonios de Marcelina, que trabajó en la casa, y Rocío, amiga de relación asidua con la causante de más 25 años, y que refiere que le contó a ella que a “sus hermanos no los quería ver parece ser que por una trastada que le hicieron con la herencia de los hermanos”. Punto este que coincide con lo expuesto en su interrogatorio por la demandada Elvira, que refiere que la relación de su tía con sus hermanos no era normal, que no quería verlos, “su tía decía que estaba enfadada con los hermanos porque su madre le dio un poder a su hermano y le quitaron la herencia de su madre”. Consiguientemente, e igualmente atendiendo también a la posición jurisprudencial antes citada de que debe de acudirse “a una interpretación ‘psicológica o personalísima’, más que instrumental, tendente a explorar la voluntad real del testador siempre que tal voluntad resulte ‘de circunstancias claramente apreciables, incluso exteriores al testamento’”, todo ello nos lleva a estimar que la *voluntad real de la testadora era, para el caso de que no heredara su esposo, que sus herederos fueran sus cuñados Diego, Ángeles, Eufrasia y Candelaria, es decir, que muertos ambos —simultánea o sucesivamente— la herencia pasaría a los cuñados*. Y, en tal sentido interpretativo es irrelevante, por su sentido general, el testimonio del Notario interviniente prestado en juicio el día 19 de diciembre de 2009, respecto del testamento que había sido otorgado 21 años antes, y lo que resulta es que se “institúan herederos uno al otro y en defecto a una serie de personas”, que “podría haber trescientos o cuatrocientos testamentos. El oficial de turno puede que transcribiese lo que no pudieran llegar a entender los testadores”. Consecuentemente a todo lo anterior procede la estimación del recurso de apelación interpuesto, con revocación de la sentencia de primera instancia, y desestimación de la demanda» (17).

(17) La sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de octubre de 2009, también se ocupa de la comoriencia, pero no tanto de la institución en sí, como de nuevo sobre la interpretación que se deba dar al testamento en que se incluye una mención a dicha institución, así y en palabras de O'CALLAGHAN, ponente de la resolución, dice: «La cuestión que se plantea en casación es muy concreta y, aparentemente, sencilla. La demandante en la instancia doña

Por su parte, los apelantes, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, de 29 de septiembre de 2009, sustentan infructuosamente su recurso en un error del acta notarial. Dice así: «El correcto análisis de las cuestiones planteadas en este proceso, reproducidas en esta alzada, aconseja seguir el mismo orden adoptado en la sentencia de instancia que fue, además, el seguido por los propios demandantes en su relato fáctico, es decir, comenzar por el estudio del segundo de los temas suscitados, si los demandantes deben merecer o no la condición de herederos testamentarios de doña Camino. Esta falleció el 10 de junio de 2006 bajo testamento otorgado el 23 de septiembre de 1974 en el que instituía heredero universal a su esposo don Constantino, que falleció el 12 de marzo de 1990, y que contenía la siguiente disposición “para el solo supuesto de *conmoviencia* de la testadora y el heredero, instituye herederos universales por iguales partes a sus sobrinos políticos doña Jacinta, don Miguel y doña Olga”, es decir, los aquí demandantes. Sostienen estos que al no existir en nuestra lengua el término “conmoviencia”, debe ser tenido por no puesto, de tal forma que se entienda que ellos fueron llamados a la herencia comprendiendo todos los casos posibles de sustitución; o, de lo contrario, que se interprete que quiso decirse “conmoriencia”, en la que debe incluirse el supuesto de premoriencia del heredero llamado en primer lugar; de tal forma que al haberse dado este caso serían ellos los herederos testamentarios. El juzgador de instancia analizó detallada y correctamente esta cuestión, compartiendo esta Sala plenamente sus conclusiones que no cabe sino ratificar aquí pese a los notables esfuerzos dialécticos de la defensa de los recurrentes. Y así: A) Es claro y manifiesto que la expresión “conmoviencia” contenida en el testamento es un error de transcripción dada la similitud fonética con el término correcto “conmoriencia”, respecto del que solo cambia una letra (“v” por “r”) que, además, es frecuente que se escriban con rasgos similares cuando se hace manualmente, lo que bien pudo provocar esa

Adelaida, viuda de don Leovigildo, como heredera del mismo, ejerció la *actio communi dividundo* respecto a unas fincas cuya propiedad era de este y de tres hermanos suyos, los codemandados en la inicial demanda. Sin embargo, la postura de la demandados no era, como no podía ser menos, de oposición a la división de la cosa común, sino la alegación en demanda reconventional de que la demandante no era heredera del causante, su esposo, sino que los herederos del mismo eran sus hermanos, demandados y recurrentes en casación (ellos o sus respectivos herederos). Por tanto, la cuestión que se planteó en la instancia y se plantea en casación es de interpretación del testamento. En este, otorgado por el esposo de la demandante y hermano de los demandados don Leovigildo lega a su esposa, aquella demandante, el usufructo universal de sus bienes con aplicación de la *cautela socini*. En aquel momento, ni tampoco después, tenían descendencia. Y hace institución de heredero en la cláusula cuarta con el siguiente tenor literal, que es el que provoca el conflicto: «Instituye y nombra por sus únicos y universales herederos, por partes iguales, a los hijos que pueda tener, con sustitución —para caso de premoriencia o incapacidad— por sus respectivos descendientes; y a falta de estos y para caso de conmoriencia instituye por sus únicos y universales herederos, a partes iguales, a sus hermanos: Carla, Candelaria y Sebastián, con sustitución, igualmente, para caso de premoriencia o incapacidad, por sus respectivos descendientes; y si no hubiera descendientes, instituye heredera universal, en pleno dominio, a su citada esposa doña Adelaida». La sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, de 24 de septiembre de 2004, confirmando la de primera instancia, estima la demanda y declara que, según la interpretación lógica del testamento, la heredera es la esposa del causante, demandante y parte recurrida en casación, con una serie de argumentos y concluye que el testamento no permite, en su tenor literal, conocer la voluntad del testador y se debe acudir a una interpretación lógica y finalística».

confusión. Que se trata de conmoriencia resulta además del conjunto de la frase pues se alude a algo que puede suceder a “la testadora y el heredero”, y no a uno con independencia del otro. B) Aunque no fuera así y se estuviese a la tesis de los demandantes de que se trata de una palabra inexistente que debe tenerse por no puesta, la consecuencia no sería la de que ellos devinieran herederos testamentarios, como si se hubiera ordenado una sustitución simple sin expresión de casos (art. 774 CC, sino que prevista para un concreto supuesto que devendría imposible por ininteligible, arrastraría la nulidad de esa cláusula, que habría de tenerse por no puesta. C) Es también clara la diferencia entre conmoriencia, o muerte simultánea de dos o más personas, y premoriencia, que alude a que uno fallezca antes que otro. No existe razón alguna para entender que la utilización del primer término comprenda la del segundo. La voluntad de la testadora no dejaba lugar a dudas al referirse al primero, máxime cuando, como se ha dicho, alude a que se produzca respecto a “la testadora y el heredero”, enfatizando que tendrá lugar “solo” para este supuesto. Si quisiera referirse a la premoriencia del nombrado heredero no tendría ningún sentido tal expresión pues es imposible que teóricamente pudiera producirse la premoriencia de “la testadora y el heredero” sin hacer referencia a la supervivencia de otras personas».

«(...) El que la testadora les profesara especial cariño, puesto de manifiesto por las dos testigos llamadas a juicio y plasmado en el propio testamento a través de su llamamiento para el caso de conmoriencia, no permite incluir en esa disposición otros supuestos distintos de los allí plasmados. Es cierto que es más frecuente en la práctica el llamamiento para los casos de premoriencia, que expresamente prevé el artículo 774 del Código, que para los de conmoriencia, pero ello no supone que este último sea ilógico o absurdo pues la testadora bien pudo prever solo este último supuesto y reservarse la posibilidad de designar nuevos herederos para el caso de que premuriese su marido, como así ocurrió, lo que luego no hizo por las razones que fuere, que pueden ir desde que no le interesó hacerlo hasta el simple olvido, pero que aquí resulta intrascendente. Debe reiterarse, en definitiva, en que por vía de interpretación testamentaria no cabe incluir disposiciones o llamamientos que claramente no están contenidos en esa última voluntad, por lo que igualmente resultan irrelevantes las vicisitudes anteriores a su otorgamiento y, en concreto, que la causante hubiera sido adoptada y las circunstancias habidas respecto de la herencia de sus padres adoptivos, en las que tanto insisten los aquí recurrentes».

V. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

La reforma del artículo 30 del Código Civil y la eliminación de la viabilidad como requisito para adquirir la personalidad jurídica, permitirá que un recién nacido, con o sin las veinticuatro horas de sobrevivencia exigidas en su redacción derogada, pueda adquirir o transmitir, en su caso, derechos hereditarios.

La reforma legislativa ha de ser recibida de forma positiva: ha eliminado cualquier referencia al ámbito de aplicación exclusivo del Derecho Civil y, adicionalmente, evita debates estériles y disquisiciones doctrinales que, fundadas en el desarrollo de la neonatología aplicada a la sobrevivencia de los prematuros, alegaban la triple categoría de la viabilidad legal, propia e impropia, para censurar el abrogado presupuesto basado en el mero transcurso del lapso de tiempo fijado.

Sin embargo, la reforma no ha resultado todo lo cuidadosa que pretendía, por cuanto el reenvío a los antiguos presupuestos persisten. Es el caso del toda-

vía vigente e inalterado artículo 745 del Código Civil, donde se determinan las incapacidades absolutas y se sigue declarando incapaces de suceder a ciertas personas jurídicas y a «las criaturas abortivas, entendiéndose por tales las que no reúnan las circunstancias expresadas en el artículo 30».

En este sentido, el *iter* parlamentario de la nueva Ley del Registro Civil suministra algunos datos de interés y, por cuanto atañe a la adquisición de la personalidad y la capacidad para suceder, la enmienda presentada por el Grupo parlamentario catalán proponía, además de la modificación de los artículos 29 y 30, la del 745. La redacción alternativa del segundo párrafo del artículo 745 eliminaba cualquier reenvío y, sencillamente, declaraba incapaces de suceder a las «criaturas abortivas». Reforma propuesta que tenía sentido a la luz de la sencilla redacción del 29: «La personalidad civil es inherente a la persona física desde su nacimiento» (18). Negociaciones políticas y pactos entre grupos dieron como resultado que la redacción paccionada de esta enmienda fuese sustituida por otra que omitía cualquier referencia al mencionado artículo 745 (19), por lo que habrá que esperar a sucesivas legislaturas para constatar si el legislador se decide a omitir el todavía vigente reenvío al artículo 30.

En todo caso, las previsiones del antiguo artículo 30 y el reenvío de las normas relativas a la capacidad de suceder ya habían sido simplificados en los nuevos derechos forales. Así, en el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de las leyes civiles aragonesas, simplemente declara en sede hereditaria que «tienen capacidad sucesoria todas las personas nacidas o concebidas al tiempo de la apertura de la sucesión y que sobrevivan al causante». Por tanto, nada hubiera impedido que un recién nacido, incapaz de sobrevivir las veinticuatro horas previstas en el entonces vigente artículo 30, hubiera sido capaz de suceder.

En definitiva, en algunas previsiones forales, no solo había sido sorteada esta discutida redacción del antiguo artículo 30, sino que también y a mayor abundamiento, la ahora eliminada referencia a su ámbito estrictamente civil, provocaba ciertos desequilibrios en la aplicación del derecho, pudiéndose destacar entre ellos el laboral. Ilustra la anterior afirmación la interpretación judicial de las normas reconocedoras de la prestación de paternidad que tienen por finalidad la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, frente al artículo 30 del Código Civil al que se le señalaba la de regular los derechos de las personas una vez nacidas. De modo que la jurisprudencia y parte de la doctrina entendían que se habría producido el hecho causante o situación protegida de «nacimiento de hijo», en los casos en que la criatura falleciera poco tiempo después de transcurridas esas determinantes veinticuatro horas.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Además de la citada en nota a pie de página:

ALBALADEJO GARCÍA: «Desde el instante en que nace, todo niño es persona e inscribible en el Registro», en *RDP*, 1997, pág. 166 y sigs.

(18) BOCG. Serie A, 90-26, 6 de abril de 2011, págs. 30 y 31.

(19) BOCG. Serie A, 90-28, 3 de mayo de 2011, pág. 19.

- ARRECHEDERRA ARANZADI: «Capacidad para suceder y Constitución», en *ADC*, 1984, pág. 641 y sigs.
- BUSTO LAGO: «La sucesión testada en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia», en *RCDI*, 705, 2008, pág. 23 y sigs.
- CASTÁN VÁZQUEZ: «La tradición sobre el comienzo de la vida humana (del Derecho justinianeo a los Códigos Civiles)», en *RGD*, 1994, pág. 12457 y sigs.
- DE CUPIS: «La persona humana en el Derecho Privado», en *RDP*, XLI, 1957, pág. 863 y sigs.
- DÍAZ ALABART: «Comentarios a los artículos 752 a 762 del Código Civil», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ, SALVADOR CODERCH, (Dir.), *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1848 a 1873.
- DÍEZ PASTOR: «Las disposiciones testamentarias en favor de los no concebidos», en *AAMN*, 6, pág. 543 y sigs.
- HERNÁNDEZ GIL: «Lecciones de Derecho Sucesorio. Supuestos excluyentes de la delación (1971)», en *Obras completas*, tomo 4, Madrid, 1989, págs. 509 a 514.
- HOYOS CASTAÑEDA: *El concepto jurídico de persona*, Pamplona, 1989.
- LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA: *Elementos de Derecho Civil*, V, *Derecho de Sucesiones*, Bosch editor, Barcelona, 1988, reimpresión de 1992.
- LASARTE ÁLVAREZ: *Principios de Derecho Civil*, I, «Parte General y Derecho de la Persona», Madrid, 2010, 16.ª ed., *Principios de Derecho Civil*, VII, «Derecho de Sucesiones», Madrid, 2010, 7.ª ed.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE: «¿El nacimiento determina la personalidad? (Reflexiones sobre el concepto jurídico de persona, con un epílogo sobre la situación jurídica del concebido)», en *AC*, 2001, vol. 3, pág. 1087.
- NAGORE YÁRNOZ: «Comentarios a la Sección: Capítulo segundo. De las formas del testamento», Tomo XXXVII-1.º, *Leyes 148 a 252 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra*, Edersa, Madrid, 1998.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: «Comentarios a la Sección: Capítulo IV. De la nacionalidad y vecindad civil de la Ley del Registro Civil, artículo 65», en *Comentarios al Código Civil*, Tomo IV, 3, artículos 40 al final de la Ley del Registro Civil, Madrid, Edersa, 2005.
- ROCA SASTRE: *Derecho de Sucesiones*, I, Barcelona, 1995, 2.ª ed.
- SANCHO REBULLIDA: «Comentario a los artículos 744 a 751 del Código Civil», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ, SALVADOR CODERCH (Dir.), *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1848 a 1856.
- SOLS GARCÍA: «Un caso realmente de comoriencia», en *Estudios Castán*, IV, 1969, pág. 727.
- TRUJILLO DÍEZ (actualizados por MARÍN LÓPEZ): «Comentarios a la Sección primera, *De la capacidad para suceder por testamento y sin él*», en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), Aranzadi-Thompson, Madrid, 2009, 3.ª ed., págs. 902 a 920.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de diciembre de 1948.
Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 1998.
Sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de marzo de 1999.

Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de octubre de 2009.
Auto de Tribunal Supremo, de 6 de marzo de 2007.
Sentencia Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Social), de 9 de diciembre de 2010.
Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 10 de marzo de 2003.
Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, de 24 de septiembre de 2004.
Sentencia de la Audiencia Provincial de León, de 9 de junio de 2009.
Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, de 29 de septiembre de 2009.
Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife, de 4 de marzo de 2011.
Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, 4 de mayo de 2011.
Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 22 de octubre de 1993.
Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 3 de septiembre de 1996.
Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 23 de febrero de 2007.

RESUMEN

INCAPACIDAD DE SUCEDER CRIATURAS ABORTIVAS IUS DELATIONIS

El artículo 744 del Código Civil establece las reglas básicas de la capacidad de suceder, concretadas en el artículo siguiente, por cuanto en el 745 se determinan las incapacidades absolutas en la materia. En este sentido, declara incapaces de suceder a ciertas personas jurídicas y a «las criaturas abortivas, entendiéndose por tales las que no reúnan las circunstancias expresadas en el artículo 30». Por tanto, esta norma de reenvío invita a una reflexión sobre la incidencia de las novedades que la Ley del Registro Civil ha traído consigo acerca de la capacidad de suceder por testamento o sin él, teniendo en cuenta que la generosa vacatio legis de tres años, no afecta a dicho precepto, toda vez que entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE del 22 de julio de 2011. En particular, la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, entre otras normas, ha modificado en su Disposición Final tercera el artículo 30 de nuestro Código común, redactado ahora en los siguientes términos: «La perso-

ABSTRACT

INCAPACITY TO SUCCEED ABORTIVE CHILDREN THE RIGHT TO ACCEPT AN INHERITANCE

Article 744 of the Civil Code outlines the basic rules on capacity to succeed. These basic rules are specified more fully in the following article, 745, which addresses cases of absolute incapacity to succeed and declares that certain legal persons and «abortive children, understood as children who fail to meet the circumstances expressed in article 30», are barred from succession. Therefore article 745, which refers us back to a previous article, invites us to reflect upon the impact of new developments under the Civil Registry Act as regards capacity to succeed under a will or without a will. Account ought to be taken of the fact that the generous three-year vacatio legis does not affect the article, since the article took effect on the day following its publication in the 22 July 2011 issue of the Boletín Oficial del Estado. One particular rule amended by Act 20/2011 of 21 July on the Civil Registry is article 30 of the Civil Code, rephrased under Final Provision Three of the act to read,

nalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno». Desaparecido el requisito de la viabilidad, en estas líneas recapitularemos las líneas maestras de la reforma y su incidencia en el ius delationis, la capacidad para heredar y el presupuesto de la sobrevivencia del sucesor al causante.

«Personality is acquired at the time of live birth, once there has been full detachment from the mother's womb». The requirement of viability has now been eliminated. This paper reviews the main lines of the reform and its impact on the right to accept an inheritance, the capacity to inherit and the case of the successor's survival past the death of his or her predecessor.

1.5. Obligaciones y Contratos

LA FIANZA COMO FORMA DE GARANTÍA PERSONAL: SU RÉGIMEN JURÍDICO Y SU REGULACIÓN EN LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL

por

ROSANA PÉREZ GURREA

Abogada

Doctorando en Derecho

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL CONTRATO DE FIANZA: 1. CONCEPTO. 2. CARACTERES. 3. CLASES DE FIANZA. 4. CONSTITUCIÓN DE LA FIANZA.—III. EFECTOS JURÍDICOS DE LA FIANZA: 1. EFECTOS JURÍDICOS DE LA FIANZA ENTRE FIADOR Y ACREEDOR. 2. EFECTOS JURÍDICOS DE LA FIANZA ENTRE DEUDOR Y FIADOR. 3. EFECTOS DE LA FIANZA ENTRE COFIADORES.—IV. EXTINCIÓN DE LA FIANZA.—V. LA FIANZA EN LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

El contrato de fianza es una especie de los llamados de garantía, que son aquellos que tratan de asegurar el cumplimiento de una obligación principal.

Todo crédito tiene como garantía principal el patrimonio del deudor como se deriva del artículo 1911 del Código Civil que dice: «Del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros», pero el patrimonio del deudor puede devenir insuficiente para responder de las obligaciones de su titular, por lo que al acreedor siempre le resulta conveniente establecer una garantía adicional, además de la general que opera sobre los bienes del deudor.

Las garantías pueden ser personales o reales según consistan en el compromiso contraído por un tercero de satisfacer el crédito en defecto del deudor o impliquen la constitución de un derecho real sobre determinados bienes que se afectan al cumplimiento de la obligación garantizada. La primera da lugar al contrato de fianza y la segunda a los contratos de prenda, hipoteca y anticresis, así como a otras manifestaciones más modernas como la prenda sin desplazamiento y la hipoteca mobiliaria entre otras.

Para entender bien la figura jurídica que estamos analizando hay que diferenciar dos términos que a veces se confunden que son la responsabilidad y la garantía. Conforme al artículo 1911 del Código Civil cualquier acreedor en el caso de incumplimiento de la obligación está facultado para solicitar la ejecución forzosa de la misma y obtener el equivalente por el valor de los bienes del deudor. Este es el sistema normal de responsabilidad de nuestro ordenamiento jurídico que supone una garantía genérica para cualquier acreedor. Pero la garantía en sentido técnico y específico no surge hasta que el sistema general de responsabilidad se modifica para aumentar la seguridad que tiene el acreedor de ver satisfecho su interés (1).

Responsabilidad y garantía son distintos tanto conceptualmente como en cuanto a la función que desempeñan, ya que por la *responsabilidad* todo deudor queda sujeto al cumplimiento de sus obligaciones o al resarcimiento que eventualmente proceda, mientras que en virtud de la *garantía*, la seguridad que tiene el acreedor de que su interés será satisfecho es superior a la que le proporciona la responsabilidad genérica. Esta función de aumentar objetivamente la seguridad derivada del artículo 1911 del Código Civil constituye el contenido básico de toda garantía que se hace realidad a través de sus modalidades reales y personales.

II. EL CONTRATO DE FIANZA

1. CONCEPTO

En sentido amplio, se denomina fianza o caución a cualquier garantía prestada para el cumplimiento de una obligación. Pero en un sentido estricto, la fianza es un tipo especial de garantía que se produce cuando un tercero asume la obligación contraída por el deudor, más exactamente el tercero fiador se obliga a pagar para el caso de que no lo haga el deudor.

Siguiendo a DE DIEGO, la podemos definir como contrato por el que una tercera persona distinta del acreedor y del deudor, se obliga al cumplimiento de una obligación subsidiariamente, es decir, cuando el deudor o fiador anterior no la cumplan.

Así se proporciona al acreedor mayor probabilidad de ver satisfecho su interés, ya que se amplía su poder de agresión a un patrimonio distinto del originariamente responsable (2).

Su concepto legal lo encontramos tipificado en el artículo 1822 del Código Civil: «Por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo este». Esta forma de garantía personal tiene, como señala CASTÁN, graves inconvenientes, ya que resulta muy gravosa para el fiador, poco eficaz para el acreedor y muy complicada en cuanto a las relaciones económicas y jurídicas que produce. Por ello es cada vez más limitado su uso en la esfera civil y es sustituida con ventaja por otras formas de garantía real, pignoratícia o hipotecaria (3).

(1) GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBADALEJO, tomo XXIII, Edersa, Madrid, 1990, pág. 7.

(2) DELGADO ECHEVARRÍA, «La fianza», en LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, vol. 2.º *Contratos y cuasicontratos, delito y cuasidelito*, 3.ª ed., Barcelona, 1995, pág. 339.

(3) No constituye fianza en sentido propio la que el Tribunal Supremo califica como fianza impropia, que es la constituida por el deudor principal mediante la entrega al acreedor

2. CARACTERES

A) *Accesoriedad*

La fianza como figura jurídica de garantía que es, se caracteriza por ser accesorio, ya que no puede existir sin una obligación principal y válida a la que sirva de garantía. Como consecuencia de su carácter accesorio, el artículo 1826 del Código Civil señala: «El fiador puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones. La fianza contraída en más que la obligación del deudor principal no es nula, pero habrá de reducirse a los límites de la principal».

También la jurisprudencia del TS ha señalado reiteradamente la accesoriedad de la fianza y sus consecuencias en SSTs de 21 de marzo de 1962, 3 de abril de 1968, 16 de junio de 1970, 2 de junio de 1976, 11 de junio de 1984, 22 de diciembre de 1986 y 10 de abril de 1987.

B) *Subsidiariedad*

Como consecuencia de ella, el fiador solo se obliga para el caso de que el deudor principal no cumpla su obligación, pero no es esencial, ya que el fiador puede obligarse solidariamente con el deudor, así el artículo 1822.2 del Código Civil dice: «Si el fiador se obligare solidariamente con el deudor principal, se observará lo dispuesto en la Sección cuarta, capítulo III, título I de este libro», relativo a la regulación de las obligaciones mancomunadas y solidarias.

El criterio del TS es considerar que la subsidiariedad es consecuencia de la atribución al fiador del beneficio de excusión (4). La STS de 25 de febrero de 1958 señala que: «no puede desconocerse el carácter de subsidiario en la fianza... no tiene en nuestro Derecho otra representación que la del beneficio de excusión de bienes o de orden concedido al fiador que se consagra en el artículo 1830 del Código Civil».

El criterio doctrinal, sin embargo, no es unánime en este punto y podemos señalar las siguientes posturas:

- a) La opinión mayoritaria en un sentido similar al criterio jurisprudencial antes expuesto identifica la subsidiariedad con el beneficio de excusión *ex* artículo 1830 del Código Civil, por lo tanto el acreedor debe ejecutar primero al deudor principal y luego al subsidiario. Esta postura se puede condensar gráficamente diciendo que la obligación del fiador es esencialmente accesorio y normalmente subsidiario.
- b) Otros autores niegan que la subsidiariedad sea característica de la fianza y la desvinculan de la idea de que el fiador disponga o no del beneficio de excusión.

de una cantidad de dinero para responder del cumplimiento de un contrato de arrendamiento (STS de 25 de octubre de 1932) o de un contrato de actuación o representación teatral (STS de 3 de marzo de 1936), o la constituida por el arrendatario conforme a lo ordenado en la Ley de Arrendamientos Urbanos (STS de 3 de marzo de 1956).

(4) SSTs de 25 de febrero de 1958, 17 de febrero de 1962, 7 de febrero de 1963, 3 de junio de 1968, 16 de junio de 1970 y 27 de noviembre de 1986.

- c) Una tercera posición considera que la subsidiariedad es una nota esencial en todo tipo de fianza, con independencia del modo en que la obligación de garantía sea asumida por el garante. Este criterio responde a una concepción que se basa en la idea de que la subsidiariedad y la solidaridad no son incompatibles sino que toda fianza tiene la nota de subsidiariedad, incluida la solidaria (5).

C) *Abstracción*

La fianza es un contrato entre fiador y acreedor respecto del que el deudor es un tercero (6), para la perfección legal del contrato de fianza no es necesaria la concurrencia del deudor principal. La relación fiador-deudor, es decir, la relación de cobertura, no interesa al acreedor y carece de influencia sobre la sustantividad jurídica del contrato de fianza, ello nos lleva a decir que la fianza es válida con carácter abstracto. En este sentido CASTÁN señala que la fianza puede ser considerada como un negocio abstracto y no causal, por ser independiente de la causa que pueda tener la relación principal de la deuda. Este es el criterio que se encuentra recogido en la RDGRN de 31 de julio de 1928.

Ahora bien, entiendo que es importante señalar que el carácter abstracto del contrato de fianza no ha de entenderse en el sentido de que carece por completo de causa, sino solo en el de que la validez de la obligación del fiador frente al acreedor no depende de las vicisitudes de la relación interna entre fiador y deudor.

Además de lo dicho, podemos señalar como caracteres del contrato de fianza, que es un contrato consensual ya que se perfecciona por el mero consentimiento, no está sujeto a formalidad alguna, a diferencia de la fianza mercantil, necesariamente escrita.

Tiene carácter expreso, como se deriva del artículo 1827 del Código Civil, que dice: «La fianza no se presume: debe ser expresa y no puede extenderse a más de lo contenido en ella» (7). GUILARTE ZAPATERO entiende este precepto en el sentido de que al constituirse la obligación del fiador ha de determinarse con precisión el alcance de la responsabilidad que este asume y en defecto de las previsiones de los interesados fija los criterios legales sobre dicho extremo.

La fianza puede ser gratuita u onerosa como se infiere del artículo 1823.1 del Código Civil. Es onerosa cuando el acreedor se compromete a alguna prestación frente al fiador, pero lo corriente en la práctica civil es que sea gratuita, esta fianza gratuita puede considerarse «contrato de beneficencia» en el sentido aportado por la doctrina francesa, pero no constituye una donación en sentido propio, ya que el acreedor recibe lo que es suyo y el fiador tiene contra el deudor posterior vía de regreso.

Normalmente es unilateral, ya que solo surgen obligaciones a cargo del fiador y en favor del acreedor, pero pasa a ser bilateral en el caso de existir la retribución a cargo del acreedor. Aunque algunos autores señalan que si existe pacto de pagar el acreedor una retribución al fiador, se desnaturaliza el contrato de fianza, convirtiéndose en un seguro.

(5) Comparten esta opinión: Díez-PICAZO, GULLÓN BALLESTEROS, DELGADO ECHEVARRÍA y GUILARTE ZAPATERO, entre otros.

(6) STS de 21 de febrero de 1960.

(7) La sentencia de TS, de 10 de febrero de 1950, dice que en los casos dudosos no puede interpretarse el contrato en el sentido de ampliar la responsabilidad del fiador.

3. CLASES DE FIANZA

A) *Por la causa a que debe su origen*

El artículo 1823.1 del Código Civil señala que la fianza puede ser convencional, legal o judicial. La convencional procede del contrato de fianza. La legal es la impuesta por la ley para asegurar el cumplimiento de ciertas obligaciones, en la legislación española la establece unas veces la ley civil, otras la Ley de Enjuiciamiento Civil y en otras ocasiones, la dispone la legislación administrativa. La judicial es la impuesta por un juez o Tribunal a una de las partes litigantes para fines de procedimiento.

Las fianzas no contractuales presentan las siguientes especialidades que se encuentran reguladas en los artículos 1854, 1855 y 1856 del Código Civil:

El fiador de esta clase debe tener las cualidades prescritas en el artículo 1828 del Código Civil, es decir: capacidad para obligarse y bienes suficientes para responder de la obligación garantizada.

Si el obligado legal o judicialmente a dar fianza no la hallase, se le admitirá en su lugar una prenda o hipoteca que se estime bastante para cumplir su obligación.

El fiador judicial no puede pedir la excusión de bienes del deudor principal, ni el subfiador la del deudor principal ni la del fiador (8).

De la existencia de estas fianzas judiciales o legales deduce Díez-PICAZO una conclusión sobre la naturaleza de la fianza: por regla general, la doctrina suele configurar la fianza como un contrato, sin embargo el contrato es solamente una de las formas posibles de constitución de la fianza, ya que la fianza puede tener también su origen en el cumplimiento de una obligación legal o en el cumplimiento de un mandato judicial y, en estos casos está claro que existe una fianza, pero no un contrato de fianza. Por lo tanto, la fianza es una especial situación jurídica de garantía, independientemente del supuesto de hecho de que deriva.

B) *Por el derecho que la regula*

La fianza puede ser civil, mercantil o administrativa. Civil es la recogida en el Código Civil. Mercantil es la regulada en el artículo 439 del Código de Comercio: «Será reputado mercantil todo afianzamiento que tuviere por objeto asegurar el cumplimiento de un contrato mercantil, aun cuando el fiador no sea comerciante». Administrativa es la constituida con motivo del desempeño de determinados cargos o de la ejecución de obras o servicios públicos, teniendo por objeto asegurar el exacto y debido cumplimiento de la obligación contraída.

(8) MANRESA justifica esta disposición porque entiende que deben ser más fuertes los vínculos y mayores las seguridades en la fianza judicial, dada la índole especial de los intereses y derechos que, mediante la misma, los Tribunales deben garantizar y, además porque como el fiador judicial ha de ser capaz de apremio personal cuando el deudor está sujeto a él por razón de su deuda, carece de objeto y de aplicación el beneficio citado, cuyo único fin es librar del procedimiento al fiador hasta la completa excusión de bienes del obligado en primer lugar.

C) *Por razón de la obligación garantizada por la fianza*

Se divide esta en simple, que es la establecida para asegurar el cumplimiento de la obligación principal y subfianza, que es la establecida para garantizar una fianza anterior. El Código Civil admite ambas fianzas al decir en el artículo 1823.2: «Puede también constituirse, no solo a favor del deudor principal, sino al del otro fiador, consintiéndolo, ignorándolo y aun contradiciéndolo este».

D) *Por su extensión*

La fianza puede ser definida o limitada, cuando la obligación contraída por el fiador se limita a la principal, con exclusión de las accesorias; e indefinida o ilimitada, cuando la obligación del fiador abarca la principal y las accesorias, incluidos los gastos del juicio. Así dispone el artículo 1827.2 del Código Civil: «Si fuere simple o indefinida, comprenderá no solo la obligación principal, sino todos sus accesorios, incluso los gastos del juicio, entendiéndose respecto de estos que no responderá sino de los que se hayan devengado después que haya sido requerido el fiador para el pago».

4. CONSTITUCIÓN DE LA FIANZA

A) *Elementos personales*

Los sujetos que intervienen en el contrato de fianza puede ser tres: el deudor principal, el acreedor y el fiador, pero siendo a título gratuito basta con que intervengan los dos últimos, ya que en realidad dicho contrato se celebra entre fiador y acreedor, al comprometerse aquel a satisfacer la obligación en caso de que el deudor principal no cumpla. La fianza es válida y produce todos sus efectos aunque el fiador la ignore y aunque la contradiga *ex* artículo 1823.2 del Código Civil.

Respecto a la capacidad para ser fiador es la general para obligarse, puede serlo cualquier persona física o jurídica con capacidad para obligarse. Se ha discutido si el menor emancipado puede ser fiador o no. Algunos autores dan una respuesta negativa, ya que si el menor emancipado no puede enajenar bienes inmuebles *ex* artículo 323 del Código Civil, tampoco podrá ser fiador, ya que el fiador se obliga con todos sus bienes y por lo tanto, también con los inmuebles. En este sentido, la STS de 27 de junio de 1941, negó a un menor emancipado capacidad para pactar aval en una letra de cambio, operación que constituye una modalidad del contrato de fianza. Sin embargo, Díez-PICAZO (9) es de la opinión contraria, ya que piensa que la regla general es que «la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor» y, por lo tanto, solo debe estar prohibido al emancipado lo expresamente dicho en la Ley. La fianza podrá ser inválida si la emancipación o el consentimiento para afianzar han constituido un mecanismo idóneo para burlar la ley, lo cual implicaría un problema de fraude de ley.

(9) En el mismo sentido ALBADALEJO y DELGADO ECHEVARRÍA.

El deudor obligado a dar fiador debe presentar persona que tenga capacidad para obligarse y bienes suficientes para responder de la obligación que garantiza *ex* artículo 1828.1 del Código Civil. Como consecuencia de ello, si el fiador viniera al estado de insolvencia, puede el acreedor pedir otro que reúna las condiciones indicadas. Pero se exceptúa de esta regla el caso de que haya exigido y pactado el acreedor que se le diera por fiador a una persona determinada (art. 1829 CC).

B) *Elementos reales*

Aunque en la práctica se utilice la fianza casi siempre para garantizar deudas de dinero, todas las obligaciones cualquiera que sea su objeto, son susceptibles de afianzamiento. Lo que se necesita es que la obligación principal sea válida, como se infiere del artículo 1824.1 del Código Civil. Pero este principio general tiene excepciones en algunos casos.

En cuanto a las obligaciones nulas, la regla general es que estas obligaciones no pueden ser objeto de fianza. Pero este principio que no puede tener ninguna excepción tratándose de obligaciones inexistentes o radicalmente nulas sufre una importante restricción cuando se trata de obligaciones simplemente anulables ya que el artículo 1824.2 del Código Civil dice que puede recaer la fianza sobre una obligación cuya nulidad pueda ser reclamada en virtud de una excepción puramente personal del obligado, como la de la menor edad. Este precepto sufre a su vez, una subexcepción en el caso de préstamo hecho al hijo de familia (frase que ha de entenderse referida al hijo de familia menor de edad), para el cual rige la regla general de nulidad de la fianza en base al artículo 1824.3 del Código Civil.

También se permite la fianza en garantía de deudas futuras, cuyo importe no sea aún conocido, pero no se podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida, como indica el artículo 1825 del Código Civil (10). Ello quiere decir que se permite el afianzamiento de la obligación ilíquida, pero existente y la circunstancia de futuro se refiere al extremo relativo exclusivo de la determinación de su montante o que está pendiente de una condición suspensiva.

En cuanto a las obligaciones condicionales, aunque el Código no se expresa sobre su posibilidad, se admite generalmente por la doctrina, ya que si se reconoce la fianza de obligación futura, con mayor fundamento debe estimarse válida la que garantiza una obligación condicionada. Así la fianza aparece subordinada a la condición que afecta a la obligación principal y al juego propio de la naturaleza suspensiva o resolutoria de aquella.

C) *Elementos formales*

Como señala el artículo 1827 del Código Civil, la fianza no se presume: debe ser expresa y no puede extenderse a más de lo contenido en ella. La forma, por otro lado es libre en cuanto a su configuración, en este sentido podría concluirse

(10) La STS de 21 de noviembre de 1924 interpreta limitativamente el precepto entendiendo que es válida la fianza por deudas ya contraídas que todavía no sean líquidas y exigibles, pero no la que garantice obligaciones aún no contraídas, pues de otro modo vendría a reconocerse por la ley la existencia de una obligación subsidiaria, sin ninguna principal y habría una antinomia entre los artículos 1824 y 1825.

que la fianza también puede deducirse de hechos concluyentes, si es que estos no conducen a otra interpretación que la necesidad de constituir una garantía, pero hay que tener en cuenta que la dificultad que conllevaría describirlos comporta cierta inseguridad jurídica.

La doctrina sí admite que la aceptación del acreedor pueda ser tácita o implícita, conforme a los principios generales, ya que el fundamento del precepto del Código Civil es solo evitar los peligros que la fianza implica para el deudor.

Para el contrato de fianza civil no se exige ninguna forma especial, por lo que se rige por la norma general del artículo 1280 *in fine* del Código Civil. En cambio, el artículo 440 del Código de Comercio exige que el afianzamiento mercantil conste por escrito, sin lo cual no tendrá ni valor ni efecto (11).

III. EFECTOS JURÍDICOS DE LA FIANZA

1. EFECTOS JURÍDICOS DE LA FIANZA ENTRE FIADOR Y ACREEDOR

Son estos efectos los que propia y directamente se derivan del contrato de fianza:

A) Obligaciones del acreedor. El acreedor no tiene otra obligación que la de pagar al fiador la retribución o precio de la fianza, y esto en el supuesto de que se haya pactado no solo la existencia de dicha retribución, sino además que sea el acreedor y no el deudor el obligado a abonarla.

B) Obligaciones del fiador. El fiador está obligado a responder de la obligación principal en el caso de que no lo haga el deudor. Dentro de esta responsabilidad entra: el contenido propio de la obligación principal, los accesorios de la misma, las consecuencias legales de ella y los gastos del juicio devengados después que haya sido requerido el fiador para el pago.

C) Beneficios que puede utilizar el fiador.

El beneficio de excusión: Consiste en el derecho que se reconoce al fiador para eludir el pago mientras no se acredite la insolvencia total o parcial del deudor. Su regulación se encuentra contenida en los artículos 1830 y siguientes del Código Civil. El artículo 1830 del mencionado cuerpo legal señala que: «El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin antes hacerse excusión de todos los bienes del deudor». Fundamento de este precepto es que la fianza, a menos que sea solidaria, genera obligación del fiador de pagar por el deudor con carácter accesorio a este, de manera que si como consecuencia del artículo 1911 del Código Civil se encuentran bienes en el patrimonio del deudor son estos los que deben afrontar la deuda con carácter preferente. Sin embargo, el artículo 1831 del Código Civil expresa una serie de casos en que no procede la excusión:

- 1.º Cuando el fiador haya renunciado expresamente a ella.
- 2.º Cuando se haya obligado solidariamente con el deudor, ya que la solidaridad es incompatible con el beneficio de excusión y, equivale a una renuncia tácita del mismo.

(11) El TS, en sentencia de 23 de febrero de 1996, ha declarado que es suficiente que conste por escrito sin que sea exigible que conste en documento público.

- 3.º En caso de quiebra o concurso del deudor (12).
- 4.º Cuando este no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino (13).

Tampoco procede la excusión en los casos de fianza judicial *ex* artículo 1856 del Código Civil.

En cuanto al procedimiento a seguir, el artículo 1832 dice: «Para que el fiador pueda aprovecharse del beneficio de excusión, debe oponerlo al acreedor luego que este le requiera para el pago, y señalarle bienes del deudor realizables dentro del territorio español, que sean suficientes para cubrir el importe de la deuda» (14).

Opuestos por el fiador en tiempo y forma oportunos el beneficio de excusión, debe el acreedor proceder sin descuido a la ejecución de los bienes del deudor ya que el artículo 1833 del Código Civil dice: «Cumplidas por el fiador las condiciones precisas para ejercitar dicho beneficio, el acreedor negligente en la excusión de los bienes señalados es responsable hasta donde ellos alcancen, de la insolvencia del deudor que por aquel descuido resulte».

El acreedor, por su parte, podrá citar al fiador cuando demande al deudor principal, pero quedará siempre a salvo el beneficio de excusión, aunque se dé sentencia contra los dos. En todo caso, la transacción hecha por el fiador con el acreedor no surte efecto para con el deudor principal. La hecha por este tampoco surte efecto para con el fiador, contra su voluntad.

Finalmente, el artículo 1836 dice: «El fiador goza del beneficio de excusión, tanto respecto del fiador como del deudor principal».

El beneficio de división: es el derecho que compete a cada uno de los cofiadores cuando son varios, para exigir del acreedor que divida su reclamación entre todos ellos. En Derecho romano los cofiadores, a falta de pacto en contrario, respondían solidariamente por la totalidad de la deuda, pero Adriano les concedió el *beneficium divisionis*, por el cual si uno de ellos era demandado por la integridad, podía exigir del acreedor que dividiese la acción entre todos. Todavía algunos Códigos modernos parten del principio de la solidaridad entre los cofiadores. El nuestro, por el contrario, establece de derecho la división de la deuda entre ellos, al decir que: «Siendo varios los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, la obligación a responder de ella se divide entre todos. El acreedor no puede reclamar a cada fiador sino la parte que le corresponda satisfacer a menos que se haya estipulado expresamente la solidaridad» (art. 1837.1 CC).

No obstante, hay casos en que resurge el principio de solidaridad, ya que el artículo 1837.2 del Código Civil señala que: «El beneficio de división contra los cofiadores cesa en los mismos casos y por las mismas causas que el de excusión contra el deudor principal». En cuanto al momento en que ha de hacerse uso

(12) Ya que la declaración de estar el deudor en cualquiera de estas situaciones acredita por sí sola el estado de insolvencia (STS de 16 de junio de 1953).

(13) Se refería al deudor ubicado en Ultramar, caso en que resultaba muy difícil su localización con los medios disponibles en tiempos de 1889 fecha de publicación del Código Civil. Hoy el texto tiene aplicación en los casos en que el deudor se encuentre en ignorado paradero, sin domicilio conocido, o bien escondido dentro o fuera del Reino.

(14) Como señala DE DIEGO, el beneficio de excusión es un favor concedido por la ley al fiador en armonía con la naturaleza subsidiaria de su obligación, pero no debe servir de pretexto para retardar o hacer más difícil en su ejercicio, la acción del acreedor, por lo tanto, para conciliar ambos intereses establece la ley las condiciones bajo las que el fiador pueda hacer uso de dicho beneficio.

del beneficio de división entiende la doctrina que hay que aplicar también por analogía lo dispuesto por el Código para el beneficio de excusión.

Excepciones oponibles. El fiador para negar en todo o en parte el pago que el acreedor le reclama, o hacerlo en condiciones más favorables que las exigidas, puede oponer todas las defensas que deriven de su propia obligación fideiusoria: desde la invalidez o ineficacia del negocio de fianza a las causas que han extinguido su deuda, pasando por los pactos que mediaron con el acreedor.

Como manifestación del carácter accesorio de la obligación fideiusoria: «El fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que competan al deudor principal y sean inherentes a la deuda, más no las que sean puramente personales del deudor» (art. 1853 CC).

2. EFECTOS JURÍDICOS DE LA FIANZA ENTRE EL DEUDOR Y EL FIADOR

Para analizar esta materia vamos a distinguir los derechos que tiene el fiador contra el deudor con anterioridad al pago de la deuda y los que pueda ejercitar con posterioridad al mismo.

A) *Derechos del fiador anteriores al pago*

- 1.º Tiene derecho a obtener la retribución o precio de la fianza cuando se haya pactado y puesto a cargo del deudor.
- 2.º Tiene la denominada acción de cobertura o relevación de fianza, con la que el fiador tiende a obtener la relevación de la misma o una garantía que lo ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia del deudor (art. 1843 *in fine*). Es una acción contra el deudor, ya que la exoneración del fiador solo podrá lograrla el demandado pagando al acreedor, o consiguiendo de algún modo su consentimiento, pero nunca por su sola voluntad. Los casos en los que procede la acción de revelación son los siguientes:
 1. Cuando el fiador se ve demandado judicialmente para el pago
 2. En caso de quiebra, concurso o insolvencia
 3. Cuando el deudor se ha obligado a relevarle de la fianza en un plazo determinado y este plazo ha vencido
 4. Cuando la deuda ha llegado a hacerse exigible por haberse cumplido el plazo en que debía satisfacerse (15)
 5. Al cabo de diez años, cuando la obligación principal no tiene término fijo para su vencimiento, a menos que sea de tal naturaleza que no pueda extinguirse sino en un plazo mayor de los diez años, ya que no sería justo que el fiador permaneciese ligado indefinidamente a las responsabilidades de la fianza.

El TS, en sentencia de 31 de octubre de 1994, ha declarado que: «La relevación de la fianza en los supuestos del artículo 1843 del Código Civil, no se produce automáticamente e *ipso iure*, sino que requiere ineludiblemente, según

(15) Producido el incumplimiento de la obligación y no efectuado el pago por el deudor, es inminente el riesgo para el fiador de tener que efectuarlo, lo que justifica esta medida.

el propio precepto expresa, que el fiador ejercite contra el deudor la pertinente acción judicial para obtener dicha relevación de la fianza».

B) *Derechos del fiador por efecto del pago*

Le corresponde la denominada acción de reintegro o reembolso así como la posibilidad de subrogarse en el crédito pagado. Vamos a analizar cada uno de estos derechos.

En cuanto a la acción de reembolso, el artículo 1838 del Código Civil dice: «El fiador que paga por el deudor debe ser indemnizado por este», fijando a continuación el contenido de la indemnización que comprenderá: la cantidad total de la deuda, los intereses legales desde que se haya puesto el pago en conocimiento del deudor, los gastos ocasionados al fiador después de hacer saber al deudor que ha sido requerido para el pago y los daños y perjuicios cuando procedan. Este derecho de reembolso tiene lugar aunque la fianza se haya dado ignorándolo el deudor.

En cuanto a la subrogación se regula en el artículo 1839 del Código Civil: «El deudor se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor. Si ha transigido con el acreedor, no puede pedir al deudor más de los que realmente haya pagado». Esta acción se considera una subespecie de la contemplada en el artículo 1210.3 del Código Civil. Se excluyen de la subrogación los derechos personalísimos, intransmisibles y que cuantitativamente el fiador no puede obtener por vía de subrogación una suma superior a la realmente pagada al acreedor.

La diferencia de la subrogación con la acción de reembolso es que en la primera se permite al fiador que paga, en papel de subrogado, utilizar todas las garantías y derechos accesorios inherentes al crédito originario. Sin embargo, si ha transigido con el acreedor el derecho a cobrar no se extiende a todo el importe del crédito primitivo, sino a lo que realmente se paga que suele ser inferior como consecuencia de la renuncia parcial de ambos sujetos para hacer posible la transacción.

A priori parece que la acción de subrogación es más ventajosa porque incorpora mayores garantías de cobro, antigüedad de la deuda, etc. Pero aparte de que el Código y la jurisprudencia no establecen prioridad entre una y otra acción, la cuestión se remite al criterio del fiador que en unos casos le conviene más la subrogación y, en otros el reembolso.

Pero también el fiador debe tener en cuenta otras dificultades, ya que el reembolso tiene sus propias limitaciones. El artículo 1841 del Código Civil establece que si la deuda era a plazo y el fiador la pagó antes de su vencimiento, no podrá exigir reembolso del deudor hasta que el plazo venza. El artículo 1840 del Código Civil impone al fiador el deber de informar al deudor de su intención de efectuar el pago, con la finalidad de que este, a su vez, le comunique las excepciones que tiene frente al acreedor y susceptibles de alegarse, por tanto, por aquel. Si el fiador incumple el deber de notificar su propósito de pago o si facilitados por el deudor los medios de defensa, no los opone oportunamente, podrá este reiterarlos en vía de regreso. Por lo demás, la falta de notificación no impide la existencia del reembolso (STS de 14 de noviembre de 1981).

3. EFECTOS DE LA FIANZA ENTRE LOS COFIADORES

El artículo 1844 del Código Civil concede un derecho de reintegro al cofiador que ha pagado frente a los restantes cofiadores diciendo: «Cuando son dos o más los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, el que de ellos haya pagado podrá reclamar de cada uno de los otros la parte que proporcionalmente le corresponda satisfacer. Si alguno de ellos resultare insolvente, la parte de este recaerá sobre todos en la misma proporción». Pero para que un fiador pueda ejercitar el derecho de reembolso «es preciso que se haya hecho el pago en virtud de demanda judicial o hallándose el deudor principal en estado de concurso o quiebra» *ex* artículo 1844.3 del Código Civil.

La doctrina considera que no tendrá lugar esta acción de regreso en los casos de cofianza solidaria, que será de aplicación el artículo 1145 del Código Civil (STS de 4 de mayo de 1993), ya que se pretende limitar en la menor medida posible los derechos del fiador. En el mismo sentido, las SSTs de 19 de noviembre de 1982, 8 de julio de 1988, 2 de diciembre de 1988 y 24 de mayo de 1994, entre otras, entienden que la finalidad de las restricciones legales es evitar a los cofiadores los perjuicios de una conducta infundada, unilateral, o incluso maliciosa por parte del cofiador que pagó.

Por otro lado, respecto a las excepciones contenidas en el artículo 1845 del Código Civil, este artículo tipifica que los cofiadores pueden oponer al que pagó las mismas excepciones que habrían correspondido al deudor principal contra el acreedor y que no fueren puramente personales del mismo deudor. En cuanto al fundamento de este artículo, la doctrina ha intentado encontrarlo en la misma razón de ser del artículo 1840 del Código Civil, ya que si el deudor puede oponer al fiador que ha realizado el pago sin ponerlo en su conocimiento las excepciones que le correspondían frente al acreedor al tiempo de hacerse el pago, lo mismo debe admitirse en el caso de que un cofiador frente al fiador que paga por ser la misma situación que surge entre el fiador y el deudor principal, una vez que se ha realizado el pago por el cogarante (16).

Se considera a los cofiadores como si fueran deudores principales frente al que pagó, sin que puedan utilizar las excepciones puramente personales del deudor principal. Sin embargo, la doctrina más reciente ha sostenido que el fundamento no es tan idéntico al caso contemplado en el artículo 1840 del Código Civil, ya que si el deudor no ha podido oponer al acreedor alguna excepción para poder evitar el pago o disminuirlo, es lógico que también el fiador pueda utilizarlas si paga sin comunicárselo. Ahora bien, la situación de cofianza determina que se den unas circunstancias distintas y resulta insuficiente que a los cofiadores solo se le concedan la posibilidad de utilizar las excepciones que correspondan al deudor principal frente al acreedor. Por lo tanto, en una relación de cofianza las personas que intervienen son múltiples, por lo que las excepciones que se

(16) FALCÓN, M., *Código Civil español*, tomo IV, Madrid, 1889, pág. 402, «la regla así en los términos absolutos en que está expuesta, no será siempre justa. Será justa cuando se trata de una excepción común a todos los fiadores, como por ejemplo, la excepción de prescripción u otra semejante, porque no han de pagar los cofiadores la torpeza o ignorancia del fiador demandado que pagó, pudiendo haber excepcionado la prescripción. Pero será injustísima si la excepción era una excepción particular de uno o varios cofiadores, como la compensación con un crédito de los mismos, porque el fiador que pagó no estaba obligado a saber que existiesen tales excepciones».

pueden oponer son más numerosas que las que se podrían oponer en el caso de relación deudor, acreedor y fiador.

Finalmente, en relación con el subfiador, el artículo 1846 dice: «El subfiador en caso de insolvencia del fiador por quien se obligó, queda responsable a los cofiadores en los mismos términos que lo estaba el fiador», ya que en dicho caso el subfiador se subroga en la situación jurídica del fiador.

IV. EXTINCIÓN DE LA FIANZA

La fianza es una obligación accesoria que como tal ha de extinguirse cuando se extinga la obligación principal, pero además es una obligación en sí misma que se extinguirá por las causas generales de las obligaciones. CASTÁN distingue entre modos directos y modos indirectos de extinción, ambos se encuentran aludidos en el artículo 1847 del Código Civil, que dice: «La obligación del deudor se extingue al mismo tiempo que la del deudor y por las mismas causas que las demás obligaciones».

1. EXTINCIÓN DE LA FIANZA POR CONSECUENCIA DE LA EXTINCIÓN O MODIFICACIÓN DE LA DEUDA PRINCIPAL

- a) Pago de la obligación principal u ofrecimiento seguido de consignación aceptada por el acreedor, con la particularidad de que aunque este autorice al deudor para retirar la cosa, los fiadores quedan libres según el artículo 1181 del Código Civil.
- b) Novación extintiva de la obligación principal, pudiendo solo subsistir la obligación accesoria en cuanto aproveche a un tercero que no haya intervenido en la novación (art. 1207).
- c) Dación en pago: libera al fiador si el acreedor acepta voluntariamente un inmueble u otros efectos en pago de la deuda, aunque después los pierda por evicción en base al artículo 1849 del Código Civil.
- d) Condonación de la deuda principal, ya que esta, según el artículo 1190 del Código Civil, extingue las obligaciones accesorias.
- e) Confusión, que puede recaer en la persona del deudor o en la del acreedor principal *ex* artículo 1193 del Código Civil.
- f) Compensación, ya que el fiador puede oponer esta respecto de lo que el acreedor debiere a su deudor principal.
- g) Prórroga de la obligación principal. El artículo 1851 del Código Civil la recoge como causa de extinción cuando se concede al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador. El TS ha señalado que debe ser expresa y voluntariamente concedida por el acreedor. Este precepto ha sido interpretado restrictivamente durante algún tiempo por el TS, en el sentido de que solo se aplica a aquellas prórrogas que excepcionalmente impliquen verdadera novación y, por lo tanto extinción de la fianza. Sin embargo, consideramos con LACRUZ (17) que la finalidad de este precepto es tratar de evitar los perjuicios al fiador en la acción de regreso, toda

(17) LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*. Tomo II, ed. Dykinson, Madrid, 1999, pág. 354.

vez que el deudor puede venir a la situación de insolvencia durante el tiempo de prórroga, habiendo operado sin su consentimiento que resulta necesario para ello en todo caso.

- h) Obstáculos en la subrogación. El artículo 1852 del Código Civil dice: «Los fiadores, aunque sean solidarios, quedan libres de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo» (18).

2. EXTINCIÓN DE LA FIANZA POR CAUSAS DERIVADAS DEL DERECHO COMÚN DE LAS OBLIGACIONES

- a) Confusión en base a lo dispuesto en el artículo 1848 del Código Civil: «La confusión que se verifica en la persona del deudor y en la del fiador, cuando uno de ellos hereda al otro, no extingue la obligación del subfiador». Ello se justifica porque el deudor no puede ser fiador de sí mismo, pero en relación al subfiador no hay ningún obstáculo para cumplir la obligación de la fianza.
- b) Liberación o perdón de la fianza. El artículo 1850 del Código Civil señala que: «La liberación hecha por el acreedor a uno de los fiadores, sin el consentimiento de los otros, aprovecha a todos hasta donde alcance la parte del fiador a quien se ha otorgado».

V. LA FIANZA EN LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL

Centrándonos en las reglas sobre fianzas contractuales de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), podemos señalar que la CCI elaboró en 1978 unas Reglas Uniformes relativas a las garantías contractuales en colaboración con organizaciones gubernamentales y de comercio exterior, sobre todo UNCITRAL, que han sido muy poco utilizadas, en parte porque no regulaban las llamadas «garantías a demanda» o «a primer requerimiento» (19). Estas reglas existen aún, pero han sido desplazadas por las actuales *IIC Uniform Rules for contracts bonds* y su guía explicativa.

Atendiendo a su concepto podemos definir las como toda garantía o documento escrito emitido por el garante a favor del beneficiario para que, en caso de incumplimiento, el garante se comprometa a pagar la indemnización u otra forma de compensación hasta el importe de la fianza o, a opción del garante, cumplir o ejecutar el contrato o cualquier otra obligación. Se aplica la legislación del país que las partes elijan para el cumplimiento de la fianza y en su defecto, la del contrato principal.

(18) El TS, en sentencias de 31 de marzo de 1927 y 7 de octubre de 1933, ha señalado que el hecho del acreedor ha de ser personal, directo y de carácter positivo, excluyéndose la mera pasividad o falta de diligencia.

(19) Estas garantías surgieron tras la Segunda Guerra Mundial y se caracterizan por la absoluta independencia de las obligaciones del garante y del ordenante y que no es necesario el incumplimiento del ordenante para que el beneficiario tenga derecho a la reclamación, con lo que el garante queda obligado a satisfacer el importe de la indemnización cuando el beneficiario se lo reclame.

En cuanto a su ámbito de aplicación, las RRUUGC se aplican a toda fianza que así se indique o las incluya, haciendo referencia a las mismas y al número de su publicación en base al artículo 1.a). Pero el apartado *b)* del mismo precepto establece una serie de limitaciones a la aplicación de tales Reglas: 1.^a) Cuando sean incompatibles con lo dispuesto en la fianza, y 2.^a) Cuando sean incompatibles con las normas imperativas de la legislación aplicable a la fianza. En estos casos, prevalecerá para la parte que sea incompatible, lo dispuesto en la fianza o en las disposiciones imperativas de la legislación aplicable, según corresponda.

Esta fianza es fundamentalmente accesoria, porque está íntimamente conectada con el contrato afianzado y la responsabilidad del garante está igualmente conectada y no podrá exceder a la responsabilidad del afianzado según el contrato. En esta línea, el artículo 3.b) señala que: «La responsabilidad de garante frente al beneficiario en razón de la fianza es accesoria a la responsabilidad del afianzado y surgirá como consecuencia del incumplimiento».

En cambio, no parece tener carácter subsidiario, ya que lo único que se exige para que el beneficiario pueda reclamar es que se haya producido el incumplimiento y que la reclamación se haya hecho con ciertos requisitos. No obstante, puede que existan problemas derivados del carácter naturalmente subsidiario que los artículos 1830 y 1831 del Código Civil atribuyen a la fianza y del carácter solidario de la fianza mercantil. Por ello, es aconsejable que, aun cuando la fianza se sujete a las Reglas, se consigne en ella expresamente la renuncia al beneficio de excusión (20).

Atendiendo a su estructura:

Se consideran elementos subjetivos en el funcionamiento de la garantía: el beneficiario o toda persona que presenta una oferta para celebrar un contrato o lo celebra y asume la responsabilidad en primer grado que se derive de dicho contrato, el garante o toda persona que emite o suscribe una fianza en nombre del afianzado y el afianzado o toda persona que presenta la oferta para celebrar un contrato con el beneficiario o lo celebra directamente con él, o asume las responsabilidades por todas las obligaciones contractuales.

Se considera importe de la fianza la suma señalada en la misma como responsabilidad máxima total o la suma inferior que resulte de deducir de la fijada contractualmente el importe del pago efectuado en cumplimiento total o parcial de una reclamación.

En cuanto a la forma, deben constar como estipulación en la fianza los siguientes extremos: la designación de los sujetos, afianzado, beneficiario y garante, el contrato y las obligaciones cubiertas con la fianza si no garantiza su totalidad, el importe y sus posibles reducciones, la fecha de entrada en vigor, o de inicio y la de vencimiento, la opción del garante entre cumplir el contrato u otra obligación, el procedimiento para casos de siniestro y el modo de dirimir las disputas.

El escrito y la expresión por escrito incluye toda teletransmisión autenticada o mensaje verificado mediante intercambio electrónico de datos (EDI) equivalente.

(20) Esta renuncia es práctica habitual en las garantías prestadas por aseguradores. El hecho de que el garante responda solidariamente con el afianzado hará a las fianzas contractuales mucho más eficaces, ganando en viabilidad y difusión.

La responsabilidad del garante frente al beneficiario es accesoria a la responsabilidad del afianzado frente al beneficiario en el contrato y nace en caso de incumplimiento de las obligaciones garantizadas. La responsabilidad del garante no será superior al importe de la fianza.

La fecha de duración será de seis meses posteriores a la última fecha para cumplimiento del contrato o de parte de sus obligaciones, salvo pacto en contrario. En la fecha de vencimiento se produce la extinción de la fianza y, la obligación del garante, también podrá cancelarse en cualquier momento la fianza mediante devolución de la misma al garante o mediante notificación por escrito firmada por el beneficiario o su representante que exima de cualquier responsabilidad.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV.: *Régimen jurídico de las garantías contractuales en el comercio internacional*, Madrid, 1981.
- CAMACHO DE LOS RÍOS, J.: «Reglas uniformes de la CCI para fianzas contractuales», en *Revista Española de Seguros*. Publicación doctrinal de Derecho y Economía de los seguros privados, núm. 79, julio-septiembre de 1994.
- CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, 15.^a ed., tomo IV, *Derecho de Obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*, Madrid, 1993.
- CRISTÓBAL MONTES, A.: «La supuesta extinción del beneficio de división en la cofianza», incluido en el *Libro Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Tomo I, ed. Colegio de Registradores, 2006.
- DELGADO ECHEVARRÍA: «La fianza», en LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones*, vol. 2.^o *Contratos y cuasicontratos, delito y cuasidelito*, 3.^a ed., Barcelona, 1995.
- FALCÓN, M.: *Código Civil español*, tomo IV, Madrid, 1889.
- GUILARTE ZAPATERO, V.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBADALEJO, M., tomo XXIII, Edersa, Madrid, 1990.
- «Fianza general, fianza solidaria y contratos de confort», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XVI: *Derechos personales de garantía: aval, fianza, crédito y caución, cláusula penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*, Tomo II, ed. Dykinson, Madrid, 1999.
- MEDINA DE LEMUS, M.: *Derecho Civil. Obligaciones y contratos*, Tomo II, vol. 2, *Contratos*, ed. Dilex, Madrid, 2005.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: *Los efectos jurídicos de la fianza entre los cofiadores*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- TORRES MATEOS, M. A.: *Contratos de garantía. Fianza, Hipoteca y Prenda*, ed. Aranzadi, Navarra, 2006.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 21 de noviembre de 1924.
 STS de 25 de octubre de 1932.
 STS de 3 de marzo de 1936.
 STS de 21 de junio de 1941.
 STS de 10 de febrero de 1950.

STS de 16 de junio de 1953.
STS de 3 de marzo de 1956.
STS de 25 de febrero de 1958.
STS de 21 de febrero de 1960.
STS de 13 de febrero de 1962.
STS de 21 de marzo de 1962.
STS de 7 de febrero de 1963.
STS de 3 de abril de 1968.
STS de 3 de junio de 1968.
STS de 16 de junio de 1970.
STS de 2 de junio de 1976.
STS de 14 de noviembre de 1981.
STS de 19 de noviembre de 1982.
STS de 11 de junio de 1984.
STS de 22 de diciembre de 1986.
STS de 27 de noviembre de 1986.
STS de 10 de abril de 1987.
STS de 8 de julio de 1988.
STS de 4 de mayo de 1993.
STS de 24 de mayo de 1994.
STS de 31 de octubre de 1994.
STS de 23 de febrero de 1996.
RDGRN de 31 de julio de 1928.

RESUMEN

FIANZA

En este trabajo vamos a analizar el contrato de fianza que es una especie de los llamados de garantía, que son aquellos que tratan de asegurar el cumplimiento de una obligación principal. Como dispone el artículo 1822 del Código Civil: «Por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo este». Se trata, por lo tanto, de un contrato por el cual una tercera persona, distinta del acreedor y del deudor, se obliga al cumplimiento de una obligación subsidiariamente, es decir, cuando el deudor o fiador anterior no la cumplan.

Analizamos sus caracteres y clases, así como los efectos que produce entre el fiador y el acreedor, entre el deudor y el fiador y entre los cofiadores, así como las excepciones oponibles por los cofiadores al que realiza el pago. Tam-

ABSTRACT

BOND

This paper looks at performance bonds, which are a kind of security agreement. Security agreements in their turn are agreements designed to ensure that a certain primary obligation is discharged. As article 1822 of the Civil Code says, «One is obligated by the bond to pay or to comply for a third party should the third party fail to comply». The performance bond is, then, an agreement under which a third person who is neither the lender nor the borrower undertakes to discharge an obligation subsidiarily, i.e., should the borrower or previous surety fail to do so.

The reader is walked through an analysis of the natures and classes of performance bonds and the effects produced between the surety and the lender, between the borrower and the surety, and amongst cosureties, as well

bién exponemos las distintas formas de extinción de la fianza y su tratamiento en la jurisprudencia del TS, terminando con una referencia a la fianza en la contratación internacional.

as the exceptions cosureties may submit against a surety who is making payment good. The different ways of terminating a bond are explained. Supreme Court case law on bonds is reviewed. Lastly, there is a reference to bonds in international contracts.

1.6. Responsabilidad Civil

EXAMEN JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE ILÍCITOS DAÑOSOS CAUSADOS POR PERSONAS CON TRASTORNOS MENTALES

por

FÁTIMA YÁÑEZ VIVERO

Profesora Contratada Doctora del Departamento de Derecho Civil de la UNED

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS GUARDADORES POR ACTOS LESIVOS DE LA PERSONA NO INCAPACITADA JUDICIALMENTE: 1. JUSTIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL GUARDADOR DEL ENFERMO MENTAL. 2. RESPONSABILIDAD DEL PSIQUIATRA Y DE LOS CENTROS SANITARIOS QUE TRATAN AL ENFERMO MENTAL. 3. RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO O DEL TITULAR DE UN ESTABLECIMIENTO MERCANTIL. 4. RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 5. RESPONSABILIDAD DE LOS ASEGURADORES Y MECANISMOS COLECTIVOS DE INDEMNIZACIÓN. 6. DAÑOS CAUSADOS POR LAS COSAS QUE EL ENFERMO MENTAL ARROJASE DESDE UNA CASA.—III. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA HACIA LA RESPONSABILIDAD DEL PROPIO ENFERMO MENTAL.—IV. CONCLUSIÓN.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

Los daños causados a terceros por personas que padecen trastornos psíquicos tienen un constante reflejo en la actualidad informativa de los medios de comunicación y en los tribunales de justicia (1). Los casos de los ilícitos causados por una doctora de la *Fundación Jiménez Díaz* o por algunas personas implicadas en el atentado terrorista del 11 de marzo, en Madrid, constituyen solo dos manifestaciones del problema que, por la alarma social creada, han sido objeto de una gran difusión. En este último caso, nuestro Tribunal Supremo entiende, en sentencia dictada el 17 de julio de 2008, que el trastorno esquizoide, con episodios psicó-

(1) Este trabajo tiene su origen en una monografía de la misma autora, titulada *Culpa civil y daño extracontractual originado por persona incapaz. Un análisis en el marco del Derecho Europeo de Daños*, Aranzadi (Colección de monografías asociadas a la Revista de Derecho Patrimonial), 2009.

ticos, que padece uno de los imputados, no le impide valorar las consecuencias de entrega de explosivos a persona que pretende realizar atentados terroristas.

Es altamente frecuente que el ilícito dañoso originado por la persona incapaz constituya un delito o falta tipificados en el Código Penal. De hecho, es la jurisprudencia penal la que nos brinda los principales datos sobre la responsabilidad civil de personas que —en la terminología penal— sufren una anomalía o alteración psíquica. En efecto, la justicia penal nos ofrece un amplio «muestreo» tanto de los diversos tipos de daños originados como de las peculiaridades psíquicas de quienes los causan.

Una buena parte de los autores de esos daños padecen una esquizofrenia paranoide o un trastorno de naturaleza esquizoide. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1997 (Sala de lo Civil), la de 28 de mayo de 2002 (Sala de lo Penal), la de 30 de abril de 2003 (Sala de lo Civil), o la ya citada sentencia del *Caso 11 M*, de 17 de julio de 2008 (Sala de lo Penal). Véase, también, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 5 de junio de 2006, que juzga el caso de la médica de la clínica perteneciente a la *Fundación Jiménez Díaz*, que, en el curso de una crisis esquizofrénica paranoide con delirios de persecución y alucinaciones, ataca a varios de sus compañeros de trabajo y a todo aquel que se encuentra por los pasillos de la planta del hospital en el que trabaja, causando tres asesinatos consumados y otros tres en grado de tentativa.

Y la mayor parte de los daños causados son lesiones —a veces desencadenantes de muerte— ocasionadas por una pistola o un cuchillo de cocina. El uso del cuchillo de cocina es muy habitual. Véanse, por ejemplo, los casos de las sentencias del Tribunal Supremo, de 18 de marzo de 2002 (Sala de lo Penal), de 13 de julio de 2002 (también de lo Penal), o de la Audiencia Provincial de Segovia de 8 de junio de 1999, o la precitada SAP de Madrid, que enjuicia el caso de la *Fundación Jiménez Díaz*.

Más esporádicamente, los daños son —casi en exclusiva— de tipo patrimonial, originados por un incendio o por un escape de gas. Es el caso del incendio de la STS de 28 de mayo de 2002 (Sala de lo Penal), o de la explosión por gas butano, de la SAP de Badajoz, de 10 de septiembre de 2001 (Sección 3.^ª).

Pues bien, ante los daños patrimoniales o personales causados a terceros por una persona mayor incapaz se plantea la necesidad de determinar quién responde de tal daño. Sin perjuicio de la responsabilidad del agente directo, los sujetos encargados de su guarda podrán ser obligados a responder frente a la víctima. Estos sujetos pueden ser tutores en sentido estricto si la persona mayor está judicialmente incapacitada, o bien guardadores en sentido amplio si la persona no ha sido judicialmente incapacitada. Familiares, psiquiatras, centros psiquiátricos, hospitalarios o residenciales son algunos de los sujetos contra los que se puede dirigir una demanda de responsabilidad por un daño que directamente no han causado, al margen de la responsabilidad del propio sujeto con discapacidad psíquica que ha causado el daño.

II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS GUARDADORES POR ACTOS LESIVOS DE LA PERSONA NO INCAPACITADA JUDICIALMENTE

1. JUSTIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL GUARDADOR DEL ENFERMO MENTAL

En la práctica, lo frecuente será que la persona no esté incapacitada, aunque sufra un trastorno o una grave enfermedad física o psíquica que le impida

autogobernarse. Si la figura de la incapacidad es una figura en crisis, como han señalado algunos especialistas en esta materia, más delicada y compleja será todavía su intervención cuando el incapaz sea una persona de avanzada edad, porque, en ese caso, no será fácil determinar si concurre propiamente una causa de incapacidad (de las establecidas genéricamente en el art. 200 CC) o si, por el contrario, la causa de la incapacidad no es otra que la edad avanzada. Lo cierto es que, en la práctica, pocas son las incapacitaciones judiciales y muchas las situaciones en las que el incapaz está privado, en parte o en su totalidad, de su capacidad de autogobierno y, en consecuencia, está sometido a un «guardador de hecho» o a un guardador que no es tutor *stricto sensu*. En consecuencia, es curioso constatar, siguiendo a MARTÍNEZ DÍE, que tres preceptos (los que nuestro Código Civil dedica a la guarda de hecho) adquieren una importancia muy superior a los ciento cinco artículos que el Código destina a regular las instituciones de protección de las personas incapacitadas judicialmente: la tutela, la curatela y el defensor judicial (2). El curador no respondería civilmente por los daños causados por el sometido a curatela, por no ejercer las funciones representativas propias de un tutor, limitándose a completar la capacidad del sujeto (3). Si respondería, sin embargo, el defensor judicial, ya que esta figura tutelar puede llegar a desempeñar las funciones propias de un tutor (4).

Cuando el sujeto incapaz no está judicialmente incapacitado, no hay un tutor a quien atribuir la responsabilidad por los daños causados por el pupilo a terceras personas. Parece lógico, pues, plantearse la responsabilidad del guardador de hecho en sentido estricto, es decir, de ese sujeto que sustituye al tutor y que ejerce las funciones que este habría desempeñado si el sujeto hubiese estado incapacitado. Pero, a diferencia de otros ordenamientos, en el español, no está regulada expresamente la responsabilidad de ese sujeto que no es tutor aunque desempeñe la función de este. Ante esta laguna, los autores se han preguntado por el fundamento y cobertura legal de una responsabilidad que parece obvia pero no está expresamente regulada (5). Algunos lo han encontrado en una aplicación

(2) Vid., del citado autor, «Los discapaces no incapacitados. Situaciones especiales de protección», en VV.AA., *Los discapacitados y su protección jurídica*, dir. por GONZÁLEZ POVEDA, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pág. 174.

(3) La opinión es prácticamente unánime. Vid. DE SALAS MURILLO, *Responsabilidad civil e incapacidad*, Tirant lo Blanch, 2003, pág. 248 y sigs.; DÍAZ ALABART, «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela», en *ADC*, julio-septiembre de 1987, pág. 831; o GUTIÉRREZ CALLES, *La guarda del enfermo mental: deberes y responsabilidades*, Dykinson, 2004, pág. 243.

(4) GUTIÉRREZ CALLES, *op. cit.*, pág. 244.

(5) LACRUZ BERDEJO señala que la enumeración del artículo 1903 es muy concreta y precisa y que, por tanto, no debe admitirse la extensión por analogía de una norma que impone responsabilidad. Según este autor, cuando el guardador sea una persona distinta de las enumeradas en ese precepto del Código Civil, su responsabilidad solo podrá derivar de daños causados por «una falta propia de la diligencia que debió observar en la custodia que le incumbía». Vid. *Elementos de Derecho Civil*, II-1, 2.ª ed., Bosch, 1985, págs. 563 y sigs. Se trataría, pues, de una responsabilidad por culpa propia y en la que esta no se presume, como sucede en el caso de los guardadores expresamente contemplados en el 1903. Para GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO no es posible hacer una interpretación analógica o extensiva de un precepto sancionador. Vid., de este autor, *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, Bosch Editor, 1992, pág. 266. También lo entiende de este modo, ROGEL VIDE en *La guarda de hecho*, Tecnos, 1984, pág. 135, y ROCA Y TRIÁS, *Derecho de Daños*, Tirant lo Blanch, 3.ª ed., 2000, pág. 95.

analógica del artículo regulador de la responsabilidad del tutor (art. 1903 CC) (6). Otros, por el contrario, sostienen que el fundamento de tal responsabilidad reside en una norma del Código —la del art. 229— que establece lo siguiente: «*Estarán obligados a promover la constitución de la tutela, desde el momento en que conocieran el hecho que la motivare, los parientes llamados a ella y la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado y, si no lo hicieren serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados*» (7).

Buen exponente de esta última opinión es la sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de septiembre de 1984, en la que se condena a los padres al amparo del artículo 229 por no haber instado la correspondiente incapacitación y tutela (8). En la misma línea discurre el razonamiento de otra sentencia del Tribunal Supremo, la de 5 de marzo de 1997. Sin embargo, en esta y a diferencia de la primera, no se condena a los padres, porque estos acreditan que no conocían la gravedad de la enfermedad de su hijo y que, últimamente, este no se comportaba de modo violento. Se trataba de un esquizofrénico paranoide no incapacitado que mata a tres niños en Badajoz. Los padres de los menores demandan al psiquiatra y a los padres del autor de las muertes. El psiquiatra fallece antes del momento procesal oportuno para contestar a la demanda, por lo que no puede resultar condenado. En cuanto a los padres, el Tribunal Supremo considera que quedan exentos de responsabilidad por haberse probado que desconocían la gravedad de la enfermedad de su hijo y que, en consecuencia, no tenían elementos de juicio para incapacitarlo. De haber condenado a alguien, según el Tribunal Supremo, este habría sido el especialista —ya fallecido— que no comunicó la gravedad de la enfermedad.

(6) Así, por ejemplo, DÍAZ ALABART, *La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela*, cit., pág. 835; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, «Los problemas de responsabilidad civil por los hechos ilícitos de incapaces», en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje a Castán Tobeñas*, vol. II, Eunsal, 1969, pág. 105; o SANTOS BRIZ, «Comentario de los artículos 1903-1904 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por ALBALADEJO, T. XXIV, Edersa, 1984, pág. 562.

(7) Vid., en este sentido, YZQUIERDO TOLSADA, «La responsabilidad civil de menores e incapacitados. Panorama anterior y posterior a la reforma del Código Civil en materia de tutela», en *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares*, Ed. ICAI, Madrid, 1984, págs. 180 y sigs.; o GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *La protección civil del enfermo mental...*, cit., págs. 267 y sigs.

(8) El supuesto de hecho era el de un mayor de edad no incapacitado que mató a una mujer que trabajaba en la casa donde aquel residía con su madre. Declarado exento en vía penal por la existencia de una enajenación mental, se acude a la vía civil, previa reserva de la correspondiente acción, para exigir una indemnización a la madre y hermanos del declarado enajenado. El Tribunal Supremo, confirmando los pronunciamientos de instancia, declara que es procedente tal pretensión indemnizatoria contra los familiares del autor de los hechos porque, conocido el estado psíquico de este, incumplieron lo dispuesto en el artículo 293 del Código Civil (hoy 229) en orden a solicitar la constitución de la tutela del familiar incapaz. En el sistema penal anterior al actualmente vigente no estaba regulada expresamente la responsabilidad civil del guardador de hecho y esa es, quizá, la razón por la que trata de justificarse su responsabilidad en una norma (antes 293, hoy 229) que, como veremos, no parece constituir fundamento suficiente para ello.

En sentido opuesto, se manifiesta la STS (Sala Segunda) de 8 de marzo de 1984 que, prescindiendo del artículo 293.2 (hoy art. 229), fundamenta la ausencia de responsabilidad de los padres en la falta de incapacitación o patria potestad prorrogada al no constar la incapacitación. En otros términos: en este pronunciamiento se realiza una aplicación literal del artículo 1903 del Código Civil, cuya letra solo hace referencia a los padres y tutores pero no a los guardadores de hecho.

Son varios los autores que manifiestan su conformidad con la tesis basada en la responsabilidad de los padres y de los guardadores de hecho del incapaz, por no haber instado la oportuna tutela del mismo. Puntualiza PARRA LUCÁN que: «al dirigir la demanda de indemnización de daños contra los padres (...) el letrado de los demandantes no hizo sino lo que aconseja la doctrina científica que se ha ocupado de esta materia. En efecto, nuestra doctrina suele dar por supuesto que, además de los tutores, son responsables quienes, teniendo la obligación de promover la constitución de la tutela no lo han hecho, con base en el actual artículo 229» (9).

En mi opinión, el artículo 229 no ofrece cobertura suficiente a la responsabilidad civil del guardador de hecho del incapaz. En primer lugar, no podemos descuidar el dato de que el precepto se refiere a la tutela y no a la incapacitación (10). Por tanto, el precepto literalmente interpretado ofrece un ámbito de aplicación muy reducido, quedando limitado a aquellos supuestos de incapacitados sujetos a patria potestad prorrogada o tutela en los que el padre o la madre o el tutor fallecen y hay que nombrar otro tutor. Literalmente interpretado, pues, el 229 establece la responsabilidad del guardador de hecho del incapaz por no haber instado la tutela, no por haber dejado de instar la incapacitación judicial. En otras palabras: el incapaz estaría ya incapacitado a la espera de la designación de tutor. Hoy, y tras la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000), la referencia que hace este precepto a la tutela carece de sentido, en la medida en que lo normal será que, habiéndose incapacitado judicialmente a una persona, el propio juez incoe el segundo procedimiento de jurisdicción voluntaria para nombrar tutor.

Pero, aun prescindiendo de la interpretación literal y acudiendo a una interpretación histórica —el art. 229 procede del antiguo 293, redactado en un contexto en el que la principal preocupación era la de regular la tutela sin prestar tanta atención a la incapacitación (11)—, considero dudosa la responsabilidad civil del guardador al amparo de este precepto. La considero dudosa por dos motivos: de un lado porque, previamente, habría que preguntarse si existe un deber legal de promover la incapacitación de una persona, puesto que existiendo ese deber, la sanción del artículo 229 estaría plenamente justificada. De otro lado, y al margen de que exista o no ese deber de promover la incapacitación del sujeto carente de autogobierno, habría que plantearse si existe o no una relación de causalidad entre el hecho de no solicitar la incapacitación y el daño cometido por quien debiendo estar incapacitado no lo está.

En cuanto a la primera cuestión, la respuesta parece que debe ser negativa a la luz del artículo 757 de la LEC vigente: no existe un deber legal de promover la incapacitación. En efecto, el referido precepto, relativo a la legitimación en los procesos de incapacitación, dice que «1. La declaración de incapacidad

(9) Vid. «Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de marzo de 1997», en CCJC, núm. 44, 1997, pág. 779.

(10) Como arguye SEISDEDOS MUIÑO, para sostener que el citado precepto no puede ser invocado para fundamentar la responsabilidad del guardador de hecho, las situaciones susceptibles de tutela son objetivas y concretas, mientras que la incapacitación abarca una amplia gama de posibilidades y no siempre es fácil saber *a priori* si procede o no. Vid. «Responsabilidad civil derivada de delitos cometidos por los llamados *incapaces naturales*. A propósito de los artículos 118.1.1.^a del nuevo Código Penal y 229 del Código Civil», en AC, núm. 9, 1999, pág. 266 y sigs.

(11) Vid. la referencia a esta interpretación en GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *op. cit.*, pág. 268.

pueden promoverla el presunto incapaz, el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes o los hermanos del presunto incapaz (...) 3. Cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación. Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal». Es evidente que el uso de la locución «pueden promoverla» indica una posibilidad y no una obligación. Por otra parte, el guardador de hecho que no sea familiar o pariente del presunto incapaz ni siquiera podrá promover la declaración. Como máximo, y con carácter facultativo, estará legitimado para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal aquellos hechos que, en su caso, puedan originar la correspondiente incapacitación.

En consecuencia, al no existir, tras la nueva LEC, un deber de promover la incapacitación, difícilmente se podrá sancionar el incumplimiento de un deber inexistente. En todo caso, y en relación a la segunda cuestión apuntada, habría que plantearse hasta qué punto la causa de los daños causados a terceros por el incapaz que, debiendo estar incapacitado, no lo está (por presunta omisión de sus guardadores), reside en la no incapacitación propiamente dicha. Si admitimos esta relación de causalidad estamos concibiendo la incapacitación como una camisa de fuerza que ata al incapaz y cuya inexistencia origina todo tipo de males, entre ellos, que este cause daños a terceros. La producción de daños por parte del incapaz tendrá que ver con muchos factores y, fundamentalmente, con el trastorno que lo incapacita, pero no con la ausencia de incapacitación judicial. Si así fuese, la solución sería fácil: incapacitar a todos los enfermos físicos o psíquicos que no puedan autogobernarse para evitar que dañen a terceros.

No queda nada clara, en consecuencia, la responsabilidad civil extracontractual del guardador de hecho a la luz del citado artículo 229. Además, habría que preguntarse si el guardador de hecho responde por los daños ocasionados al no instar una declaración —a la que no está obligado por cierto—, o por los daños ocasionados por el incapaz natural sometido a su protección. En el segundo caso, la responsabilidad sería directa, mientras que en el primero ni siquiera sería subsidiaria, y lo único que podría existir es un derecho de reembolso del incapaz, siempre que se acreditase previamente la delicada relación de causalidad entre la no incapacitación y el acto lesivo. En definitiva, entiendo que el artículo 229 no está pensado para justificar la responsabilidad civil del guardador de hecho por actos ilícitos del incapaz, sino para otros supuestos en los que se produce un daño en el patrimonio del incapaz que, si hubiese estado incapacitado, no se habría producido, al existir un representante legal que, en nombre y en beneficio del incapacitado, le habría protegido.

Como señalan algunos autores, el Código de Familia catalán, en su artículo 183.1, resuelve el problema mucho mejor que el 229 del Código Civil porque, expresamente, limita la responsabilidad de los guardadores a los daños sufridos por el menor o incapaz a consecuencia de no promover la incapacitación y la tutela (12). Quedan, por tanto, excluidos en el texto catalán los daños irrogados por el menor o el incapaz a terceros.

(12) Vid. SEUBA TORREBLANCA, FARNÓS AMORÓS y FERNÁNDEZ CRENDE, «Daños causados por personas con trastornos mentales», en *Indret* 2/2004, www.indret.com, pág. 18.

Excluida, en mi modesta opinión y por los motivos que he señalado, la vía del artículo 229 para fundamentar la responsabilidad del guardador de hecho, parece aceptable la de la interpretación analógica o extensiva del artículo 1903 del Código Civil (13). Entiendo que se trataría *stricto sensu* de una interpretación extensiva, porque no aplicamos la regulación de una institución absolutamente ajena a la guarda de hecho, sino la norma reguladora de la responsabilidad civil extracontractual derivada de una institución afín: la tutela.

Esta interpretación extensiva de la norma que regula la responsabilidad civil de los tutores implicará que, también para los guardadores no tutores del incapaz, habrá de regir, en la práctica, la rígida inversión de la carga de la prueba que vienen exigiendo nuestros tribunales para padres o tutores. No tendría sentido hacer distingos en cuanto a la prueba liberatoria que ha de exigirse a sujetos cuya responsabilidad está fundada en el criterio de la culpa «in vigilando» y cuya única diferencia entre ellos reside en que el sujeto esté o no incapacitado judicialmente. Por tanto, carece de justificación, en mi opinión, defender que la responsabilidad del guardador se basa en una culpa propia que la víctima ha de probar (art. 1902 CC), mientras que la del tutor se basa en una culpa presunta que este ha de desvirtuar.

El criterio que se adopte habrá de ser común, porque la responsabilidad de ambos obedece a una misma razón de ser. Y si el criterio legislativo adoptado por el artículo 1903 del Código Civil es excesivamente riguroso con padres y tutores y exige una suavización futura, la misma suavización habrá de darse para el caso del guardador. Entretanto, no hay razones, a mi juicio, para establecer distinciones en cuanto a la prueba liberatoria, si bien de *lege ferenda* la responsabilidad de tutores y guardadores debería asentarse en el criterio de la culpa por actos propios —no ajenos—, que no habrá de presumirse, sino probarse a través de una ligera carga de la prueba para la víctima.

2. RESPONSABILIDAD DEL PSIQUIATRA Y DE LOS CENTROS SANITARIOS QUE TRATAN AL ENFERMO MENTAL

El cambio, producido hace ya unas cuantas décadas, en la concepción psiquiátrica de las patologías nerviosas y mentales consiste, básicamente, en considerar al sujeto que padece esas patologías no como un ser peligroso del que la sociedad debe defenderse, sino como una persona que necesita cuidados y que, en la medida de lo posible, debe ser integrada en la vida social. Buen exponente de este cambio es la ley italiana de 13 de mayo de 1978 (*legge*, núm. 180) que sustituye a una vieja ley del año 1904 y que suprime los denominados «manicomios» (14).

(13) Vid. la SAP de Badajoz, de 10 de septiembre de 2001, ya citada anteriormente, en la que la figura del guardador de hecho se entiende incluida en el espectro del artículo 1903 del Código Civil. Aunque esta sentencia también fundamenta, en el 1902, la responsabilidad de la mujer —considerada guardadora de hecho— del enfermo mental que causa una grave explosión de gas, «al haber dejado a una persona con sus facultades mentales afectadas viviendo sola en una casa de su propiedad y con una cocina de gas en perfecto estado de funcionamiento» (Fundamento Jurídico cuarto).

(14) El inductor de la Ley 180 fue el psiquiatra Franco BASAGLIA, líder de la denominada antipsiquiatría italiana y máximo defensor del cierre de los «manicomios». Basaglia fue imputado por el asesinato cometido por un paciente suyo, Giordano Savarin, que mató a sus padres con un cuchillo.

Los países en los que reviste mayor importancia la intersección entre la ciencia psiquiátrica y el derecho de la responsabilidad civil son, probablemente, Francia y los Estados Unidos de América. En ambos concurren, según un autor italiano, dos condiciones que favorecen ese encuentro (15): de un lado, una cultura en la que está muy vivo el debate sobre los problemas actuales de la psiquiatría; y, de otro, la alta frecuencia de los juicios en materia de responsabilidad civil en el ámbito de la actividad psiquiátrica.

Se ha señalado que en materia de responsabilidad del psiquiatra o de los hospitales psiquiátricos, se producen unas peculiaridades que no se presentan en otros ámbitos de la profesión médica: en un gran número de casos, el profesional de la psiquiatría es demandado en juicio, como responsable, por no haber impedido que un enfermo demente se cause daño a sí mismo o a terceros (16). Los daños a terceros causados por estas personas aumentarán, probablemente, con la nueva concepción terapéutica de la psiquiatría que, a diferencia de la precedente, tiende a integrar en la sociedad a los individuos que sufren trastornos mentales. Esta nueva concepción de la ciencia psiquiátrica desencadenará, igualmente, un cambio en los criterios con los que debe valorarse la conducta del profesional.

Si el psiquiatra era considerado, antes que médico, una especie de carcelero que debía defender a la sociedad de individuos que se presumen peligrosos, parece claro que se le debía exigir una rigurosa conducta de custodia, aun sacrificando el fin terapéutico que debe presidir toda actuación médica. Los criterios de valoración de la conducta del psiquiatra eran, pues, muy severos. A ello había que añadir, al menos para el Derecho italiano, la existencia del artículo 2047 del Código Civil, según el cual, como ya se sabe, en caso de daño causado por persona incapaz de entender y querer, quedará obligado a resarcir quien esté encargado de la guarda y cuidado de incapaz, salvo que pruebe no haber podido impedir el hecho lesivo. En consecuencia, si el psiquiatra o el hospital psiquiátrico eran demandados por la víctima del daño ocasionado por uno de estos sujetos que estuviese prácticamente abandonado, tenían la carga de probar la propia imposibilidad de impedir el daño.

Si, por el contrario, el psiquiatra pasa a ser un profesional con funciones estrictamente terapéuticas y, además, los tratamientos son, en general, voluntarios y fuera de centros hospitalarios, ya no puede predicarse que, por regla común, el psiquiatra sea un sujeto encargado de la vigilancia del paciente, en el sentido del artículo 2047 del Código italiano (17). En consecuencia, ya no puede decirse que el psiquiatra sea un sujeto asimilado al tutor, a quien deba exigírsele una obligación de custodia similar a la de este último. Si el enfermo no está ingresado, parece claro que la posible responsabilidad del psiquiatra habrá que reconducirla al paradigma general de la responsabilidad civil, en el que la carga de la prueba la tiene la víctima del daño (art. 1902 CC español o 2043 CC italiano, por ejemplo).

Si el enfermo estuviese excepcionalmente sujeto a un internamiento forzoso por razón de trastorno psíquico, tal vez podría aplicarse al psiquiatra el régimen

(15) Vid. CATTANEO, «La responsabilità civile dello psichiatra e dei servizi psichiatrici», en *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, coord. por CENDON, ESI, 1988, pág. 218.

(16) CATTANEO, *op. cit.*, pág. 219.

(17) La citada ley italiana de reforma psiquiátrica de 1978 derogó todas aquellas normas que sancionaban al médico por falta de custodia del enfermo mental o por no denunciar una situación de necesario internamiento de un sujeto con estas características, o por no denunciar una fuga del sujeto internado en un hospital psiquiátrico.

de responsabilidad civil por actos del enfermo privado de capacidad de entender y querer, establecido en el citado artículo 2047. Sin embargo, la inversión de la carga de la prueba que correspondería, en su caso, al psiquiatra, debe ser acorde con el sistema normativo. Se ha apuntado que para probar el hecho de no haber podido evitar el daño, el médico no tiene que demostrar haber usado métodos al margen de la ciencia y de la ley (18). Bastará con que pruebe haber mantenido una conducta razonable y científicamente correcta de acuerdo con las circunstancias.

En la experiencia norteamericana, el psiquiatra solo responde, por falta de pericia profesional en el diagnóstico o en el tratamiento terapéutico, cuando se aprecia una culpa grave. En estos casos, el acto dañoso causado por el enfermo será la prueba de que el juicio profesional sobre la enfermedad y su curación era equivocado; pero ese error profesional se trata como un *honest error* o *mistake* que no constituye base suficiente para declarar la responsabilidad civil del profesional (19). Asistiríamos, así, a una tendencia de signo opuesto respecto a la trayectoria de la jurisprudencia contemporánea en materia de responsabilidad médica en general, que tiende a elevar cada vez más el nivel de competencia y pericia profesional exigidas a los profesionales de la salud.

El parámetro de la culpa profesional grave en el ámbito de la psiquiatría se extiende, también, a Europa. Así, el Tribunal italiano de Bolzano, el 9 de febrero de 1984, aprecia la existencia de culpa grave en la actuación de la psiquiatra del caso Tschager en el que el sujeto, de apellido Tschager, intenta suicidarse arrojándose al lago de Fiè. Fue salvado *in extremis* e ingresado en un hospital de esa ciudad bajo el diagnóstico de una grave crisis depresiva. La psiquiatra que lo visita en el curso de esta estancia hospitalaria considera conveniente, en atención a la avanzada edad del paciente, enviarlo a su domicilio con el correspondiente tratamiento. A los pocos días de regresar a casa, el señor Tschager se suicida (20).

Contra la sentencia del Tribunal de Bolzano se desencadena una virulenta reacción por parte de un grupo de médicos psiquiátricos del hospital de Bolzano donde trabajaba la profesional condenada, que cristaliza en una carta enviada a la prensa en la que, de modo resumido, se dice que un diagnóstico psiquiátrico no puede equipararse a la interpretación de una radiografía. En el ámbito psiquiátrico, continúa señalando la carta, la sintomatología es siempre confusa y no siempre la respuesta más conveniente es correcta, especialmente cuando se trata de curar a personas ancianas, como era el caso. Ante un paciente de edad avanzada, con un importante decaimiento psíquico, con síntomas poco claros y con la garantía de una asistencia familiar de confianza (circunstancias todas ellas verificadas por la colega de los autores de la carta), sería un grave obstáculo para

(18) Vid. CATTANEO, *op. cit.*, pág. 222.

(19) Vid. BREGOLI, «Figure di sorveglianti dell'incapace dopo l'avvento della legge 180», en *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, coord. por CENDON, ESI, 1988, pág. 841.

(20) A pesar de las insistencias del propio paciente y de sus familiares de continuar curándose en el hospital a la vista de las circunstancias precedentes, la psiquiatra diagnostica un simple estado de ansiedad y no una crisis depresiva como se había diagnosticado anteriormente. El Tribunal de Bolzano entiende que queda probada la grave imprudencia de la conducta de una profesional inexperta, por considerar que no podía haber ignorado que las enfermedades en el campo de la psiquiatría se pueden manifestar de modo poco claro, con síntomas equívocos que pueden determinar errores de apreciación y, por tanto, de diagnóstico.

su recuperación un ingreso hospitalario en un ambiente frío, donde no se puede garantizar el aislamiento respecto a otros pacientes con patologías más severas y donde el enfermo suele caer en un estado confusional y de desorientación, perdiendo notablemente la lucidez (21).

En el caso reflejado parece haberse producido un error en el diagnóstico médico o, quizá más propiamente, en las medidas adoptadas por el médico, pero, ¿es lo suficientemente grave como para determinar la responsabilidad de la psiquiatra? La respuesta no es sencilla. El antecedente de suicidio del paciente es muy cercano en el tiempo al momento en que la psiquiatra adopta la decisión de no ingresarlo (un mes aproximadamente). Además, tanto el paciente como su hijo insisten en la conveniencia del ingreso para la curación del paciente. Sin embargo, la edad del paciente, fundamentalmente, hace que la profesional no considere oportuno el ingreso para la recuperación del paciente, asumiendo, así, un indudable margen de riesgo en la evolución de la patología mental: el suicidio. Pero parece que este riesgo profesional no permite calificar la conducta del psiquiatra como culposa en estado grave. El nivel de culpa alcanzado en esta actuación queda atenuado por el riesgo que siempre deben asumir los profesionales de la psiquiatría, al adoptar medidas que tienden a equilibrar el difícil conflicto entre la libertad y recuperación social del paciente y la tutela de su propia integridad física y del resto de la sociedad al convivir y relacionarse con él.

También en la jurisprudencia americana podemos citar dos casos relevantes en esta materia, ambos procedentes del estado de California, de los que se deduce que el juicio de previsibilidad es la clave de resolución de ese conflicto que acabamos de enunciar, aunque la previsibilidad de que se materialice o no el daño con el que amenaza el enfermo no es nada fácil de apreciar. Se trata de los casos «Tarasoff versus Regents of the University of California», resuelto en 1976 por la *Supreme Court of California*, y el caso «Chris Bragg versus Juden Valdez», resuelto en 2003 por la *Court of Appel of California*. En ambos, los respectivos tribunales de justicia consideran que los facultativos han incurrido en grave negligencia porque la inminencia del peligro era tan evidente que habría exigido adoptar una serie de medidas que no fueron adoptadas por los psiquiatras. La inminencia del peligro se podía deducir, en el primer caso, de que el enfermo (Poddar) reveló al Doctor Moore, del Hospital de la Universidad de California, su intención de matar a Tatiana Tarasoff. El psiquiatra advierte de esta circunstancia a la policía del campus y, después de ser detenido, fue puesto en libertad por su apariencia de normalidad. Poco después, mató a la Tarasoff. El Tribunal Supremo de California condena al psiquiatra porque considera que avisar a la policía no era suficiente y que tenía que haber adoptado otras medidas terapéuticas (22).

En relación a la responsabilidad personal del psiquiatra, la jurisprudencia española ha tenido, también, ocasión de pronunciarse, aunque *obiter dicta* y no

(21) Vid. la referida misiva del colectivo médico en *Giurisprudenza di Merito* (nota al Trib. de Bolzano), 1985, II, pág. 681.

(22) Situación similar fue la enjuiciada por el Tribunal de Apelación, también de California, en el otro caso anunciado, el de «Chris Bragg versus Juden Valdez». En este, la madre del paciente había advertido a los médicos que su hijo tenía ideas suicidas, que el padre del enfermo padecía esquizofrenia y que había amenazado a diferentes personas que le cuidaban. Los facultativos, basándose en que el paciente no tenía un seguro médico privado que costeara el centro adecuado para su tratamiento, le dieron el alta sin advertir ni a él ni a su familia de las graves consecuencias que podría tener el dejar de tomar la medicación que se le estaba suministrando. Pocos días después, el enfermo mata a una anciana y a poco se suicida.

ratio decidendi, porque los familiares de las víctimas desisten de su acción contra el psiquiatra al fallecer este en los momentos iniciales del pleito. Se trata de la STS, de 5 de marzo de 1997, a la que hemos hecho referencia anteriormente, en la que una persona que sufre una esquizofrenia paranoide, sometida a tratamiento psiquiátrico, dispara a varios sujetos con la pistola reglamentaria de su padre. Los familiares de las víctimas piden la responsabilidad solidaria de los padres del autor del delito y del psiquiatra. Este último fallece antes de la comparecencia previa al juicio y, por ello, los demandantes desisten de sus pretensiones frente a él. El Tribunal Supremo absuelve a los padres por considerarlos desconocedores de la trascendencia de la enfermedad que sufre su hijo y entiende que «de existir alguna responsabilidad sería del facultativo, que no comunicó la clase de enfermedad que padecía (...)» (Fundamento de Derecho segundo).

La responsabilidad civil del psiquiatra por daños causados a terceros por su paciente parece exigir, principalmente, la apreciación de tres factores: de un lado, el juicio de previsibilidad, de otro, la culpa grave en el error de diagnóstico o tratamiento; y, finalmente, la ponderación y resolución del delicado conflicto suscitado entre el derecho a la intimidad del paciente y el secreto del psiquiatra, por una parte, y, por otra, el deber de información de este y su correspondiente intervención cuando sea razonablemente necesario.

El tratamiento de la enfermedad mental conlleva una gran imprevisión e incertidumbre en cuanto a su eficacia y, por ello, parece lógico ese aumento en el estándar de culpa exigible al psiquiatra respecto a otro profesional de la salud para determinar su responsabilidad. La adopción de un parámetro distinto de culpa para valorar la actividad de los profesionales de la psiquiatría pudiera hacer irrelevante, *prima facie*, el brocardo *in legge Aquilia et levissima culpa venit*, pero podría constituir una variación del estándar de conducta exigible, en atención a las circunstancias del caso y a otros de los elementos que prevé el artículo 4:102 de los PETL. «*El estándar de conducta exigible —establece el apartado primero de la referida norma— es el de una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias y depende, en particular, de la naturaleza y el valor del interés protegido de que se trate, de la peligrosidad de la actividad, de la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo, de la previsibilidad del daño, de la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas, así como de la disponibilidad y del coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos*».

Este menor rigor en los criterios de determinación de la responsabilidad del psiquiatra, derivado de la liberalización de los tratamientos psiquiátricos, va aparejado a una mayor asunción de responsabilidad por parte de las administraciones públicas de las que depende la asistencia psiquiátrica (23). Se trata de otra modalidad de responsabilidad vicaria, cada vez más frecuente, a la que se acude con independencia de la existencia de culpa o no en la actuación dañosa. Este modelo de responsabilidad sin culpa iniciada en algunos países, como Francia, es criticada en la doctrina de otras naciones por considerar que se escapa del

(23) Tal es el supuesto que resuelve el Consejo de Estado francés en el año 1967, en el denominado caso *Département de la Moselle* (13 de julio de 1967). Se trataba de un enfermo psíquico que internado forzosamente en un hospital psiquiátrico le había sido concedida un salida temporal consistente en vivir y trabajar en casa de un agricultor. Durante esta estancia, el enfermo prendió fuego a un edificio perteneciente al agricultor. El departamento administrativo, al que pertenece el hospital psiquiátrico, fue declarado responsable de este hecho dañoso por el riesgo derivado de adoptar una medida terapéutica que, como la salida del hospital, implica un especial riesgo para terceros.

ámbito estricto de la responsabilidad civil y que se fundamenta en una idea de la solidaridad humana, con fundamento en la cual toda la colectividad representada por el Estado (o por otro ente público) debe soportar las consecuencias económicas dañosas de los tratamientos dirigidos a curar la salud psíquica de sus miembros (24).

En el panorama jurídico español se han dictado varios pronunciamientos judiciales favorables a la responsabilidad de los centros hospitalarios o psiquiátricos donde el enfermo recibe tratamiento o está ingresado, especialmente cuando esos centros sanitarios se integran en la estructura de una administración pública. Así, la STS, de 6 de octubre de 1989, establece la responsabilidad del hospital psiquiátrico dependiente de una Diputación Provincial donde está ingresado un esquizofrénico (25). En sentido similar se manifiesta la sentencia, también del Supremo, de 16 de marzo de 1992. Por tanto, la responsabilidad individual del profesional de la psiquiatría se desplaza hacia el hospital en el que presta sus servicios, sin perjuicio de una posible acción de repetición contra aquel si hubiese sido negligente.

Lo sorprendente de las dos sentencias citadas es que se aprecia una responsabilidad civil que no está contemplada expresamente en la ley, porque el artículo 20 del Código Penal (que se invoca como apoyo jurídico en ambas sentencias) solo se refería (en el texto vigente en la época en la que se resuelven esos litigios) a la responsabilidad civil de los guardadores legales de los incapaces. No había en ese texto referencia expresa alguna a los guardadores de hecho o a los convencionales. La responsabilidad de los hospitales psiquiátricos, antes del Código Penal de 1995, parece estar fundamentada en una genérica obligación de custodia que asumen estos centros.

Tras el Código Penal de 1995, la responsabilidad civil del centro hospitalario parece poder fundamentarse en dos pilares: de un lado, en la posición de guardador —sea legal, de hecho, o, incluso, convencional, complementario del legal— que puede asumir respecto al paciente; de otro, en la responsabilidad que adquiere por las acciones u omisiones culpables o negligentes del personal sanitario que trabaja al servicio de su rama de actividad o funciones (arts. 1903 CC, o 118.1.1.º CP y 120.3.º y 4.º, también del CP).

El centro hospitalario puede ser guardador legal cuando haya asumido la guarda a consecuencia de un mandato judicial, o convencional cuando haya un convenio por el cual asume la guarda; o bien puede ser guardador de hecho cuando no existe tal resolución judicial y el hospital atiende, por ejemplo, de urgencia, al sujeto que padece un trastorno psíquico. Como guardador del paciente ingresado en su estructura, el centro hospitalario adquiere unas obligaciones de vigilancia y control sobre el mismo pero, además, y este es el otro pilar de su

(24) Vid., en este sentido, la opinión de CATTANEO, *op. cit.*, pág. 223.

(25) Se trataba de un esquizofrénico que, sin permiso de salida, y como consecuencia de la falta de medidas de vigilancia del centro, provoca un incendio. Tras ser condenados el hospital y la Administración a indemnizar por los daños causados, la Administración recurre ante el Tribunal Supremo por considerar que, al no haber sido el ingreso consecuencia de un mandato judicial, no hay responsabilidad. El Tribunal Supremo desestima el recurso basándose en que, al margen del origen judicial o no del ingreso, la administración aceptó, en uno de sus establecimientos psiquiátricos, el ingreso del paciente y, consecuentemente, «surge un deber legal de custodia... y todo quebrantamiento en la diligencia vigilante determinante de culpa o negligencia, cual aquí sucede, conlleva la aplicación y efecto de la regla del artículo 20 del Código Penal».

responsabilidad, ha de asumir la falta de diligencia por parte del personal sanitario al servicio de su rama de actividad o función. Y todo ello, naturalmente, al margen de la posible responsabilidad individual del propio enfermo, causante directo de los daños.

Todos estos elementos han concurrido en la SAP de Guipúzcoa, de 3 de febrero de 2003, supuesto en el cual, a consecuencia de un alta de carácter experimental concedida por un hospital psiquiátrico de San Sebastián a un enfermo diagnosticado de esquizofrenia paranoide crónica, de vuelta a su domicilio, este arremete por la espalda y a la altura de la nuca al demandante, causándole traumatismo cervical. La Audiencia, previa reserva de la acción civil por el demandante y después de la renuncia de la acusación a la acción penal, declara la existencia de responsabilidad del hospital con fundamento en el artículo 1903 del Código Civil por falta de control sobre el paciente ingresado o, en su caso, por infracción de alguno de los facultativos del hospital de la diligencia debida conforme a la *lex artis*, sin perjuicio de la responsabilidad del propio causante de los daños. La Audiencia consideró que la autorización de la salida domiciliaria era prematura ante las concretas circunstancias del paciente y constituía una infracción de la *lex artis*.

Aparte de la responsabilidad del centro hospitalario por el daño causado por un enfermo en él ingresado, el hospital es también responsable civil subsidiario por el daño causado a terceros por parte del dependiente a su servicio (art. 120.4.º CP). Tal fue el caso reciente, del que se hicieron eco todos los medios de comunicación, en el que una médica de un hospital de la *Fundación Jiménez Díaz* mata, en el transcurso de su jornada laboral, a tres personas, el 3 de abril de 2003. El dictamen pericial del caso dejaba bastante claro que se trató de una imprudencia por parte de la dirección del centro mantener a la doctora en su puesto de trabajo, habida cuenta de que era altamente previsible que el trastorno que padecía abocase en la comisión delictiva (SAP de Madrid, de 5 de junio de 2006). Me parece interesante reseñar que la responsabilidad civil subsidiaria del centro hospitalario, derivada del ilícito penal causado por el dependiente a su cargo, exige que este haya sido declarado criminalmente imputable (art. 120.4.º CP). En el caso de la *Fundación Jiménez Díaz*, en la conducta delictiva de la doctora se apreció una eximente de enajenación mental, pero incompleta. Si fuese completa, la resolución del caso cambiaría sensiblemente y la responsabilidad civil del centro sanitario habría de perseguirse, en su caso, por la vía del artículo 1903 del Código Civil.

Parece que también responderá la administración sanitaria en caso de que el incapaz ingresado en un centro psiquiátrico, al suicidarse o tratar de hacerlo, origine daños a terceros (26).

3. RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO O DEL TITULAR DE UN ESTABLECIMIENTO MERCANTIL

La responsabilidad del empresario en el concreto ámbito de este estudio se puede plantear en dos situaciones diferentes: a) responsabilidad del empresario por el daño ocasionado a terceros por el dependiente o empleado que sufre

(26) Tal fue el caso enjuiciado por la STS de 12 de marzo de 1975, que concede una indemnización a los padres y a la novia de la víctima, fallecida mientras paseaba con aquella por una calle de Granada, cuando se le vino encima un enfermo mental que intentaba suicidarse arrojándose por la ventana del hospital en el que estaba ingresado.

trastornos psíquicos; b) responsabilidad del empresario por el daño ocasionado por un enfermo sometido a la vigilancia o control de alguno de sus empleados. El causante directo del daño es, como puede apreciarse, diferente: en el primer caso el daño procede del propio empleado; en el segundo caso, el daño es causado por un sujeto ajeno a la estructura empresarial, pero por estar sometido a la guarda o vigilancia de un dependiente o empleado del propio empresario, genera la responsabilidad civil de este. Ambos casos entrarían en el ámbito de aplicación del párrafo cuarto del artículo 1903 del Código Civil [son responsables: «(...) los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones»].

La responsabilidad del empresario se asimila a la del centro hospitalario que hemos tratado en el epígrafe precedente, habida cuenta de que en algunas ocasiones los hospitales se constituyen como organizaciones empresariales, de naturaleza privada. En la aplicación judicial de las reglas de responsabilidad empresarial en este ámbito nos hemos encontrado con tres tipos de supuestos:

1. Aquellos en los que el ingresado en uno de estos establecimientos causa daños a terceros (SAP de Guipúzcoa, de 6 de marzo de 2001). Si el daño es constitutivo de delito y su autor es inimputable penalmente, el precepto aplicable será el 118.1 del CP (SAP de Asturias, de 6 de marzo de 2001). Si, por el contrario, el daño es constitutivo de delito y su autor es considerado penalmente imputable, el precepto aplicable será el 120.3 del Código Penal, que establece una responsabilidad subsidiaria de la empresa por actos de sus empleados. Ahora bien, puede convenir, en este caso, reservar la acción civil para un proceso posterior de la misma naturaleza (*ex art. 119 CC*), donde se podrá invocar el 1903 del Código Civil que, como se sabe, establece una responsabilidad principal y directa del «empresario» o similar, con independencia de que el agente sea penalmente imputable o no.
2. En otros supuestos, es el padre de uno de los pacientes el que causa daños al propio médico de su hijo. Es el caso enjuiciado en la STS, de 13 de julio de 2002, en el que se aplica el artículo 120.3 del Código Penal por considerar que las personas titulares del establecimiento (Centro de Salud Mental y Servicio de Sanidad del Principado de Asturias) han infringido reglamentos de policía y disposiciones de autoridad, al carecer el establecimiento de servicios de seguridad y control de las personas que acuden al mismo (Fundamento de Derecho Único).
3. Finalmente, existen casos en los que es el propio empleado el que causa daños a terceros (caso de la *Fundación Jiménez Díaz*, que da lugar a la SAP de Madrid, de 5 de junio de 2006).

4. RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS (27)

La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas pudiera plantearse en aquellos casos en los que entre el causante material del daño y una administración existiese una relación especial de sujeción, como, por ejem-

(27) Vid., con carácter general, MORETÓN SANZ, «Residencias de mayores y responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: nuevas perspectivas a la luz de la

plo, la que puede darse en el supuesto de una persona internada en un centro psiquiátrico público que causa daños a un tercero, o la del policía en activo que sufre un trastorno mental y mata a otro con su arma.

En nuestro ordenamiento jurídico, la responsabilidad vicaria de las Administraciones Públicas configura uno de los paradigmas de la responsabilidad civil objetiva. El artículo 139 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992, establece lo siguiente:

«Principios de la responsabilidad.

1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos» (28).

A la vista de este precepto y del nuevo artículo 239 del Código Civil, tras la redacción dada por la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, pocas dudas ofrece la responsabilidad del correspondiente ente público por los daños ocasionados a un tercero por quien, encontrándose en situación de desamparo, padece trastornos psíquicos, pero no está incapacitado y, por tanto, no sometido a la tutela *stricto sensu* del ente público. Sin embargo, en estos casos y en todos aquellos en los que la Administración Pública que corresponda asuma formalmente la tutela del judicialmente incapacitado, la responsabilidad civil de la administración no es, en puridad, una responsabilidad objetiva, sino una responsabilidad fundamentada en la hipotética culpa de quien está obligado a vigilar o a controlar a otro.

Aun en el caso de que el sujeto tutelado no viva en instalaciones pertenecientes a la Administración Pública tutora, la jurisprudencia no suele aplicar la ya mencionada doctrina del «traspaso de responsabilidad» a la persona con la que «cohabite» el incapacitado para descargar, así, a la administración de las obligaciones derivadas de la tutela. Significativa al respecto es la STS de 5 de octubre de 1995. En ella se declara la responsabilidad de una Administración Pública, tutora de un menor, por el fallecimiento de este en unas colonias de verano regentadas por una asociación que había firmado un convenio con esa Administración. El sujeto que se encargaba de los cuidados del menor cuando este falleció era la asociación, pero el Tribunal declara responsable a la tutora por entender que «no puede trasladar los riesgos del cometido de tutela, guarda, custodia y formación del menor». En definitiva, raramente las Administraciones Públicas españolas, tutoras o guardadoras, podrán exonerarse de las obligaciones propias de la tutela o de la guarda, aunque su imputación podrá ser, en muchos casos, a título de culpa —al menos presunta— y no de responsabilidad objetiva.

ley española 39/2006, de autonomía personal y atención a la dependencia», en *Estudios de Derecho de Daños*, dirigidos por COLLANTES, Estudio Mario Castillo Freyre, Perú, 2011.

(28) La administración responsable podrá, no obstante, repetir contra el funcionario (art. 145.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) o contra el empleado en régimen laboral (art. 1903.4 CC) cuando estos hayan incurrido en culpa.

Diferente fue el criterio adoptado en Italia, por el Tribunal de Reggio Emilia, el 18 de noviembre de 1989, que absolvió a la USL (*Unità Sanitaria Locale*), número 10 de Guastalla, por el secuestro y homicidio de una niña de tres años por parte de un sujeto mayor de edad que presentaba precarias condiciones de salud mental y que, tras haber cumplido la mayoría de edad, deja de estar sometido a la tutela del órgano público, aunque este continúa ocupándose provisionalmente del joven, a la espera de encontrar la institución más adecuada para atender el caso. El Tribunal fundamenta la absolución de la Administración Pública en el hecho de que ha dejado de ser guardadora legal del autor de los hechos y que ni siquiera ha asumido espontáneamente la función de prevenir o evitar actos dañinos contra terceros. Siendo el artículo 2047 una norma excepcional —apunta el citado Tribunal— no puede extenderse a sujetos que no hayan adquirido un previo deber de guarda (29).

La sentencia del Tribunal de Reggio Emilia no obtuvo una pacífica acogida en el ámbito doctrinal italiano. Se sostiene que la protección de los sujetos carentes de capacidad de entender y querer, afectados de graves trastornos psíquicos, forma parte de las funciones institucionales de las administraciones públicas y que, en consecuencia, están obligadas a garantizar una mínima calidad en su actuación (30).

En nuestro ordenamiento, tras la nueva redacción del artículo 239 del Código Civil, el correspondiente ente público no habría podido resultar exonerado de responsabilidad en una situación similar.

Un año después de la sentencia del Tribunal de Reggio Emilia, el Tribunal de Trieste se pronuncia sobre un asunto similar de modo completamente diverso (31). En la sentencia triestina, un hombre de cincuenta años mata, a cuchilladas, a su hija de treinta años. El homicida padece esquizofrenia y, después de haber pasado diez años en un manicomio, vuelve a Trieste, donde es ingresado en un centro de salud mental especializado. Durante varios años, el personal sanitario controlará al sujeto sin adoptar ningún tratamiento de internamiento obligatorio. En este último periodo temporal se produce el trágico acontecimiento y el marido de la fallecida actúa contra la USL (*Unità Sanitaria Locale*) exigiendo, como representante legal del hijo de la víctima, el resarcimiento de los daños ocasionados a este por la muerte de la mujer, basándose en que cuando llegó a Trieste, el autor de los hechos presentaba «*segní evidenti di squilibrio mentale e pericolosità sociale*» y que esos signos debían haber llevado a la administración sanitaria a actuar de modo diverso.

La defensa de la USL contestó a la demanda arguyendo que, durante todo el periodo en que el sujeto había estado ingresado en su centro de salud mental, había manifestado una conducta prácticamente normal, con algunas excepciones esporádicas, limitadas y nada alarmantes. Continúa señalando la defensa de la USL que no resulta posible invocar una norma como la del artículo 2047 del *Codice Civile*, porque entiende que tras la reforma psiquiátrica, los centros de salud mental no tienen funciones de custodia y no asumen los poderes coercitivos propios del deber de vigilancia regulado en el precitado artículo del *Codice*.

(29) Vid., la citada sentencia en *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1990, I, pág. 549 y sigs.

(30) Vid., CENDON, en *NGCC*, 1990, I, pág. 550 y sigs.

(31) Vid., sentencia del citado Tribunal, de 23 de noviembre de 1990, en *NGCC*, 1993, I, pág. 986.

El Tribunal triestino sostiene que el artículo 2047 no impone un control continuado y absoluto por parte de los sujetos obligados a la guarda, pero atribuye a estos la valoración de la intensidad y de los medios para llevar a cabo tal guarda y vigilancia, de manera que se pueda conseguir el justo equilibrio entre la libertad de movimiento y desarrollo de la personalidad de los sujetos sometidos a control y la necesaria protección de los terceros.

Ese justo equilibrio entre la recuperación de los enfermos mentales y la salvaguarda de la colectividad respecto a los daños ocasionados por estos actúa como telón de fondo en este proceso desarrollado ante el Tribunal de Trieste, ciudad esta pionera en Italia en la aplicación de la reforma psiquiátrica de 1978, caracterizada por una larga tradición en el proceso de superación de los manicomios y en una organización muy desarrollada en la estructura de prevención, cura y rehabilitación de la enfermedad mental (32).

Supuesto fáctico diferente a los reflejados anteriormente, es el de la posible responsabilidad de una administración en uno de cuyos centros se encuentra ingresada una persona que golpea duramente a una enfermera que la atiende por los trastornos psíquicos que padece (sentencia de la *Corte di Cassazione* de 13 de abril de 1973). La responsabilidad de la Administración Pública se establece con fundamento en una norma cuya función es la de regular la obligación por parte del empleador de adoptar todas aquellas medidas que, de acuerdo con la particularidad del trabajo, la experiencia y la técnica, sean necesarias para tutelar la integridad física y moral del empleado (art. 2087 *Codice Civile*). La citada norma laboral se aplica a una administración pública, por considerar que en la organización de los servicios psiquiátricos que le corresponden, no ha previsto un número suficiente de asistentes sanitarios por cada paciente y de ello deriva el daño causado a uno de sus «dependientes».

Hemos indicado anteriormente que esta responsabilidad representa uno de los paradigmas de la responsabilidad objetiva en nuestro ordenamiento jurídico: se responde con independencia o al margen de que el funcionamiento del servicio público sea normal o anormal. Sin embargo, la jurisprudencia trata de buscar una actuación culposa por parte de la administración, a fin de declararla responsable y buena muestra de ello son algunas recientes sentencias del Tribunal Supremo, como las de 30 de abril de 2003 o 21 de junio de 2001 (Sala 1.^a), o la de 15 de abril de 2000 (Sala 3.^a). En ellas, el Supremo coincide en afirmar que la responsabilidad de la administración se basa en la culpa, por no haber adoptado determinadas medidas de cara al control del funcionario agente del daño o del sujeto sometido a su asistencia o vigilancia (33).

(32) Vid. VENCHIARUTTI, *La protezione civilistica dell'incapace*, Giuffrè, 1995, pág. 565.

(33) Los hechos de la STS, de 30 de abril de 2003, fueron los siguientes: un guardia civil al que se le había diagnosticado un desorden esquizofrénico disparó varias veces con su arma reglamentaria, causando la muerte de una persona e hiriendo a otra. Tras ello, se suicidó. El Supremo condena solidariamente a los herederos del guardia civil (por tanto, se considera que este es plenamente responsable del ilícito), y a la Administración a pagar una cierta indemnización a los familiares de las víctimas. La responsabilidad de la Administración se basó en la culpa por haber autorizado el uso del arma, a pesar de que era conocedora de los trastornos que afectaban al funcionario.

En la STS de 21 de junio de 2001 se condenó a la Diputación Provincial de Toledo, a la que pertenece el hospital psiquiátrico donde ingresa una paciente con una agitación psicomotriz, a la que se le administra una dosis de tranquilizante y, tras proceder a su contención mecánica, se la deja sola en la habitación. Poco después, prende fuego a su cama

5. RESPONSABILIDAD DE LOS ASEGURADORES Y MECANISMOS COLECTIVOS DE INDEMNIZACIÓN

Es muy frecuente que, tanto centros hospitalarios, Administraciones Públicas como empresarios recurran a la suscripción de seguros para hacer frente a los riesgos que han de asumir, derivados de sus relaciones con personas que sufren trastornos psíquicos. El perjudicado podrá, de este modo, reclamar directamente contra el asegurador de quien hubiese incurrido en culpa o negligencia en la vigilancia de los causantes de los daños que estuviesen a su cargo (art. 76 de la Ley del Contrato de Seguro). Se contempla, no obstante, la posibilidad de que la compañía aseguradora ejercite una acción de repetición contra el asegurado, pero solo en caso de que este haya actuado dolosamente (34).

El artículo 19 de la Ley del Contrato de Seguro, por otro lado, prohíbe la «asegurabilidad» del dolo del asegurado, lo cual no es óbice para entender que sí puede quedar asegurado el dolo de las personas por las que el asegurado debe responder civilmente, de acuerdo con el artículo 1903 del Código Civil (35).

En el ámbito de la responsabilidad criminal, el artículo 117 del CP establece la responsabilidad directa de los aseguradores hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio de la acción de repetición contra quien corresponda. Ello hace que se pueda calificar tal responsabilidad como principal y no subsidiaria. Y así fue apreciada en la STS de 13 de julio de 2002, en la que la compañía aseguradora es considerada responsable directa del ilícito realizado por el padre de uno de los pacientes —mató con un cuchillo al médico que trataba a su hijo— ingresado en el Servicio de Salud Mental del Principado de Asturias. Tanto el referido servicio mental público como otro centro sanitario fueron declarados responsables subsidiarios respecto a la responsabilidad directa de la compañía aseguradora. Igualmente se ha declarado la responsabilidad de la compañía aseguradora en un caso de incendio originado por un sujeto que padece una esquizofrenia paranoide y cuya madre fallecida, de la que él es el único heredero, había suscrito un contrato multirriesgo del hogar (STS de 28 de mayo de 2002).

con un mechero y sufre diversas quemaduras. El Supremo considera que la Diputación ha incumplido sus deberes de vigilancia porque «la asistencia a los enfermos mentales debe contar con los riesgos y lesiones que estos pacientes pueden infligir tanto a sí mismos como a terceros».

Por último, la STS de 15 de abril de 2000 condenó a la administración de la que depende un centro penitenciario de Barcelona, porque un preso ingresado en el centro, previamente diagnosticado de esquizofrenia, mató a otro preso. El Supremo aprecia la culpa de la Administración por no haber vigilado suficientemente al preso que, además, tenía la recomendación de ser internado en un centro psiquiátrico.

(34) En cuanto a la acción de reembolso de la compañía aseguradora contra el propio incapaz asegurado, se ha planteado, en la doctrina italiana, si es posible que aquella se dirija contra este, una vez liquidado el daño a la víctima, en el caso de que el incapaz llegue a ser condenado a satisfacer la indemnización equitativa prevista en el apartado segundo del artículo 2047 del *Codice Civile*. La respuesta negativa parece imponerse debido a que la comparación entre las condiciones económicas del asegurado (por muy rico que sea) y el ente asegurador difícilmente podrán convencer al juez para el éxito de la acción de reembolso. Vid. MOROZZO DELLA ROCCA, «L'imputabilità», en *La responsabilità civile. Il Diritto Privato nella Giurisprudenza*, coordinado por CENDON, Utet, 1998, pág. 674.

(35) Vid., en este sentido, DE ÁNGEL YAGÜEZ, «Comentario del artículo 1903 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, T. II, dirigido por DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, BERCOVITZ Y SALVADOR CODERCH, Ministerio de Justicia, 1991, pág. 108.

Además de los seguros, no obligatorios, concertados *ad hoc* con las entidades aseguradoras, se ha planteado la necesidad de acudir, en algunos casos, a los denominados mecanismos colectivos de indemnización como, por ejemplo, los previstos en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. Esta ley establece una especie de compensación por parte del Estado, como medida complementaria de la deuda que debe reparar el declarado responsable, de modo que el Estado dispone de una acción de subrogación contra el *obligado civilmente por el hecho delictivo* por el importe de la ayuda satisfecha a la víctima o beneficiarios (art. 13, Ley 35/1995). Y, por tanto, podría acudir a este sistema de indemnización cuando el psicópata, autor de un delito violento o contra la libertad sexual, sea declarado insolvente.

Más dudas surgen sobre el recurso a este mecanismo en el caso de daño causado por personas incapaces que hayan sido declaradas exentas de responsabilidad, tanto civil como penal, habida cuenta de que la Ley parece concebir la «ayuda estatal» como un complemento del resarcimiento al que está obligado el responsable (36). No obstante, y aunque el autor del delito sea declarado exento de responsabilidad penal, muy probablemente será condenado a indemnizar por los daños y perjuicios (*ex art. 118.1.1.º CP*). En consecuencia, existiendo un obligado civil aunque no lo sea penal, podrá acudir a este mecanismo estatal de indemnización.

En Francia, la preocupación legislativa por los mecanismos colectivos de indemnización a la víctima de un daño originado por un incapaz cristaliza en la Ley 90-59, de 6 de julio de 1990, a través de la cual se creó un Fondo de garantía para hacer frente a los casos de infracciones penales cometidas por incapaces no responsables criminalmente. Si el daño corporal es grave, el Fondo respondería principal e integralmente. Si el daño es poco grave o es un daño material, el Fondo solo respondería subsidiariamente, ante la insolvencia del autor.

El problema más acuciante que suscita, a mi juicio, la creación de estos fondos públicos de garantía, es el de encontrar fuentes de financiación relevantes y, de otro lado y como reiteraré más adelante, podrían representar un obstáculo en la función preventiva que todo Derecho de Daños debe satisfacer.

6. DAÑOS CAUSADOS POR LAS COSAS QUE EL ENFERMO MENTAL ARROJASE DESDE UNA CASA

Mención aparte merecen los daños provocados por las cosas que una persona incapaz arroja desde una ventana o balcón, o bien los daños derivados de cosas que caen o se arrojan desde una casa en la que vive esa persona. Supuestos estos que se incardinan en el espectro de la norma del artículo 1910 del Código Civil, cuyo tenor es el siguiente: «*El cabeza de familia que habita una casa o parte de ella, es responsable de los daños causados por las cosas que se arrojen o cayeren de la misma*».

Imaginemos, pues, el caso del incapaz que tira una maceta con geranios ubicada en el alféizar de la ventana o en el balcón de una casa y lesiona gravemente a un niño que, en ese momento, juega debajo de la ventana o del balcón. Si esta persona es el «cabeza de familia», tendrá que responder por los daños

(36) Vid. CASAS PLANES, «La responsabilidad civil por hecho propio del incapaz y del menor (II)», en *Práctica de Derecho de Daños. Revista de responsabilidad civil y seguros*, núms. 47 y 48, marzo y abril de 2007, pág. 27.

ocasionados, independientemente de que haya o no culpa en su conducta porque, reiteradas veces, la jurisprudencia y doctrina han señalado que esta responsabilidad es objetiva o por riesgo (37). Por «cabeza de familia» se entiende no solo el propietario que habita la casa, sino quien, por cualquier título, habita una vivienda solo o en unión de otras personas, bien formando una familia o cualquier otro grupo social (38). Así pues, si el incapaz no es dueño, sino arrendatario o usufructuario, respondería también.

Si, por el contrario, el incapaz arroja —con culpa o sin culpa— la maceca desde el balcón de una casa en la que estaba de paso o en la que vive en compañía de su tutor o de otra persona, el responsable no sería él, por no ser el «cabeza de familia». La responsabilidad correspondería al tutor o a quien ostente tal cualidad. Pero lo trascendente es que, en los casos contemplados en el artículo 1910 del Código Civil, el tutor o guardador de la persona incapaz no responderá por los daños ocasionados por dicha persona, salvo que disponga de un título jurídico sobre esa vivienda y, además, habite en la misma.

Otro supuesto interesante y de gran frecuencia práctica es el de los daños derivados de las filtraciones de agua en los pisos inferiores ocasionadas por haber dejado abiertas las llaves de los grifos. El supuesto ha sido subsumido en el ámbito de aplicación de la norma del 1910 (39). Si el incapaz es el dueño o el arrendatario de la casa respondería de estos daños no solo en el caso de haber sido él mismo el que ha descuidado cerrar la llave del grifo sino también en el caso de que sea otro el olvidadizo.

Finalmente, es interesante para este estudio dejar constancia de un pronunciamiento del Supremo, ya citado, pero que ahora ha de ser necesariamente recordado. El caso es el de un enfermo mental que, en un intento de suicidio, se arroja por la ventana de un hospital psiquiátrico perteneciente a una Diputación Provincial. Con su caída en el vacío, ocasiona la muerte de un transeúnte que, en ese momento, pasaba con su novia. El Supremo, en sentencia de 12 de marzo de 1975 (Sala Cuarta) declara la responsabilidad de la Diputación, con base en el artículo 1910, «sin que proceda hacer distinción —dice el Tribunal— entre objeto y persona, al no poder reputarse a esta como tercero responsable ajeno a la esfera del servicio».

En mi opinión, el fundamento de la responsabilidad civil de la Diputación no puede encontrarse en el 1910. Aunque en los años setenta del pasado siglo, fecha de la resolución, no existiese un precepto como el 139 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992), no parece necesario acudir al 1910 para justificar la responsabilidad de esta administración pública (40). El artículo 1910 se refiere a cosas y, si bien estas pueden ser sólidas o líquidas —como dice la STS de 6 de abril de 2001—, entiendo que el término cosas no puede incluir a personas vivas. Otra cosa sería si lo que se arroja es el cadáver de una persona ya falle-

(37) Vid., por todas, las STS de 12 de abril de 1984, o la de 6 de abril de 2001. En la doctrina de nuestro país, vid. DE ÁNGEL YAGÜEZ, «Comentario al artículo 1910 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, coordinado por SIERRA GIL DE LA CUESTA, Bosch, 2.ª ed., 2006, pág. 307 y sigs.

(38) Vid. la STS de 6 de abril de 2001.

(39) Es el caso de las precitadas resoluciones del Supremo.

(40) El citado artículo 139 establece, como hemos visto, la responsabilidad de las Administraciones Públicas correspondientes, por la lesión que sufran los particulares a consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

cida. El fundamento de la responsabilidad que se plantea en la STS de 12 de marzo de 1975 habría que buscarlo, tal vez, en el artículo 1902, frontispicio de nuestra regulación civil de la responsabilidad extracontractual; o, incluso, en una interpretación extensiva del artículo 1903 a los sujetos que se encargan de la guarda, legal o de hecho, de otra persona, por entender que, aquí, la Diputación Provincial y el centro psiquiátrico a ella perteneciente tenían encomendada esta misión y, muy especialmente, en un caso, como el presente, en el que, al parecer, el enfermo mental ya había intentado suicidarse, del mismo modo, ese mismo día.

III. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA HACIA LA RESPONSABILIDAD DEL PROPIO ENFERMO MENTAL

En el panorama jurisprudencial civil español se puede apreciar, en los últimos años, una ligera tendencia favorable a establecer la compatibilidad entre la incapacidad de discernimiento del sujeto y la negligencia en su conducta dañosa. Por el contrario, en la última década del pasado siglo, se puede encontrar alguna sentencia en la que no se estima el litisconsorcio pasivo necesario derivado de no haber demandado al incapaz (autor de los daños). Es el caso de la STS (Sala de lo Civil), de 5 de marzo de 1997 —citada anteriormente— en la que una persona que padece una esquizofrenia paranoide mata, con la pistola de su padre, a tres niños en Badajoz. Aunque el Juzgado de Primera Instancia apreció la falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haber sido llamado al proceso el autor de los hechos, la Audiencia Provincial, revocó la sentencia apelada, no estimando el litisconsorcio pasivo necesario respecto a este último, y absolviendo a sus padres por considerar que no tenían información suficiente para incapacitar a su hijo o para ingresarlo en un centro psiquiátrico.

Sin embargo, en los primeros años del siglo actual son varios los pronunciamientos que admiten la legitimación pasiva de estos sujetos. En este sentido, son sumamente expresivas sentencias como la de la Audiencia Provincial de Badajoz, de 10 de septiembre de 2001 o la de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 30 de abril de 2003.

En esta última sentencia, en ningún momento se hace referencia a la imputabilidad o a las capacidades del sujeto que hayan podido verse afectadas por el «*desorden esquizoide y caracterial*» que padece (41). Sí se dice, sin embargo, que su actuación ha sido *gravemente culposa* (Fundamento de Derecho primero), y, más adelante, se reitera la idea indicando que «la conducta del sujeto afectado por ese trastorno psíquico ha sido *culposa*» (Fundamento de Derecho segundo). El supuesto fáctico es el de un guardia civil que, estando libre de servicio, se dirige a un bar y tras consumir varias bebidas alcohólicas, de modo repentino dispara con la pistola que llevaba a una de las personas que estaba en el bar, causándole la muerte instantánea e hiriendo a otra cliente del establecimiento. Como el autor de los hechos se suicidó, además de condenar al Estado, por acto de uno de sus agentes, también se condena civilmente a los herederos del guardia civil fallecido, por considerar que este ha actuado culposamente, a pesar del trastorno psíquico que padece.

(41) Para quienes imputabilidad y culpa subjetiva son lo mismo, el sujeto de esta sentencia resulta condenado en atención a su «imputabilidad civil». Así, por ejemplo, lo entiende CASAS PLANES, *La responsabilidad civil por hecho propio del incapaz y del menor* (I), cit., pág. 18.

Igualmente, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz se aprecia una vulneración de la diligencia debida por parte de una persona que padecía un trastorno psíquico, al permitir la salida libre de gas inflamable por haber dejado abiertas las llaves de paso del gas. Solo se hace referencia a la culpa o vulneración de la diligencia, omitiendo cualquier mención de la posible «imputabilidad» de un sujeto que padece una enfermedad mental que no se especifica. Y es que para quienes defendemos la independencia de las nociones de imputabilidad y culpa, es esta última la realmente relevante a la hora de delimitar la responsabilidad de una persona que, según los cánones tradicionales, bien pudiera ser no imputable (42). Reiteradamente, la sentencia alude a que *los daños son fruto de una explosión de gas y que esta responde a una conducta con omisión de la conducta mínima debida* (Fundamento Jurídico tercero). Continúa diciendo la Audiencia que la conducta negligente de esta persona desencadena su obligación de reparar el daño causado, pero, y al igual que sucedía en la citada sentencia del Supremo de 30 de abril de 2003, el autor de los daños ha fallecido y, en su lugar, se condena a sus herederos. Enfermedad mental y negligencia no son, pues, ideas incompatibles en este fallo judicial.

Al margen de la jurisprudencia civil, la penal proclama claramente la responsabilidad civil derivada de un delito cometido por el incapaz, pero, en estos casos, no se entra a valorar la existencia de culpa civil en la actuación del sujeto. Se trata, simplemente, de aplicar el precepto del Código Penal (art. 118.1) que indubitadamente proclama esa responsabilidad civil. Aunque el citado precepto penal se limita a establecer la responsabilidad civil, sin especificar el criterio de atribución, este podría ser —en mi opinión— el de la culpa, que constituiría un factor de moderación equitativa, junto con otros, de la responsabilidad, tanto del causante directo del daño como de sus guardadores (art. 118.1.1.º, segundo inciso del Código Penal).

IV. CONCLUSIÓN

La responsabilidad civil de tutores y guardadores debe servir para reforzar la responsabilidad principal del incapaz, pero no para sustituirla. Si el incapaz responde por culpa se convierte en el responsable principal de su daño. Y para asegurar la protección de la víctima es lógico que se establezca, también, una responsabilidad del sujeto encargado de su vigilancia. Esta responsabilidad se basa, en la mayor parte de los ordenamientos europeos y también en los *Principles of European Tort Law* del año 2005, en una culpa presunta que se puede desvirtuar probando que se ha actuado de forma cuidadosa en la vigilancia.

El artículo 6:101 de los *Principles*, bajo el título *Responsabilidad por menores o por discapacitados psíquicos*, establece lo siguiente: «*La persona que tiene a su cargo a otra persona que es menor o sufre discapacidad psíquica responde por el daño causado por esa otra persona a menos que demuestre que ella misma cumplió con el estándar de conducta que le era exigible en su supervisión*».

(42) Por el contrario, para quienes defienden la concatenación de imputabilidad y culpa, esta sentencia resulta criticable por no «indagar en si era sujeto de la mínima imputabilidad que requiere la culpa civil», *ibidem*, pág. 18. Según esta autora, la culpa exige, en primer lugar, la valoración de la imputabilidad del sujeto. Vid. CASAS PLANES, *op. cit.*, pág. 20.

Los *Principios* europeos en esta materia sustituyen el criterio de *toda la diligencia de un buen padre de familia*, que utiliza nuestro legislador en el artículo 1903 del Código Civil, por *el estándar de conducta que le era exigible en su supervisión*. El nivel de diligencia parece, pues, flexibilizarse y, por ende, la inversión de la carga de la prueba podría gozar de un mayor éxito en la práctica (43).

Aunque en Europa se puede apreciar una acusada tendencia a hacer responder objetivamente a la persona que está a cargo de los menores o incapaces, el Grupo de trabajo que elaboró los citados Principios prefirió adoptar una postura que respetara lo que puede ser visto como un común denominador de los sistemas europeos: es decir, una presunción de responsabilidad de los padres o guardadores que cede ante la prueba, por parte de estos últimos, de que ejercitaron adecuadamente el deber de supervisión sobre menores o incapaces, de modo que lo importante es decidir si existe o no ese deber de diligencia que impone la vigilancia (44).

En el momento actual se impone, a mi juicio, la necesidad de reformular en España la responsabilidad por hecho ajeno de tutores y guardadores. Carece de sentido mantener un sistema de responsabilidad vicaria de tutores y guardadores en el que se presume la culpa de estos sujetos y donde desvirtuar la presunción es prácticamente imposible.

El fundamento de la responsabilidad del tutor o guardador ante el daño ocasionado por el sometido a protección reside en la obligación legal de velar o vigilar a este sujeto (art. 269 CC español, para el caso particular de los tutores). Pero deducir de ello que la producción de un daño por parte de tercero es consecuencia directa de una defectuosa vigilancia choca, hoy, con la necesaria libertad y autonomía que, tanto a menores como a incapaces, se les reconoce en el desenvolvimiento de su vida diaria. No se le puede exigir al «vicario» que ejerza un control tan exhaustivo sobre el «dependiente» que coarte la libertad de movimiento o aquellas actividades necesarias para el libre desarrollo de su personalidad. Por ello, se tambalea, en mi opinión el criterio legislativo de la severa inversión de la carga de la prueba que cristaliza en una buena parte de los ordenamientos jurídicos.

De hecho, algunos autores aprecian un tímido cambio de tendencia jurisprudencial, consistente en ponderar, por un lado, el beneficio que se alcanza evitando el daño y, por otro, el coste que supondría adoptar las precauciones necesarias para conseguirlo. Y si, en la práctica, estas precauciones impidiesen el desarrollo de la actividad, entonces procedería absolver al vicario (45). Si, por ejemplo, el

(43) A la crisis del canon de diligencia del buen padre de familia, experimentada en todos los sistemas de Derecho de Daños, se refiere algún autor con la gráfica expresión de «l'insostenibile leggerezza del buon padre de famiglia». Vid. MORELLO, «La concezione civilistica della colpevolezza e l'esistenzializzazione del diritto privato. Ovvero: l'insostenibile leggerezza del buon padre di famiglia (22/10/2006)», www.personaedanno.com, a cargo de CENDON.

(44) Así lo ha manifestado el propio Grupo, el denominado EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. Vid. *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, traducción a cargo de la «Red Española de Derecho Privado Comparado», coordinado por MARTÍN-CASALS, Ed. Thomson Aranzadi, 2008, págs. 157 y 160.

(45) Vid. SALVADOR CODERCH y GÓMEZ LIGÜERRE, «Respondeat superior, II», *Indret* 03/2002, www.indret.com, págs. 7-8. Muestra de este nuevo criterio es la sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de marzo de 1999 (Sala 1.ª), en la que un niño de diez años se rompe el fémur al caer al suelo cuando jugaba con otros niños en el tiempo de recreo del colegio. El Supremo, respetando el criterio de los tribunales de instancia, desestima la pretensión de los padres del menor contra la compañía aseguradora del centro escolar exigiendo responsabi-

daño causado por un incapaz se produce en el contexto del necesario tratamiento de salida al exterior para fomentar su integración social, no se pueden hacer responsables a los tutores o guardadores por no haber adoptado una medida que hubiese impedido al enfermo la necesaria apertura al exterior. Este cambio de tendencia es muy loable, porque es un contrasentido que la mayor autonomía que se reconoce a las personas con facultades mentales limitadas se traduzca en una ampliación del ámbito de responsabilidad de sus tutores o guardadores.

Y si la responsabilidad de tutores y guardadores de personas con discapacidad psíquica debe concebirse, a mi juicio, de modo independiente y autónomo respecto a la posible responsabilidad de los autores directos de los daños, mayores es, todavía, la desvinculación de aquellos sujetos respecto a los casos de responsabilidad objetiva de los incapaces, como propietarios o poseedores de cosas o animales peligrosos. Buen exponente de ello es la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 5 de marzo de 2004, en la que se exime de responder a los hermanos, como guardadores de hecho de una persona que padece un trastorno psíquico, por la caída de un muro propiedad de este último debida al estado de mala conservación del mismo. Se declara la responsabilidad del propietario, aun incapaz, al amparo del artículo 1907 del Código Civil y se exime a los guardadores de responder.

Al margen de los estrictos casos de responsabilidad objetiva, la responsabilidad de tutores y guardadores por hechos ilícitos de incapaces es una responsabilidad derivada de un hecho ajeno pero fundamentada en la propia culpa del guardador. En otros términos: el detonante de la responsabilidad es un hecho ajeno, pero en la producción de tal hecho poco o mucho ha podido influir la actuación poco diligente del guardador. Lo que queda pendiente de resolver, a mi juicio, a la luz de las políticas sociales tendentes a incrementar el ámbito de autonomía de las personas que padecen trastornos psíquicos, es si esa culpa debe presumirse con la correspondiente inversión de la carga de la prueba, tal como contemplan la mayor parte de los ordenamientos, o si, por el contrario, tal culpa debe acreditarse siguiendo la regla general. Esta última opción es la vigente en el sistema del *Common Law* y en países como Austria (parágrafo 1310 *ABGB* o CC austriaco) o los Países Bajos para mayores incapaces (art. 6:165.2 del *BW* o CC holandés) y, en mi opinión, es la más acorde con las políticas legislativas tendentes a proteger al incapaz, concediéndole amplios márgenes de libertad e independencia respecto a su guardador.

V. BIBLIOGRAFÍA

CASAS PLANES: «La responsabilidad civil por hecho propio del incapaz y del menor (II)», en *Práctica de Derecho de Daños. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, núms. 47 y 48, marzo y abril de 2007.

CATTANEO: «La responsabilità civile dello psiquiatra e dei servizi psichiatrici», en *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, coordinado por CENDON, ESI, 1988.

lidad por los daños sufridos por su hijo. El Supremo no admitió el recurso por considerar que la única forma de evitar el accidente era impedir que los niños jugasen en el tiempo libre, algo inadmisibles —según el Supremo— por formar parte de toda actividad educativa.

- CONDE-PUMPIDO FERREIRO: «Los problemas de responsabilidad civil por los hechos ilícitos de incapaces», en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje a Castán Tobeñas*, vol. II, Eunsa, 1969.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ: «Comentario del artículo 1903 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, T. II, dirigido por Díez-Picazo y Ponce de León, Paz-Ares Rodríguez, Bercovitz y Salvador Coderch, Ministerio de Justicia, 1991.
- BREGOLI: «Figure di sorveglianti dell'incapace dopo l'avvento della legge 180», en *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, coordinado por Cendon, ESI, 1988.
- DE SALAS MURILLO: *Responsabilidad civil e incapacidad*, Tirant lo Blanch, 2003.
- DÍAZ ALABART: «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela», en *ADC*, julio-septiembre de 1987.
- EUROPEAN GROUP ON TORT LAW: *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, traducción a cargo de la «Red Española de Derecho Privado Comparado», coordinado por Martín-Casals, Ed. Thomson Aranzadi, 2008.
- GARCÍA RIPOLL MONTUANO: *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, Bosch Editor, 1992.
- GUTIÉRREZ CALLES: *La guarda del enfermo mental: deberes y responsabilidades*, Dykinson, 2004.
- LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho Civil*, II-1, 2.^a ed., Bosch, 1985.
- MARTÍNEZ DÍE: «Los discapaces no incapacitados. Situaciones especiales de protección», en VV.AA.: *Los discapacitados y su protección jurídica*, dirigidos por González Poveda, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- MORETÓN SANZ: «Residencias de mayores y responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: nuevas perspectivas a la luz de la ley española 39/2006, de autonomía personal y atención a la dependencia», en *Estudios de Derecho de Daños*, dirigidos por Collantes, Estudio Mario Castillo Freyre, Perú, 2011.
- MOROZZO DELLA ROCCA: «L'imputabilità», en *La responsabilità civile. Il Diritto Privato nella Giurisprudenza*, coordinado por Cendon, Utet, 1998.
- PARRA LUCÁN: «Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de marzo de 1997», en *CCJC*, núm. 44, 1997.
- ROCA Y TRÍAS: *Derecho de Daños*, Tirant lo Blanch, 3.^a ed., 2000.
- ROGEL VIDE, en *La guarda de hecho*, Tecnos, 1984.
- SALVADOR CODERCH y GÓMEZ LIGÜERRE: «Respondeat superior II», en *Indret* 03/2002, www.indret.com.
- SANTOS BRIZ: «Comentario de los artículos 1903-1904 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigido por Albaladejo, T. XXIV, Edersa, 1984.
- SEISDEDOS MUÑO: «Responsabilidad civil derivada de delitos cometidos por los llamados *incapaces naturales*. A propósito de los artículos 118.1.1.^a del nuevo Código Penal y 229 del Código Civil», en *AC*, núm. 9, 1999.
- SEUBA TORREBLANCA, FARNÓS AMORÓS y FERNÁNDEZ CRENDE: «Daños causados por personas con trastornos mentales», en *Indret* 2/2004, www.indret.com.
- VENCHIARUTTI: *La protezione civilistica dell'incapace*, Giuffrè, 1995.
- YZQUIERDO TOLSADA: «La responsabilidad civil de menores e incapacitados. Panorama anterior y posterior a la reforma del Código Civil en materia de tutela», en *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares*, Ed. ICAI, Madrid, 1984.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

Sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de marzo de 1975 (Sala 4.^a).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de marzo de 1984 (Sala 2.^a).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de septiembre de 1984 (Sala 1.^a).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de octubre de 1989 (Sala 1.^a).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de marzo de 1992 (Sala 1.^a).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de octubre de 1995 (Sala 1.^a).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de marzo de 1997 (Sala 1.^a).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de abril de 2000 (Sala 3.^a).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de abril de 2001 (Sala 1.^a).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de junio de 2001 (Sala 1.^a).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de marzo de 2002 (Sala 2.^a).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de mayo de 2002 (Sala 2.^a).
Sentencia del Tribunal Supremo, 13 de julio de 2002 (Sala 2.^a).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de abril de 2003 (Sala 1.^a).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de julio de 2008 (Sala 2.^a).
Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, de 8 de junio de 1999.
Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de 6 de marzo de 2001.
Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 6 de marzo de 2001.
Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, de 10 de septiembre de 2001.
Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de 3 de febrero de 2003.
Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 5 de marzo de 2004.
Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 5 de junio de 2006.
Sentencia de la *Corte di Cassazione*, de 13 de abril de 1973 (Italia).
Sentencia del Tribunal de Bolzano, de 9 de febrero de 1984 (Italia).
Sentencia del Tribunal de Reggio Emilia, de 18 de noviembre de 1989 (Italia).
Sentencia del Tribunal de Trieste, de 23 de noviembre de 1990 (Italia).

RESUMEN

DISCAPACIDAD PSÍQUICA RESPONSABILIDAD CIVIL

En el acto ilícito dañoso realizado por una persona con las facultades mentales mermadas y sometida a algún tipo de guarda —sea esta legal o de hecho— pueden concurrir dos momentos o dos actos diferentes: de un lado, el propio acto lesivo cometido por quien tiene alterada su capacidad; y, de otro, el comportamiento del guardador que no ha actuado del modo adecuado para impedir la producción del daño. A analizar el tratamiento jurisprudencial de esa doble imputación dedicamos este trabajo.

ABSTRACT

MENTAL DISABILITY CIVIL LIABILITY

When a harmful illegal act is committed by a person whose mental faculties are impaired and who is under some sort of guardianship (legal or de facto), there may be two different moments in time or acts: first, the injurious act itself, committed by a person not in full possession of his or her mental faculties; second, the behaviour of the guardian, who has failed to take the appropriate action to prevent the harm from being done. This paper looks at how case law addresses these double charges.

1.7. Concursal Civil

LA ACUMULACIÓN DE LOS CONCURSOS DE ACREEDORES DE AMBOS CÓNYUGES EN LA JURISPRUDENCIA (1)

por

CARLOS CUADRADO PÉREZ

Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid - CUNEF

SUMARIO: I. APLICABILIDAD DEL DENOMINADO «PROCEDIMIENTO ABREVIADO».—II. ACUMULACIÓN *AB INITIO* DE CONCURSOS DE LOS DOS CÓNYUGES. DECLARACIÓN JUDICIAL CONJUNTA: 1. LEGITIMACIÓN PARA SOLICITAR LA ACUMULACIÓN: A) *Los acreedores*. B) *¿Existen otros sujetos legitimados?*: a) Discutida legitimación de los propios cónyuges; b) Dicotomía entre la Ley Concursal y la jurisprudencia. 2. TRAMITACIÓN SEPARADA, PERO COORDINADA.—III. ACUMULACIÓN *EX POST* DE CONCURSOS: 1. TRAMITACIÓN INICIAL EN JUZGADOS DISTINTOS Y CON DIVERSAS ADMINISTRACIONES CONCURSALES. 2. LEGITIMACIÓN PARA SOLICITAR LA ACUMULACIÓN. 3. EFECTOS DE LA ACUMULACIÓN.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. APLICABILIDAD DEL DENOMINADO «PROCEDIMIENTO ABREVIADO»

Lamentablemente, son cada vez más numerosos los supuestos de insolvencia de las personas físicas sin actividad empresarial, y, en concreto, de los dos miembros de un mismo matrimonio. Debido a la actual crisis económica, se están registrando en nuestro país unos elevados índices de paro, que inciden directamente en la capacidad de un considerable sector de la población para hacer frente a las numerosas deudas contraídas. En este sentido, la situación se agrava cuando los dos cónyuges dejan de percibir sus salarios y, como consecuencia directa, afrontan con enormes dificultades la devolución de los créditos obtenidos con anterioridad (especialmente, la periódica satisfacción de los préstamos hipotecarios dirigidos a la adquisición de la vivienda habitual de la familia).

Nuestra Ley Concursal, desde su primitiva redacción, fue concebida para dotar al mundo empresarial de soluciones ante situaciones de insolvencia o crisis patrimonial. No obstante, es precisamente en el ámbito procesal donde podemos hallar alguna alusión —aunque poco evidente— al deudor persona física no dedicada a la actividad empresarial.

En este sentido, en primer lugar, en virtud de lo dispuesto en el artículo 190 LC (según la redacción conferida por el Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo), el Juez de lo Mercantil habrá de aplicar el denominado «procedimiento abreviado» en los supuestos en los que el deudor sea una «*persona natural o persona jurídica*»

(1) En este trabajo se analiza, con un estudio jurisprudencial, la regulación contenida en la Ley Concursal vigente hasta el día 31 de diciembre de 2011, dado que todavía no ha entrado en vigor la reforma contenida en la Ley 38/2011, de 10 de octubre. No obstante, se hace alusión a las modificaciones introducidas en dicha Ley sobre las materias analizadas, que entrarán en vigor el 1 de enero de 2012.

que, conforme a la legislación mercantil, esté autorizada a presentar balance abreviado y, en ambos casos, la estimación inicial de su pasivo no supere 10.000.000 de euros».

Como puede comprobarse, la referencia al deudor persona natural no empresario no resulta del todo palmaria, pero parece lógico pensar que si la persona física empresaria (autorizada a presentar balance abreviado, y cuyo pasivo no sobrepase los diez millones de euros) puede beneficiarse de la simplificación procedimental, con mayor motivo resultará de aplicación el procedimiento abreviado a las personas físicas ajenas a la actividad empresarial (2). Esta ha sido, por otra parte, la interpretación que de tal precepto han efectuado, de manera prácticamente unánime, tanto nuestra doctrina (3) como nuestra jurisprudencia. No obstante, a nuestro modo de ver, el legislador debería haber introducido una mención expresa a la «persona física no dedicada a la actividad empresarial» en la reforma del texto del artículo 190 LC llevada a cabo en el año 2009.

A pesar de este «olvido» del legislador, hemos de entender que cuando ninguno de los dos cónyuges se dedica a la actividad empresarial, la tramitación de sus respectivos concursos de acreedores habrá de adecuarse necesariamente a las normas referidas al «procedimiento abreviado», siempre y cuando la estimación inicial del pasivo no supere los diez millones de euros, pues la redacción dada en 2009 al artículo 190 LC no deja su aplicación al arbitrio del Juez. Esta medida de política legislativa, a tenor de la cual se ha arrebatado al Juez el poder último de decisión en torno a la aplicación del procedimiento abreviado, nos parece de todo punto acertada, ya que con la nueva dicción del citado precepto se erradica la posible existencia de agravios comparativos entre deudores que se hallan en situaciones muy similares. Ya no es el Juez quien «determina» si se aplica, en ciertos supuestos, dicho procedimiento, o si, por el contrario, ha de respetarse el procedimiento ordinario; en virtud de la reformada literalidad de la norma, si concurren las circunstancias previstas en el artículo 190 LC, el concurso de

(2) Según expone ALONSO UREBA, A. («La unificación subjetiva y la tramitación abreviada del concurso de acreedores», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, T. III, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, págs. 3446 y 3447), en relación con la primitiva redacción del artículo 190 LC, permanece sin resolver «la inadecuación procedimental que se manifiesta respecto del deudor civil, que, en principio, no quedaría comprendido en el ámbito de los artículos 190-191 de la Ley, sin perjuicio de la interpretación integradora que se ha propuesto para propiciar la simplificación procedimental de estos concursos». En relación con esta cuestión, entendemos que dicho autor acierta, cuando manifiesta que, a su modo de ver, «hubiera resultado más efectiva la opción por el criterio subjetivo alemán en el sentido de contemplar unas normas específicas respecto del concurso del no empresario, sin perjuicio de que se hubiesen podido contemplar, a su vez, simplificaciones procedimentales en supuestos de pasivo del concurso de escasa entidad».

(3) A juicio de CONS GARCÍA, F. J. («Novedades procesales en la reforma concursal», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, T. III, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pág. 3478), la unidad de disciplina —en este caso, procesal— en materia concursal responde a «la profunda convicción de que la naturaleza o la entidad económica del deudor no alteran esencialmente ni los presupuestos del proceso ni sus fines ni los instrumentos que hay que poner en juego para alcanzarlos. No obstante en la Ley se atiende a la mayor simplicidad de los concursos de poca entidad económica por medio de una opción de procedimiento abreviado (...) así como a la atenta consideración de las especialidades que son aconsejables en el concurso de determinados tipos de empresas».

acreedores se tramitará a través del procedimiento abreviado (la situación varía, no obstante, tras la reforma llevada a cabo en 2011) (4).

Sin embargo, según la redacción de 2009, el legislador todavía reserva al Juez cierta capacidad de decisión, pues al final de la primera frase del artículo 191.1 LC matiza la referida reducción temporal, al señalar que si concurren razones especiales, aquél puede decidir mantener los plazos ordinarios que estime oportuno, «para el mejor desarrollo del procedimiento». Naturalmente, tal previsión resulta excepcional, y sólo se hallará justificada en supuestos de especial complejidad (5). En cualquier caso, el plazo para la presentación del informe por la administración concursal se verá reducido indefectiblemente a un mes, en lugar de los dos meses propios de la tramitación ordinaria establecidos en el artículo 74.1 LC; a pesar de ello, en el segundo inciso del artículo 191.1 LC se otorga al Juez la posibilidad de conceder una prórroga no superior a quince días.

Si analizamos con cierto detenimiento las normas procesales contenidas en la Ley Concursal, podemos observar que, en realidad, el legislador español ha configurado una *tramitación abreviada* del concurso de acreedores para las hipótesis contempladas en el mencionado precepto, y no un verdadero «procedimiento abreviado» en sí mismo (6). En relación con esta cuestión, entendemos que la crisis económica de la persona física es tributaria de una mayor simplificación por cuanto a las fases del concurso se refiere (7). A pesar de ello, las especifi-

(4) Hemos de advertir que en el artículo 190, según la nueva redacción conferida por la Ley de Reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (Ley 38/2011, de 10 de octubre, que entrará en vigor el 1 de enero de 2012), se opera una profunda modificación de este precepto, y se otorga de nuevo al Juez la facultad de aplicar el procedimiento abreviado, pues explícitamente se señala que aquél «podrá aplicar el procedimiento abreviado» en atención a la concurrencia de determinadas circunstancias. Así pues, se devuelve al Juez un amplio arbitrio del que se había visto privado.

(5) Según expone ALONSO UREBA (*op. cit.*, págs. 3441 y 3442), el legislador, al establecer, con carácter general, la reducción de los plazos a la mitad, no distingue entre plazos procesales y plazos sustantivos (para la presentación de propuesta de convenio, para concluir la liquidación, el período sospechoso, etc.). Sin embargo, por razones de complejidad en el desenvolvimiento de las diversas etapas concursales, el citado autor entiende que resulta previsible que el Juez decida mantener algunos plazos ordinarios de los denominados «sustantivos»: v. gr., el plazo de un año para que finalice la fase de liquidación (art. 153.1 LC), el período de un año de paralización de la ejecución de garantías reales (art. 56 LC, del que no se benefician los particulares no dedicados a actividad empresarial), el período sospechoso de los dos años anteriores a la declaración del concurso, que permite la rescisión de los actos perjudiciales para la masa llevados a cabo en ese tiempo (art. 71 LC). En esta línea, por ejemplo, en un Auto de 17 de febrero de 2006 del Juzgado de lo Mercantil, núm. 2 de Bilbao, se indica que —en el caso concreto enjuiciado— «procede aplicar las normas del procedimiento abreviado, salvo en el plazo para que los acreedores comuniquen sus créditos a la administración concursal y los establecidos para los recursos, que por razón de sistema y de garantía de los acreedores se mantendrán los plazos comunes...».

(6) ALONSO UREBA, *op. cit.*, pág. 3435. Vid., asimismo, PULGAR EZQUERRA, J. (*La declaración del concurso de acreedores*, Ramón & Cajal. Servicio de Estudios, Ed. La Ley, 1.^a ed., Madrid, 2005, pág. 201), quien contraponen nuestro sistema al modelo alemán, donde se prevén unas normas especiales exclusivamente referidas al consumidor; así como al modelo francés, en el que se regula una verdadera *procédure simplifiée*, con reducción de fases en el procedimiento.

(7) En esta misma línea, ALONSO UREBA (*op. cit.*, pág. 3447) ofrece una visión poco halagüeña del *procedimiento abreviado*: «Asimismo, parece que poco se puede esperar de las simplificaciones que conlleva la tramitación abreviada del concurso y que se reducen a la división por la mitad de los plazos o a la reducción de miembros de la administración concursal, sin

ciudades de esta suerte de «procedimiento», en relación con el «ordinario», se circunscriben a una burda reducción de los plazos procesales, así como a la posible disminución en el número de administradores concursales (cfr. art. 191 LC) (8). No obstante, esta crítica ha propiciado que en la reforma de 2011 (que entrará en vigor el 1 de enero de 2012) el legislador haya configurado, al fin, un verdadero «concurso abreviado», con soluciones más rápidas y económicas (cfr. nuevos arts. 190 a 191 *quáter* LC).

II. ACUMULACIÓN *AB INITIO* DE CONCURSOS DE LOS DOS CÓNYUGES. DECLARACIÓN JUDICIAL CONJUNTA

Cuando dos cónyuges son declarados en concurso de acreedores, resulta palmario que las situaciones de insolvencia de ambos, en principio, pueden hallarse estrechamente conectadas; especialmente, si el régimen económico-matrimonial por ellos elegido es el de gananciales. Este escenario plantea cuestiones muy interesantes, a las que nuestro legislador no ha prestado la debida atención, y que provocan dudas en relación con los procesos concursales de los cónyuges. Con carácter general, el legislador español no tuvo en cuenta ni pautas procesales ni la Ley de Enjuiciamiento Civil al elaborar la Ley Concursal, de tal forma que esta norma ha resultado tradicionalmente afectada por notables fisuras en materia de concurso de personas físicas. Tal desidia ha propiciado, inevitablemente, una creciente «actividad creativa» de nuestros Jueces de lo Mercantil, en aras a tratar de encontrar las mejores soluciones posibles frente a la realidad que ante ellos se presenta de manera cotidiana.

Uno de los problemas que surgen en torno a la insolvencia de dos cónyuges es el de la posible *acumulación de sus concursos*, y, en concreto, en el supuesto

contemplarse otras medidas que podrían agilizar el procedimiento de manera más efectiva y que incidirían en los órganos o, incluso, en las fases en que se estructura el concurso».

(8) En conexión con la última parte del todavía vigente artículo 191.2 LC, en el artículo 27.2.3 LC se dispone: «Cuando se aplique el procedimiento abreviado previsto en los artículos 190 y 191, la administración concursal podrá estar integrada por un único miembro, que deberá ser abogado, auditor de cuentas, economista o titulado mercantil que reúna los requisitos previstos en el apartado 1». A nuestro modo de ver, la salvedad introducida al final del artículo 191.2 LC se refiere, únicamente, a la posibilidad de que el Juez decida, por razones especiales, que la administración concursal en un procedimiento abreviado esté compuesta por tres miembros, en lugar de por uno solo; por el contrario, consideramos que el legislador no faculta al Juez para, por motivos extraordinarios, nombrar a uno de los acreedores como único administrador concursal. GARCÍA VILLAVERDE, R. («El presupuesto subjetivo de la apertura del concurso», en *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la Reforma Concursal*, dirigido por R. GARCÍA VILLAVERDE, A. ALONSO UREBA y J. PULGAR EZQUERRA, Ed. Dilex, Madrid, 2003, págs. 49 y 50) entiende aceptable que quien participe en el procedimiento «sepa de economía y contabilidad», aunque reconoce que no es la fórmula recogida por nuestro legislador (de tal forma que, finalmente, podría no ser un auditor). Como aspecto novedoso, en la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, se contempla una extensión generalizada de las hipótesis en las que la administración concursal estará integrada por un único miembro (que no se circunscribirá únicamente a los concursos abreviados), y se dispone que habrá de ser un abogado, un economista, un titulado mercantil o un auditor de cuentas, o bien una persona jurídica en la que estos se hallen integrados (para conocer las concretas condiciones que han de cumplir y los supuestos especiales, vid. la nueva redacción del art. 27 LC tras la última reforma).

de concursos voluntarios (9). En el seno de esta materia, cabe apreciar diferentes cuestiones relevantes, que seguidamente procederemos a analizar.

1. LEGITIMACIÓN PARA SOLICITAR LA ACUMULACIÓN

Al margen de la figura de la acumulación de procesos —contemplada en términos generales en el Capítulo II del Título III de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, y como institución diferente de ésta, el legislador español recoge expresamente en la Ley Concursal la posibilidad concreta de proceder a la *acumulación* de los concursos de acreedores de dos cónyuges.

Sin aludir específicamente al supuesto de dos deudores casados entre sí, el texto del artículo 3.5 LC permite sostener que la acumulación *ab initio* de sus concursos tiene soporte normativo en nuestra legislación concursal (en la *Ley de Reforma de 2011* se deroga expresamente el art. 3.5 LC, y se contempla la «*Declaración conjunta de concurso de varios deudores*» en el artículo 25; en éste se alude explícitamente a la posibilidad de solicitar la declaración judicial conjunta de concurso de los «*deudores que sean cónyuges*»). No obstante, son varios los aspectos problemáticos que surgen en la práctica, debido a lo exíguo del desarrollo de la Ley Concursal en esta materia en el texto anterior a la reforma de 2011, así como a los avatares que hubo de soportar dicha norma en su elaboración. Como sucede con otras materias del concurso de acreedores ajenas a la investigación objeto de este trabajo, en relación con la acumulación de los concursos de dos cónyuges, nuestra norma se ha venido presentando como una amalgama de preceptos inconexa, confusa, manifiestamente incompleta e insuficiente.

A) Los acreedores

Sistemáticamente, la primera cuestión problemática que se nos presenta se encuentra relacionada con la legitimación activa para solicitar la acumulación *ab initio* de los concursos de los dos cónyuges. En este sentido, según el tenor literal del mencionado artículo 3.5 LC, será un acreedor que goce de créditos contra los dos cónyuges quien podrá instar la declaración judicial conjunta de concurso de éstos, cuando exista confusión de patrimonios entre ellos.

El legislador español, en este precepto, recoge expresamente una posibilidad que, con anterioridad, no resultaba en absoluto incontrovertible (10). Sobre este

(9) Cuestión diferente es la relativa a la acumulación de solicitudes de concurso referidas a un mismo deudor. En ese caso, la pluralidad subjetiva únicamente se aprecia en la parte acreedora, y no en la deudora, de tal forma que existen varios acreedores de un mismo deudor que han instado por separado la declaración de concurso de éste. A tal hipótesis vienen referidos los artículos 10.2 y 15.2 LC.

(10) Como expone VELA TORRES, P. J. («Acumulación de concursos. Referencia a los grupos de sociedades», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, T. V, 2006, págs. 269 y 270), la posibilidad de acumulación de los concursos constituye una novedosa medida introducida por la Ley Concursal, pues, según la legislación anterior, las liquidaciones habían de mantenerse escindidas (art. 923 CCo.); tal circunstancia llevaba a nuestra jurisprudencia a sostener que no cabía la acumulación de procedimientos de concurso o quiebra, aunque se tratara de dos sociedades pertenecientes a un mismo grupo de empresas (v.gr., STS de 20 de julio de 1996).

particular, a título de ejemplo, podemos hacer alusión al Auto de la AP de Vizcaya, de 29 de mayo de 2003, en el que se revocó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, donde se rechazaba la solicitud conjunta de concurso necesario contra dos cónyuges por parte de un acreedor de ambos, con fundamento en el hecho de haberse instado el referido concurso contra dos deudores en el mismo acto, «que serían titulares de dos patrimonios diferentes además de otro según el régimen económico matrimonial establecido, siendo que la regulación del concurso de acreedores requiere de un solo deudor como se recoge en los arts. 1130, 1156-2.º, 1158-1.º, 1161, 1162, 1163 y 1164 de la LEC de 1881». Ante esta argumentación, la Audiencia Provincial contrapuso, con pleno acierto, que «no son causas suficientes para inadmitir ab initio el concurso necesario de dos deudores concursados, ni las meras hipótesis que se pudieran plantear sobre la cuestión de la unidad o diversidad de patrimonios, ni tampoco el empleo en singular (y no en plural) de la palabra deudor (no deudores) en los Títulos XII y XIII de la LEC de 1881, puesto que tanto la antigua LEC de 1881 como la vigente LEC de 2000, utilizan los términos actor y demandado en singular, sin que se discuta la posibilidad de concurrencia de varios sujetos en cada parte procesal, acumulación subjetiva de acciones contemplada en el artículo 72 y 73 de la actual LEC, y cuyo apartado 1.3 establece como presupuesto que la ley no prohíba la acumulación en los casos en que se ejerciten determinadas acciones por razón del tipo de juicio que se haya de seguir».

A tenor del texto del todavía vigente artículo 3.5 LC (hasta el 1 de enero de 2012), para que se pueda verificar la acumulación inicial de concursos, han de presentarse dos circunstancias:

- En primer lugar, desde un punto de vista subjetivo, el acreedor que efectúa la solicitud de declaración conjunta de concurso de dos cónyuges ha de gozar de créditos contra ambos («...podrá instar la declaración judicial conjunta de concurso de varios de sus deudores...»). Por lo tanto, lógicamente, quien ocupe la posición de acreedor de uno solo de los cónyuges no se halla legitimado para requerir la susodicha acumulación, pues, en principio, en nada se encuentra relacionado con el cónyuge de su deudor insolvente.
- Desde una perspectiva objetiva, entre los cónyuges cuyos concursos se solicitan de manera conjunta por un acreedor común, debe haber confusión patrimonial, de tal forma que de modo apriorístico no aparezca claramente delimitado cuál es el patrimonio real de cada uno de los deudores («...cuando exista confusión de patrimonios entre éstos...») (11). A

(11) Sobre este particular, resultan muy ilustrativas las palabras de SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Comentario al artículo 3.5», en *Comentarios a la Legislación Concursal*, coordinado por J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE y V. GUILARTE ZAPATERO, vol. I, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2004, pág. 166: «El problema de la confusión de patrimonios arranca de la dificultad de atribuir una titularidad sobre determinados bienes y derechos a un determinado sujeto, como consecuencia de que sobre esos mismos bienes o derechos se proyecta la intervención de otros sujetos, o también porque esos elementos patrimoniales son difícilmente diferenciables de otros de igual naturaleza pertenecientes a terceros. La confusión se da con frecuencia en situaciones de posesión de bienes fungibles, de manera que resulta difícil deslindar los bienes propios del tenedor de esos bienes y los que éste posee por cuenta de terceros». Vid., también, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á. J., «Comentario al artículo 3», en *Comentario de la Ley Concursal*, dirigido por Á. J. ROJO y E. BELTRÁN, T. I, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, págs. 221 y 222; y DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Comentario

nuestro juicio, por cuanto se refiere a los cónyuges deudores, el precepto estudiado fue concebido, principalmente, en atención a los matrimonios cuyo régimen económico sea de comunidad (v.gr., la sociedad de gananciales), pues es en estos supuestos donde brotará con mayor frecuencia el problema de la confusión patrimonial (12). Por el contrario, cuando el régimen económico-matrimonial de los deudores es el de separación de bienes, suele resultar más sencillo probar, en un incidente, que cada uno de los cónyuges tiene su propio activo y su propio pasivo, de tal modo que probablemente no cabría acumular inicialmente sus concursos por *ausencia de confusión de patrimonios*.

En cualquier caso, con independencia del régimen económico-matrimonial vigente entre los dos deudores, si sus patrimonios se hallan bien delimitados, y existen suficientes bienes personales (o privativos) para hacer frente a las deudas de ambos, no hay razón para acumular sus concursos. En cambio, si para satisfacer dichas deudas es preciso enajenar bienes gananciales, los términos de la cuestión varían, ya que la sociedad de gananciales habrá de ser liquidada, y resultará preciso acumular los concursos.

al artículo 3.5», en *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)*, dirigido por J. PULGAR EZQUERRA, C. ALONSO LEDESMA, A. ALONSO UREBA y G. ALCOVER GARAU, T. I, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, pág. 198. Según expone BLANQUER UBEROS, R. («El concurso de los cónyuges en gananciales o impropiaamente el concurso del matrimonio», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, T. 9, 2008, págs. 31 y 32), unos mismos bienes, los gananciales, pueden quedar —y frecuentemente así acontece— sujetos directamente a responsabilidad por unas deudas contraídas por dos diferentes sujetos de derecho, esto es, por cada uno de ambos cónyuges. Como atinadamente pone de relieve, dentro de nuestra doctrina civilista, la profesora CUENA CASAS («El concurso de acreedores de persona casada en régimen de gananciales», en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, coordinado por M. CUENA y J. L. COLINO, 1.ª ed., Ed. Civitas, Navarra, 2009, págs. 188 y 189), pese a que la presunción de ganancialidad recogida en el artículo 1361 del Código Civil provoca que entre los cónyuges, cuyo régimen sea el de gananciales, no se produce necesariamente la referida confusión patrimonial, «el hecho de que en el régimen de gananciales no existan cuotas enajenables y, por ende, embarrables sobre los bienes comunes aconseja la tramitación conjunta de la insolvencia de ambos cónyuges y ello al margen de que tal supuesto sea o no reconducible al concepto de confusión patrimonial». En este sentido, según la mencionada autora, la existencia de tres masas patrimoniales «que se endeudan a través de dos sujetos que son los cónyuges, que pueden actuar separadamente en los casos de gestión solidaria, es la que aconseja la tramitación conjunta de ambas insolvencias».

(12) Según se indica en el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 27 de marzo de 2008, la *confusión patrimonial* «implica que no pueda determinarse con seguridad si los bienes afectos a la responsabilidad patrimonial del deudor pertenecen a uno u otro de los deudores o, como también se ha indicado, cuando existe un entrelazamiento patrimonial tan intrincado que no es posible desentrañar e individualizar la titularidad de los elementos del activo y del pasivo para atribuirlos a uno u otro deudor o que para verificarlo exige un esfuerzo desproporcionado a los resultados que pudieran obtenerse». En relación con el concurso de acreedores de dos cónyuges, la Audiencia Provincial de Madrid advierte: «Al no ser los cónyuges en régimen de gananciales titulares de una concreta cuota respecto de cada uno de los bienes que la integran cayendo su derecho sobre el conjunto del patrimonio ganancial no teniendo aquéllos, en su individualidad, sino un derecho expectante en la proporción que los mismos tienen en la sociedad, es decir, por mitad, para el día que se disuelva dicha sociedad, puede implicar una situación de confusión patrimonial».

Por último, hemos de hacer mención a la Audiencia Provincial de Madrid, que señala, en su Auto de 27 de marzo de 2008, que la confusión entre los patrimonios de los cónyuges «no se exige que sea total». Cuando se trata de cónyuges deudores, la nueva redacción conferida al artículo 25.2 LC en 2011 parece no exigir ya la «confusión de patrimonios» para lograr la declaración conjunta de concurso.

Desde un punto de vista procesal (13), el acreedor común que insta la declaración conjunta de concurso necesario de varios de sus deudores —cónyuges, en nuestro caso— habrá de adjuntar a su solicitud la documentación que pruebe la existencia de sus créditos contra aquéllos. Asimismo, deberán hacerse constar los medios de prueba adecuados que el acreedor pretenda emplear para demostrar dos aspectos esenciales: *a)* la situación de insolvencia de todos los deudores cuya declaración en concurso se pretende (14); y *b)* la confusión patrimonial existente entre tales deudores, que autoriza la acumulación inicial de sus concursos.

B) ¿Existen otros sujetos legitimados?

Una vez estudiada la facultad de los acreedores de instar la acumulación inicial de los concursos de los cónyuges, emerge, de forma natural, la duda referida a la posible legitimación de otras personas a tal efecto.

Evidentemente, la administración concursal de cualquiera de los cónyuges no puede solicitar dicha acumulación *ab initio*, pues el nombramiento de los respectivos administradores tiene lugar en una fase posterior, en la *sección segunda*, una vez declarado por el Juez de lo Mercantil el concurso de aquéllos (cfr. arts. 26 y sigs. LC). No obstante, como estudiaremos más adelante, los administradores concursales sí se encuentran legitimados para instar la acumulación durante el transcurso de los procesos concursales de ambos cónyuges (cfr. art. 25 LC) (15).

(13) Vid., sobre esta materia, GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a C., «Comentario al artículo 3», en *Comentarios a la Ley Concursal. Ley 22/2003, de 9 de julio. Concursal. Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, vol. I, coordinado por R. BERCOVITZ, Ed. Tecnos, Madrid, 2004, pág. 75.

(14) En contra de esta opinión, en el seno de nuestra doctrina, BLANQUER UBEROS (*op. cit.*, pág. 39) considera que basta la insolvencia de uno de los cónyuges, aunque sea solvente el otro esposo también deudor, para que prospere la solicitud de declaración conjunta de concurso de los esposos, siempre que exista confusión de sus patrimonios (hipótesis que, según este autor, acontece siempre que el régimen económico-matrimonial sea de comunidad): «el fundamento de la declaración conjunta no se debe buscar (...) en la insolvencia de los dos cónyuges (...) sino en la existencia de una “confusión de patrimonios”, cuya superación o aclaración buscada a lo largo de la tramitación del procedimiento de concurso sea necesaria para su adecuada conclusión por convenio o por liquidación».

(15) Según explica GARNICA MARTÍN, J. («Comentario al artículo 25», en *Comentarios a la Ley Concursal*, coordinado por J. M. SAGRERA TIZÓN, A. SALA REIXACHS y A. FERRER BARRIENDOS, T. I, Ed. Bosch, Barcelona, 2004, págs. 294 y 295), mientras los procesos que serían acumulables a través del artículo 3.5 también podrían acumularse posteriormente, no ocurre lo mismo a la inversa. La razón de ello es que las posibilidades de acumular, inicial o posteriormente, deben analizarse desde perspectivas distintas. A su entender, la razón última que justifica la acumulación inicial es el correcto enjuiciamiento de la situación de insolvencia del deudor. En cambio, la acumulación posterior se explicaría desde el punto de

Por otra parte, el legislador no ha otorgado a los Jueces de lo Mercantil la posibilidad de proceder de oficio a la acumulación inicial de los concursos de varios deudores (16). Tampoco la jurisprudencia ha contemplado tal hipótesis, ni se ha introducido en el texto de la Ley Concursal que entrará en vigor el día 1 de enero de 2012.

a) Discutida legitimación de los propios cónyuges

En realidad, el problema se plantea con la legitimación de los mismos cónyuges para requerir la acumulación *ab initio* de sus propios concursos; es decir, ¿resulta admisible que los cónyuges soliciten conjuntamente la declaración de concurso voluntario?

Si examinamos con detenimiento el texto normativo vigente y aplicado por las decisiones judiciales analizadas en este trabajo, podemos advertir que la posible petición de acumulación inicial de los concursos de los cónyuges se halla prevista, única y exclusivamente, en el marco del concurso necesario (cfr. el anteriormente analizado art. 3.5 LC). Dado que el concurso necesario es aquel en el que el procedimiento de ejecución universal se inicia a instancia de algún acreedor (*ex art. 22 LC*), el legislador parece haber contemplado solamente la hipótesis de la solicitud conjunta de concurso por parte de un acreedor común de ambos cónyuges. Sin embargo, la cuestión dista mucho de ser pacífica.

Nuestra doctrina y jurisprudencia mayoritarias omiten en sus argumentaciones cualquier ligazón a la literalidad de la Ley Concursal, y confieren a los cónyuges la facultad de llevar a efecto conjuntamente la solicitud de sus respectivos concursos de acreedores. Sobre este particular, la profesora PULGAR, tras reconocer que nuestro texto legal no admite expresamente la hipotética solicitud conjunta

vista de las soluciones alcanzables (así, permitir una más exacta determinación de las masas o calificación de los créditos; alcanzar convenios que pueden coincidir en algunos de sus términos o estar recíprocamente condicionados...). A pesar de lo atinado de la exposición del mencionado autor, en nuestra opinión, la acumulación posterior de los concursos puede obedecer, en algunos casos, al mismo propósito que GARNICA MARTÍN identifica como propio de la acumulación inicial: escrutar, del modo más fiable posible, la insolvencia del deudor. En este sentido, el hecho de que ningún acreedor común haya solicitado la acumulación inicial de los concursos no obedece, indefectiblemente, a la falta de confusión patrimonial entre los dos deudores concursados. Es más, se podría pensar en una eventual ausencia de acreedores comunes de sendos deudores, a pesar de existir la aludida confusión patrimonial entre ambos; en este supuesto, ningún acreedor se encontraría legitimado para solicitar la acumulación inicial de los concursos, pero sí cabría esperar que tal solicitud se verificara, posteriormente, por parte de cualquiera de los administradores concursales, a través del mecanismo dispuesto en el artículo 25 LC. Vid., sobre este particular, BONET NAVARRO, Á., «Comentario al artículo 25», en *Comentarios a la Ley Concursal: Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, coordinado por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Ed. Tecnos, Madrid, 2004, pág. 241, núm. 5. Por último, en opinión de SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE (*op. cit.*, pág. 165), en el supuesto del artículo 3.5, nos hallaríamos «ante una suerte de acumulación subjetiva de la facultad del acreedor de iniciar el concurso contra varios de sus deudores, con el objeto de que las respectivas insolvencias de éstos se tramiten en un mismo procedimiento (cfr. artículos 71 y 72 de la LEC)».

(16) ARNAU RAVENTÓS, L., *La declaración de concurso de persona casada y la composición de la masa activa. Estudio de los artículos 77, 78 y 79 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*, Ed. Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2006, pág. 17, núm. 8.

de concurso voluntario por parte de dos deudores casados entre sí, considera que tal posibilidad ha de ser admitida «por analogía con los supuestos contemplados en el art. 3.5 LC» (17). En parecidos términos se había pronunciado Rojo, quien no encuentra inconveniente en aceptar que varios deudores especialmente relacionados insten simultáneamente, en el mismo escrito, la declaración judicial conjunta de concurso (18).

Esta misma opinión viene siendo sostenida, asimismo, desde el trascendental ámbito de la jurisprudencia concursal, donde suele admitirse la acumulación inicial de los concursos voluntarios de los dos integrantes de un mismo matrimonio [cfr., entre otras muchas, Auto JMerc., núm. 1 de Bilbao, de 15 de noviembre de 2004 (19); Auto JMerc., núm. 1 de Madrid, de 29 de noviembre de 2004; el sobradamente conocido, por su impacto en los medios de comunicación, Auto JMerc., núm. 3 de Barcelona, de 29 de diciembre de 2004; Auto JMerc., núm. 2 de Barcelona, de 29 de diciembre de 2004; Auto JMerc., núm. 1 de Valencia, de 25 de enero de 2005; Auto JMerc. de Córdoba, de 14 de noviembre de 2005; Auto JMerc., núm. 1 de Cádiz, de 7 de abril de 2006; Auto JMerc., núm. 2 de Valencia, de 2 de octubre de 2007; Auto JMerc., núm. 2 de Bilbao, de 9 de mayo de 2008; Auto JMerc., núm. 1 de Santander, de 18 de julio de 2008]. No obstante, aunque de manera excepcional, dentro de nuestra jurisprudencia podemos hallar alguna decisión en la que se disiente de la tendencia mayoritaria, y no se acepta la solicitud inicial de acumulación de concursos voluntarios, como consecuencia de los términos en los que se ha expresado nuestro legislador en la Ley Concursal (vid., v.gr., Auto JMerc., núm. 1 de Málaga, de 5 de mayo de 2005).

Desde un punto de vista puramente procesal, la mayor parte de los Jueces de lo Mercantil viene dictando bien un auto de declaración de dos concursos, o bien dos autos nombrando a un administrador concursal. Por su parte, los deudores suelen solicitar conjuntamente la declaración de concurso voluntario a través de una única demanda, con documentos anexos.

En contra de este sector doctrinal y jurisprudencial mayoritario, GONZÁLEZ CARRASCO (20) indica que no debe admitirse la posibilidad de acumulación inicial

(17) PULGAR EZQUERRA, *op. cit.*, pág. 799.

(18) ROJO FERNÁNDEZ-RIO, *op. cit.*, págs. 220 y 221. Vid., también, entre otros muchos autores, COLINO MEDIAVILLA, J. L., «Concurso de consumidor y declaración conjunta de concurso voluntario de cónyuges (Comentario al auto de declaración de concurso voluntario de 29 de diciembre de 2004, del Juzgado Mercantil, núm. 3 de Barcelona)», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, T. 3, 2005, pág. 232; FERNÁNDEZ VICTORIA, V., «La quiebra» del particular: aplicación de la Ley Concursal a las personas físicas», en *Economist & Jurist*, mayo de 2008, pág. 74; VELA TORRES, *op. cit.*, pág. 271. No obstante, esta opinión es mayoritaria, si bien no resulta unánime; vid., v. gr., BLANQUER UBEROS (*op. cit.*, pág. 34), quien afirma que del tenor literal de la «Ley se deduce con simplicidad que los cónyuges, actuando conjuntamente, no pueden instar la declaración judicial conjunta de concurso»; vid., asimismo, SÁNCHEZ ALBARRÁN, Ó. A., «La consolidación procesal de los concursos de grupos de empresas y su posible extensión jurídico-material», en *La Ley*, Tomo de Jurisprudencia, T. 5, 2008, pág. 1746 (Diario La Ley, núm. 7083, 26 de diciembre de 2008, ref.^a D-380).

(19) En este caso, se produjo la admisión de la solicitud inicial conjunta de concurso voluntario de varias empresas, por pertenecer al mismo grupo. Sin embargo, el Juez de lo Mercantil no se plantea, siquiera, que tal posibilidad no se halla expresamente recogida en la Ley Concursal, aunque alude a los artículos 3.5 y 25 LC, para concluir con las siguientes palabras: «Por lo tanto ha apostado por la posibilidad, hasta ahora inédita en nuestro derecho positivo, de que pueda declararse el concurso de un grupo de empresas o sociedades».

(20) GONZÁLEZ CARRASCO, *op. cit.*, pág. 72.

de concursos voluntarios, ya que «en el caso de varios deudores la identidad de causa de pedir que exige el art. 72.II LEnjCiv no es, en general, la insolvencia genérica, sino la concreta situación de insolvencia de cada uno de ellos, que como tal habrá de justificarse en hechos concretos distintos en cada uno de los casos, por lo que no podrá decirse que las acciones se fundan en los mismos hechos». Es cierto que el artículo 72 LEC dispone, en relación con la acumulación subjetiva de acciones, que habrá de entenderse «*que el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos*», pero, a nuestro modo de ver, cuando el legislador concursal habla de «acumulación» de concursos necesarios, no lo hace en sentido procesal. Al menos, no se identifica plenamente con la acumulación acogida en la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este sentido, con anterioridad a la reforma de 2011 el presupuesto de la acumulación de concursos necesarios contemplada en el artículo 3.5 LC es, precisamente, la confusión de patrimonios entre varios deudores de un mismo acreedor, y no que la situación de insolvencia de cada uno de los deudores se funde en los mismos hechos (21).

Aunque se produzca la acumulación inicial prevista en el artículo 3.5 LC, el concurso de cada uno de los deudores continúa manteniendo su identidad, y su tramitación se desarrolla de modo autónomo, a pesar de que la administración concursal de ambos normalmente sea la misma. En principio, lo que se determine en el concurso de uno de los deudores resulta independiente de lo que se decida en el seno del concurso del otro deudor: puede ocurrir, v.gr., que sólo el concurso de uno de ellos sea calificado como «culpable», o bien que uno de los concursos finalice con convenio y el otro con la liquidación, etc. (22). Lo que pretende el legislador, al admitir la acumulación inicial de los concursos necesarios de varios deudores, es, simplemente, evitar los inconvenientes prácticos que pueden surgir por el hecho de existir confusión patrimonial entre ellos, así como agilizar y simplificar los trámites. Por consiguiente, no se trata exactamente de la acumulación de acciones prevista en nuestra legislación procesal, de tal forma que consideramos que la letra del artículo 72 LEC no constituye una razón definitiva para entender que nuestra legislación admite o no la acumulación *ab initio* de concursos voluntarios.

b) Dicotomía entre la Ley Concursal y la jurisprudencia

Con independencia de lo acertado, desde un punto de vista práctico, de conferir a dos cónyuges la posibilidad de instar conjuntamente sus concursos

(21) GONZÁLEZ CARRASCO (*op. y loc. ult. cit.*) afirma que, en relación con el caso de acumulación de concursos necesarios regulado en el artículo 3.5 LC, «existen situaciones de confusión patrimonial que pueden provocar que la causa de pedir en el sentido indicado resulte conexa; pero en todo caso no es jurídicamente correcto que los deudores puedan instrumentar la confusión patrimonial creada en su propio beneficio». Como coherente consecuencia de sus palabras, parece que si la confusión patrimonial no provoca finalmente que la causa de pedir resulte «conexa», no deberían haberse acumulado los concursos necesarios de los dos deudores; sin embargo, en nuestra opinión, el legislador concursal no está previendo la acumulación por «identidad o conexión en la causa de pedir», sino, simplemente, por la existencia de confusión patrimonial entre los deudores.

(22) No obstante, la aprobación de una propuesta de convenio relativa a uno de los deudores puede hallarse condicionada a la aprobación de la propuesta de convenio referida al otro; en este sentido, vid. artículo 101 LC.

de acreedores, parece que las afirmaciones del sector doctrinal y jurisprudencial mayoritario —que acepta tal legitimación de los deudores— se topan con el obstáculo del tenor literal de nuestra norma hasta la reforma de 2011.

A la hora de interpretar una norma, hemos de acudir a los criterios establecidos en el artículo 3.1 de nuestro Código Civil, y es evidente que, en virtud de los elementos hermenéuticos recogidos en dicho precepto, en el estado actual de nuestro ordenamiento no cabe entender que en el artículo 3.5 LC se ha contemplado a los propios deudores como legitimados para instar la acumulación inicial de sus concursos voluntarios. Sostener lo contrario supondría la palmaria tergiversación del texto legal, y una vulneración frontal del criterio gramatical, que constituye el primero de los elementos establecidos por el propio legislador para elucidar el significado de una norma. Asimismo, en nuestra opinión, ni la interpretación sistemática ni la evolutiva (o elemento sociológico) permiten considerar legitimados a los cónyuges para solicitar conjuntamente la declaración de sus concursos.

En primer lugar, en la Ley Concursal no hemos hallado ningún precepto en el que, en relación con cualquier otra cuestión, se parta de la admisión de dicha legitimación. Por otro lado, puesto que han transcurrido poco más de siete años desde la entrada en vigor de la norma, se nos antoja atrevido acudir a la interpretación del artículo 3.5 LC conforme a «*la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas*», en aras a tratar de justificar una interpretación evolutiva del mismo, donde se incluya a los propios deudores como legitimados para instar la acumulación inicial de sus concursos voluntarios.

La clave podría hallarse, por consiguiente, en los dos criterios hermenéuticos restantes: el histórico y el teleológico.

El primero de ellos, en realidad, no resulta de gran ayuda en relación con la cuestión analizada, pues ni siquiera la acumulación de solicitudes de concurso necesario era contemplada en nuestra anterior legislación concursal. Por cuanto al elemento teleológico se refiere, dado que la interpretación de las normas ha de llevarse a cabo con pleno respeto a su espíritu y finalidad, deberíamos tratar de desentrañar la intención patente del legislador al elaborar el texto del artículo 3.5 LC.

Conocer las leyes, según la magnífica descripción de CELSO (Dig. 1, 3, 17), no consiste en recordar su texto o ceñirse al mismo, sino atender a su esencia y significado (en sus palabras, «*vim et potestatem*»). Por lo tanto, en el seno de la tarea hermenéutica, la principal referencia ha de hallarse en la *mens legislatoris* o en la *ratio legis*, con preferencia sobre el estricto tenor literal de la norma, tal y como sostuvo la doctrina clásica (SUÁREZ: *plus mentis esse tribuendum quam verbis, quia mens est praecipuum in lege nam est vita eius*). La *ratio* ocupa, por lo tanto, un lugar superior a las palabras mediante las que se expresa, y podría alentar una interpretación correctora de éstas. No obstante, con carácter general, el hallazgo de la *ratio legis* constituye una labor difícil e incierta.

En la hipótesis de la acumulación inicial *ab initio* de concursos necesarios a instancia de un acreedor común de dos cónyuges, expresamente acogida en el artículo 3.5 LC, parece que el objetivo del legislador ha sido agilizar, en la medida de lo posible, la tramitación de sendos concursos; asimismo, dicha previsión normativa persigue facilitar la más correcta composición de las masas activa y pasiva de los concursos, con la evitación de los graves inconvenientes que pudieran brotar como consecuencia de la confusión de los patrimonios de los deudores. Indudablemente, estos mismos designios resultarían, en principio, válidos para promover la admisión de la solicitud de acumulación inicial de los concursos voluntarios de dos cónyuges.

Sin embargo, otra parece haber sido la perspectiva del legislador en el momento de la elaboración del texto legal, como se desprende de la tortuosa tramitación parlamentaria de la Ley Concursal. En el Proyecto de Ley Concursal (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, de 23 de julio de 2002, núm. 101-1) no se contemplaba, siquiera, la posible solicitud de acumulación inicial de concursos necesarios. En este sentido, en el artículo 3 del citado proyecto, dedicado a la legitimación para instar el concurso de acreedores de un deudor, se contenían únicamente cuatro números, que coincidían básicamente con los cuatro primeros números del vigente artículo 3 LC. En relación con este precepto, la única semejanza importante entre el texto del Proyecto de Ley y el finalmente aprobado como Ley por las Cortes Generales radica, precisamente, en la adición de un apartado número cinco al mencionado artículo, donde se insertó la facultad del acreedor común para solicitar la acumulación inicial de los concursos necesarios de dos de sus deudores, cuando entre éstos exista confusión patrimonial «o, siendo éstas personas jurídicas, formen parte del mismo grupo, con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones».

Tal novedad legislativa obedeció a la aprobación parcial de una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso (enmienda núm. 237, BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, de 2 de diciembre de 2002, núm. 101-15, págs. 179 y 180), en la que se proponía la introducción de dos aspectos inéditos desde el punto de vista normativo: a) la admisión de la acumulación inicial de los concursos voluntarios de dos o más deudores, a instancia de los propios deudores; y b) la concesión, a los acreedores, de la facultad de solicitar la acumulación inicial de los concursos de varios de sus deudores, cuando entre éstos exista confusión patrimonial o, en el caso de las personas jurídicas, cuando pertenezcan al mismo grupo.

Al aprobarse el texto definitivo de la Ley Concursal, tal y como hemos expuesto con anterioridad, se dio definitivamente carta de naturaleza a la legitimación de los acreedores para instar conjuntamente el concurso necesario de varios de sus deudores, cuando concurran las ya referidas circunstancias de confusión patrimonial o de pertenencia de los deudores personas jurídicas a un mismo grupo. Sin embargo, el mismo legislador desestimó la primera parte de la propuesta contenida en la enmienda, y no contempló la posible legitimación de los propios deudores para solicitar conjuntamente sus concursos voluntarios.

Como puede comprobarse, el legislador analizó las cuestiones suscitadas por la enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, y decidió aceptar sólo parcialmente su contenido. Parece claro, por consiguiente, que no podemos aferrarnos a la *mens legislatoris* para proponer una interpretación correctora de la letra de la Ley en este aspecto concreto, pues, aunque no prohíba expresamente la acumulación *ab initio* de concursos voluntarios (23), sí que estudió y desdén

(23) En relación con este tema, y en contra de nuestra opinión, argumentó COLINO MEDIAVILLA en su excelente trabajo sobre esta materia: «La admisión por el juez de la posibilidad de declaración conjunta de concurso voluntario de dos cónyuges, con la consiguiente acumulación de procedimientos “desde su arranque”, es acertada, pues, efectivamente, pese al silencio legal no hay razón alguna para negarla». Esta misma posición ha sido sostenida mayoritariamente en nuestra jurisprudencia: «Los Juzgados de lo Mercantil han admitido la solicitud conjunta de concurso de sujetos de un mismo grupo o acumulación inicial de solicitud de declaración de concurso voluntario desde el pionero AJMER, Barcelona, n.º 3, de 15 de noviembre de 2004, puesto que nada lo prohíbe en la Ley» (Auto del Juzgado de lo Mercantil, núm. 2 de Bilbao, de 9 de mayo de 2008).

tal posibilidad, cuando decidió admitir la acumulación de concursos necesarios a instancia de un acreedor común.

Todo ello nos lleva a concluir que, a pesar de la mayoritaria opinión doctrinal y jurisprudencial, en el estado actual —hasta el 1 de enero de 2012— de nuestro ordenamiento jurídico no cabe sostener la legitimación activa de los deudores para solicitar la acumulación inicial de sus concursos voluntarios. Las mismas razones hasta ahora expuestas nos llevan a entender que el artículo 3.5 LC no es analógicamente aplicable a la hipótesis de concursos voluntarios de dos cónyuges, pues el propio legislador, en la tramitación parlamentaria de la norma, rechazó la posibilidad de introducir la legitimación de éstos para instar conjuntamente sus concursos.

Por otro lado, a nuestro modo de ver, si bien el punto de partida es el mismo en ambos casos —la solicitud de concurso relativo a dos cónyuges—, no puede apreciarse la «*identidad de razón*» exigida en el artículo 4.1 del Código Civil entre el supuesto regulado y aquel al que pretende aplicarse analógicamente el texto legal. La *semejanza* de ambas situaciones quiebra claramente desde el punto de vista subjetivo, ya que acreedor y deudor, por definición, ocupan posiciones contrapuestas en la relación jurídica. Además, en el caso regulado en el artículo 3.5 LC, es un acreedor el que solicita la declaración conjunta de concurso necesario de dos o más de sus deudores, entre los que hay confusión patrimonial; en cambio, el supuesto al que se pretende aplicar analógicamente este precepto contempla un escenario considerablemente diverso, pues serían los propios deudores (dos o varios) quienes instarían conjuntamente sus concursos voluntarios, con independencia de la existencia o no de acreedores comunes a todos ellos.

En relación con la cuestión analizada, resulta llamativo observar cómo los Jueces de lo Mercantil han venido aceptando, sin ofrecer construcciones mínimamente elaboradas ni argumentaciones concluyentes, la legitimación de los deudores para instar la acumulación inicial de sus concursos voluntarios. No supone una excepción a esta tendencia el paradigmático Auto JMerc., núm. 3 de Barcelona, de 29 de diciembre de 2004, que puede ser considerado como la base sobre la que se han apoyado, en lo sucesivo, los diversos Jueces de lo Mercantil, en aras a admitir la discutida legitimación de los deudores.

De manera eminentemente pragmática, en dicho auto únicamente se ofrece un discurso que adolece de una notable superficialidad, y que, a nuestro modo de ver, debería haber resultado ciertamente más profundo y desarrollado, dada la relevancia de la interpretación que de la norma propugna: «En principio, la redacción del artículo 25 de la Ley Concursal indica que los mecanismos de acumulación de los concursos de personas casadas sólo puede producirse una vez ha sido declarado el concurso y a instancia de la administración concursal, sin embargo no tiene sentido ni procesal ni material tener que aguardar a dicha declaración para poder tramitar los concursos de modo acumulado desde su arranque, declaración conjunta que permite la Ley en los concursos necesarios (art. 3.5)». Asimismo, en esta decisión se concluye que «su tramitación coordinada y el mantenimiento de una misma administración concursal sin duda facilitará la tramitación del procedimiento y permitirá una tramitación más ágil y beneficiosa para los deudores y, fundamentalmente, para los acreedores».

Sin menospreciar las razones de índole práctico referidas en el mencionado auto, consideramos que, en el momento de su redacción, la cuestión distaba mucho de resultar evidente. En una publicación doctrinal posterior, el propio FERNÁNDEZ SEJO —ponente del auto—, reconoce expresamente que la admisión de la legitimación de los deudores en esta materia resulta generalizada en el

ámbito judicial, pese al rechazo parcial de la enmienda del Grupo Parlamentario Socialista que hemos analizado con anterioridad (enmienda núm. 237) (24). Son, precisamente, estas circunstancias las que nos llevan a considerar que las afirmaciones sostenidas en el auto resultaban acreedoras de una mayor justificación.

Paradójicamente, nuestra opinión sobre la ausencia de claridad de la cuestión viene confirmada por las «Conclusiones del Primer encuentro de los jueces especialistas en lo mercantil», celebrado en Valencia los días 9 y 10 de diciembre de 2004 (es decir, apenas veinte días antes de la fecha del auto del JMerc., núm. 3 de Barcelona): «A favor de la posibilidad de declaración conjunta en caso de concurso voluntario o de supuestos del art. 25 no previstos en el art. 3.5 se argumentó fundamentalmente el ahorro económico que supone la tramitación inicial de los concursos de forma acumulada con una misma administración concursal, así como la mayor eficacia derivada de dicha tramitación conjunta inicial frente a los problemas derivados de ir acumulando sucesivamente concursos, acumulación cuya tramitación supone necesariamente una cierta demora. En contra se argumentó tanto la literalidad del art. 3.5, que limita la posibilidad de declaración inicial conjunta al concurso necesario instado por el acreedor respecto de varios de sus deudores —porque todos los deudores cuyo concurso se declare conjuntamente han de ser deudores del acreedor instantáneo— y sólo en los dos supuestos expresados, como que en la tramitación parlamentaria se rechazaron enmiendas dirigidas a permitir la declaración conjunta en el caso de concurso necesario. Asimismo, se expuso que será la administración concursal quien esté en mejores condiciones de estimar si es conveniente acumular los concursos, instándolo del modo previsto en el art. 25, la dificultad de apreciar “ab initio” la concurrencia de los requisitos exigidos por el art. 3.5 de la Ley Concursal para la declaración conjunta en caso de solicitud de concurso voluntario, así como que no siempre supone una mayor simplicidad y eficacia la tramitación conjunta, desde el principio, de varios concursos».

Como puede comprobarse, el problema fue ampliamente discutido por los propios Jueces de lo Mercantil, sin llegar a acuerdo alguno. Por consiguiente, la tendencia afirmativa posteriormente seguida por la jurisprudencia carece de unos cimientos unánimemente aceptados por los propios Jueces de lo Mercantil, y debería, por este motivo, fundamentarse de manera más profusa.

A nuestro juicio, los Jueces han sobrepasado sistemáticamente en esta materia la función prevista en el artículo 1.6 del Código Civil, en el que se dispone que la jurisprudencia «complementará el ordenamiento jurídico», y parecen haber alcanzado la categoría de fuente del Derecho, a través de lo que podría considerarse una «jurisprudencia creadora de normas».

Es cierto que el mundo del Derecho ha de identificarse con el mundo de lo útil, y que el ordenamiento jurídico no puede ser considerado como algo inmovible, sino como un conjunto de normas que atiende satisfactoriamente las necesidades prácticas de la sociedad. Lamentablemente, el Derecho camina con demasiada frecuencia por detrás de la realidad, si bien las razones prácticas no pueden llevarnos a tergiversar los textos normativos a nuestro antojo, con una frontal vulneración de nuestro sistema de fuentes.

(24) FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.^a, «La posición jurídico-procesal del cónyuge del concursado. Declaración de concurso de ambos cónyuges», en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, coordinado por M. CUENA y J. L. COLINO, 1.^a ed., Ed. Civitas, Navarra, 2009, págs. 147 y 148.

En nuestra opinión, desde una perspectiva meramente práctica, las razones esgrimidas por la doctrina y la jurisprudencia para admitir la legitimación de los deudores en esta materia son valiosas. De hecho, entendemos que nuestra Ley Concursal podía y debía ser mejorada en relación con la legitimación para instar la acumulación inicial de concursos, y ampliar su ámbito de aplicación a los concursos voluntarios. Tal y como se afirma en el Auto del JMerc., núm. 1 de Santander, de 18 de julio de 2008, «razones de economía procesal y la necesidad de coordinación entre el concurso de ambos cónyuges, máxime (...) cuando rige entre ellos el régimen general de la sociedad legal de gananciales, justifica la admisión de la solicitud conjunta». Sin embargo, el hecho de que una norma sea manifiestamente susceptible de mejora no puede acarrear su modificación *de facto* —ni siquiera por vía judicial (25)—, ni pretender atribuir determinadas palabras a un legislador que, precisamente, ha rechazado su inserción en el texto legal definitivamente promulgado. Así pues, pese a que consideramos que el proceso de elaboración de la Ley Concursal y los términos en ella finalmente recogidos resultan categóricos, e impiden la admisión de la acumulación inicial de los concursos voluntarios, era conveniente proponer *de iure condendo* la contemplación de tal posibilidad en dicha norma (26).

Los demás argumentos contrarios alegados en las ya mencionadas «Conclusiones del Primer encuentro de los jueces especialistas en lo mercantil» no constituirían, a nuestro juicio, obstáculos definitivos ni insalvables. Aunque juzgamos incorrecta, en el estado todavía vigente hasta el final de 2011 de nuestro ordenamiento jurídico, la admisión por nuestros Jueces de lo Mercantil de la legitimación de los deudores para solicitar conjuntamente la declaración de sus concursos voluntarios, hemos de poner de relieve que estos últimos años de experiencia han servido para evidenciar de manera constante los aspectos positivos de conferirles tal legitimación, así como la escasa entidad de los peligros inherentes a dicha

(25) Sin lugar a dudas, no nos hallamos frente a un supuesto extremo de «estado de necesidad», en el que la jurisprudencia se encuentra habilitada para sortear la aplicación de una norma, o a modificar su sentido.

(26) Como atinadamente indica OLIVENCIA RUIZ, M. («La declaración de concurso», en *La nueva ley concursal*, Estudios de Derecho Judicial, 59-2004, Consejo General del Poder Judicial-Centro de Documentación Judicial, dirigido por M. OLIVENCIA, Madrid, 2005, págs. 68 y 69), carece de sentido «que en los casos previstos en el actual art. 3.5 no puedan los deudores (p. ej., sociedades del mismo grupo) formular solicitud conjunta de declaración de concurso y sí cualquier acreedor». No obstante, este mismo autor pone de relieve que en la tramitación parlamentaria de la Ley Concursal «se excluyó la solicitud conjunta de dos o más deudores». En el estado anterior al 1 de enero de 2012 de nuestra legislación, según observa atinadamente BLANQUER UBEROS (*op. cit.*, pág. 40), parece que lo único que pueden hacer los cónyuges es aclarar, en sus respectivas solicitudes de concurso, «que los bienes incluidos en el inventario con expresión de su naturaleza ganancial figuran también, los mismos bienes, en el inventario acompañando al escrito de solicitud presentado por el otro cónyuge; y que en la relación de acreedores que acompañe aparecerán, o podrán aparecer, titulares de créditos contra él, contra su cónyuge o contra ambos, frente a los que deben responder directamente los bienes gananciales incluidos en los dos inventarios». Tales circunstancias pueden servir de apoyo —prosigue el mencionado autor— «a la proposición que se haga para el nombramiento de unas mismas personas como miembros de la administración del concurso de uno y otro cónyuge, o de una misma persona si la administración concursal fuese unipersonal»; asimismo, también «servirán de fundamento a la propuesta que uno y otro haga, dirigida a quien ejerza la administración de los dos concursos, para que solicite del juez la acumulación de ambos concursos ya declarados, proporcionándole argumentos para redactar el escrito razonado mediante el que presente la solicitud».

medida (27). La experiencia ha demostrado, por consiguiente, la eficacia de la acumulación inicial no sólo de los concursos necesarios, sino también de los voluntarios, en aras a la simplificación, agilización y coordinación de las ejecuciones universales de más de un deudor.

Parece, pues, que nos hallamos en el momento idóneo para materializar la «colaboración» entre la jurisprudencia y el legislador, en el sentido que, con carácter general, expuso ÁLVAREZ VIGARAY (28). Así lo ha entendido el legislador, pues en el artículo 25.1 LC, tras la *Ley de Reforma de 2011*, acoge de manera expresa, por fin, la legitimación activa de los cónyuges deudores para solicitar la declaración judicial conjunta de concurso. Por consiguiente, el legislador ha decidido resolver definitivamente la cuestión en el mismo sentido en el que, sin apoyatura legal, han venido pronunciándose nuestros Jueces de lo Mercantil (29).

2. TRAMITACIÓN SEPARADA, PERO COORDINADA

Tal y como hemos afirmado con anterioridad, aun cuando se verificara la acumulación inicial admitida en el artículo 3.5 LC, los concursos de ambos cónyuges siguen sus respectivos cauces, pero de manera coordinada (así se contempla explícitamente en el primer apartado del art. 25 *ter* tras la *Ley de Reforma de 2011*) (30). Atinadamente expone COLINO (31) que «la acumulación de procedimientos desde su declaración hace que no sean independientes, porque se tramitan coordinadamente». No obstante, se trata de dos concursos con procedimientos diferenciados, si bien conectados en su tramitación.

Como directa consecuencia de lo anterior, aunque los procesos concursales de los dos cónyuges mantienen su identidad, se tramitarán de manera armonizada desde el inicio, de tal forma que resultará considerablemente más sencilla y

(27) Como explica FERNÁNDEZ SEJO (*op. cit.*, pág. 148), con la acumulación *ab initio* de los concursos, se evitan «problemas de competencia, problemas de dualidad de órganos del concurso y gestionando las publicaciones del concurso, la insinuación de créditos y la emisión del informe de modo coordinado».

(28) ÁLVAREZ VIGARAY, R. («Las mutuas influencias entre la legislación y la jurisprudencia», en *Libro-homenaje a Ramón M.^a Roca Sastre*, vol. I, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1976, págs. 829 a 832) advierte que, como consecuencia del contacto directo de los Jueces y Tribunales con los problemas jurídicos de la vida, ocupan una posición privilegiada para localizar los defectos y problemas de las normas. Por lo tanto, pueden ofrecer una opinión ciertamente cualificada para su llevar a cabo su modificación, de tal forma que se evite el distanciamiento entre la necesidades prácticas y el ordenamiento jurídico. En su opinión, es precisamente este alejamiento lo que se pretende evitar con las Disposiciones Adicionales 1.^a y 2.^a del Código Civil (en esta última, ÁLVAREZ VIGARAY observa «un atisbo de una incipiente sociología jurídica, como otro elemento destacado en la tarea de auxiliar a una buena renovación o modificación del Código»).

(29) Bajo la denominación de «concursos conexos», la *Ley de reforma de 2011* pretenden acertadamente dotar de una regulación conjunta y más detallada a la acumulación de concursos de varios deudores.

(30) Artículo 25 *ter* LC: «1. Los concursos declarados conjuntamente y acumulados se tramitarán de forma coordinada, sin consolidación de las masas. 2. Excepcionalmente, se podrán consolidar inventarios y listas de acreedores a los efectos de elaborar el informe de la administración concursal cuando exista confusión de patrimonios y no sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en un gasto o en una demora injustificados».

(31) COLINO MEDIAVILLA, *op. cit.*, pág. 233. Asimismo, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, *op. cit.*, pág. 224.

segura la determinación de las deudas privativas de cada uno de los esposos, así como de las comunes a ambos. Es decir, la acumulación inicial de los concursos no obsta la discriminación de las masas activas y pasivas de cada uno de los miembros del matrimonio (32).

Resulta muy interesante, sobre esta materia, el Auto del J.Merc., núm. 1 de Santander, de 18 de julio de 2008, donde se explica que la acumulación inicial de los concursos de varios deudores «no ha de traducirse en la confusión de activo y pasivo, debiéndose deslindar los de uno y otro, mediante los correspondientes informes de la administración concursal, entendiéndose que únicamente conlleva la tramitación coordinada de ambos concursos que se acumulan ab initio. Por ello, aun cuando en el escrito iniciador de este procedimiento se alude a una única solicitud de concurso y a la declaración de un único concurso, lo procedente, en su caso, es la declaración de dos concursos, uno respecto a cada uno de los solicitantes, cada uno de ellos con su propia administración concursal (sin perjuicio de que recaiga el cargo en la misma persona) y su tramitación diferenciada aunque coordinada» (33).

Así pues, el hecho de proceder a su acumulación no debe suponer, en principio, ningún riesgo para los acreedores. Antes al contrario, la acumulación supone, en cierta medida, una mayor garantía de celeridad, agilidad y seguridad, ya que, al sustanciarse los concursos ante la misma sede judicial y gozar —normalmente— de una única administración concursal, es previsible que no se produzcan descoordinaciones entre las decisiones y soluciones adoptadas en el seno de cada uno de los concursos. En cualquier caso, como observamos con anterioridad, en principio, las decisiones adoptadas en cada uno de los concursos acumulados resultan independientes, a diferencia de lo que sucede en la acumulación disciplinada en la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues, v. gr., puede acontecer que su calificación sea diversa, o que en un caso se finalice con convenio y en el otro la solución adoptada sea la liquidación.

Aunque el legislador no lo establece expresamente, parece lógico pensar que, para alcanzar la máxima eficacia del mecanismo de la acumulación de concursos de dos cónyuges, lo más apropiado es designar una única administración concursal. Tal decisión contribuye, al igual que la tramitación ante un mismo Juzgado de lo Mercantil, a la mejor coordinación de los concursos, y supone un ahorro de tiempo y una reducción de costes. A tal efecto, no debemos olvidar que este es, precisamente, el designio de la institución de la «acumulación de concursos». Por otra parte, el texto normativo no permite sostener una opinión contraria a la existencia, en estas hipótesis, de una única administración concursal, pues de la lectura del artículo 3.5 LC no puede desprenderse su exclusión. En realidad, la interpretación de este precepto nos mueve a pensar

(32) Vid., en este sentido, PULGAR EZQUERRA, *op. cit.*, pág. 196, VELA TORRES, *op. cit.*, pág. 270, y FERNÁNDEZ SEIJO, *op. cit.*, págs. 147 y 148.

(33) Según se expone en el Auto J.Merc., núm. 2 de Bilbao, de 9 de mayo de 2008, «no se confunden los concursos tramitados en conjunto, (...) sino que se desenvuelve el procedimiento en unos mismos autos pero con varios concursos, con sus respectivas masas, y una administración concursal común». Vid., también, Auto AP de Madrid, de 27 de marzo de 2008: «Como es obvio, la declaración conjunta de concurso de los cónyuges implica la tramitación conjunta y acumulada desde la solicitud de ambos concursos pero no la identidad de masa activa y pasiva, debiendo determinarse para cada uno de los concursados aun cuando sustancialmente coincidan tanto los bienes y derechos que deban conformar el activo como las deudas a incluir en el pasivo».

que, además de unificar en un único órgano jurisdiccional ambos concursos, resulta plenamente lógica la presencia de una sola administración concursal (tal posibilidad se contempla de manera expresa en el artículo 27.5 LC a partir de la *Ley de Reforma de 2011*). Otra solución supondría retroceder en la agilidad, coordinación y abaratamiento de los procedimientos concursales. Asimismo, en este caso no tropezamos con el obstáculo de la literalidad del precepto, ni con el rechazo de tal solución en la tramitación parlamentaria de la norma.

Por último, hemos de poner de relieve que la designación de una única administración concursal en estos supuestos ha sido constante en nuestra jurisprudencia, desde el conocido Auto del J.Merc., núm. 3 de Barcelona, de 29 de diciembre de 2004, y que se ha revelado como una herramienta eficaz y conveniente, en aras a lograr la anhelada coordinación y la simplificación de los procedimientos concursales.

III. ACUMULACIÓN EX POST DE CONCURSOS

Si no se ha llevado a cabo la acumulación inicial de los concursos de ambos cónyuges, y, por consiguiente, desde el comienzo se han desarrollado los dos concursos de manera completamente independiente, el legislador concursal ha contemplado la posibilidad de proceder a su acumulación en un momento posterior.

Según se dispone en el artículo 25.3 LC (en su redacción anterior a 2012), una vez declarados los concursos de los dos esposos, la administración concursal de cualquiera de ellos goza de la facultad de instar al juez la acumulación al procedimiento del otro cónyuge (34); a tal efecto, dicha administración concursal deberá presentar al juez un «escrito razonado». Sin embargo, y a diferencia de lo que ocurre en el artículo 3.5 LC, el legislador no ha explicitado cuáles han de ser esas «razones» en las que debe apoyarse la solicitud de acumulación (tampoco el art. 25 *bis* introducido por la *Ley de Reforma de 2011* alude a tales razones, e insiste en la presentación del «escrito razonado»). No obstante, dado que el propósito de los artículos 3.5 y 25.3 LC coincide, entendemos que una interpretación sistemática de la norma (ex art. 3.1 CC) permite conectar ambos preceptos, y

(34) En el caso del concurso de persona jurídica o de la sociedad dominante, en el artículo 25.1 LC únicamente se confiere legitimación a la administración concursal de aquella para solicitar la acumulación *ex post* de los concursos de los socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de la persona jurídica, o de las sociedades dominadas. Tal decisión de política legislativa ha sido criticada tanto en el ámbito doctrinal (vid. GONZÁLEZ CANO, M.^a I., «La acumulación de concursos. Algunas consideraciones sobre los diferentes supuestos contemplados en la Ley Concursal y sobre la legitimación del acreedor para instarla», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 621, parte Opinión, 2004) como en el jurisprudencial (cfr. Auto del J.Merc., núm. 1 de Bilbao, de 30 de diciembre de 2004); en este sentido, se indica que el tenor de los artículos 3.5 y 25.1 LC propicia una «incoherencia del sistema», ya que en estas hipótesis el acreedor se halla legitimado para instar la acumulación inicial de los concursos, pero no la acumulación posterior, a pesar de que la primera lleva consigo «consecuencias mucho más graves y trascendentes que la eventual acumulación de concursos ya declarados, que en definitiva tan sólo implica la tramitación conjunta de ambos procedimientos». Hemos de advertir que tal incoherencia se resuelve en los artículos 25.2 y 25 *bis*, apartado 2, insertados en virtud de la *Ley de Reforma de 2011*, donde se confiere a los acreedores legitimación activa para instar tanto la inicial declaración conjunta de concurso de los cónyuges como la acumulación posterior de sendos concursos (también se otorga tal facultad a los propios cónyuges concursados; cfr. art. 25 *bis* 1 LC).

sostener que lo lógico es exigir la existencia de confusión patrimonial entre los deudores cuyos concursos se pretenden acumular (35).

Cabe instar la acumulación *ex post* cuando no se solicitó inicialmente, aunque concurrían los presupuestos contemplados en el artículo 3.5 LC, o bien cuando, a pesar de existir confusión patrimonial entre los deudores, no pudo pedirse la acumulación por faltar alguno de los requisitos legalmente establecidos. Por ejemplo, cuando los concursos son voluntarios (36) y, por consiguiente, el acreedor común no pudo instar la acumulación. O bien si, pese a tratarse de concursos necesarios y verificarse la confusión patrimonial entre los deudores, los acreedores de cada uno de ellos no coinciden; es decir, cada cónyuge tiene sus propios acreedores, y no los hay comunes (37).

Tal y como expresa un importante sector doctrinal (38), dado que nuestro legislador no fija un plazo legal máximo para llevar a cabo la acumulación *ex post* contemplada en el artículo 25 LC, ha de admitirse que ésta puede producirse tanto en la fase común como en la fase de convenio o liquidación (tampoco en la *Ley de Reforma de 2011* parece determinarse plazo alguno). Evidentemente, resultará más interesante, a efectos de la tramitación conjunta de ambos concursos, su acumulación en la fase común. No obstante, su verificación en un momento posterior también puede ofrecer ventajas en el ámbito de la aprobación judicial de una propuesta de convenio, en relación con uno de los cónyuges, condicionada a la aceptación de la propuesta referida al otro esposo (*ex art.* 101.2 LC) (39).

1. TRAMITACIÓN INICIAL EN JUZGADOS DISTINTOS Y CON DIVERSAS ADMINISTRACIONES CONCURSALES

Cuando los dos cónyuges han sido declarados en concurso de acreedores, puede suceder que inicialmente los concursos se hayan tramitado por juzgados distintos. Como consecuencia de la admisión de la acumulación solicitada por la administración concursal de cualquiera de ellos, los dos concursos habrán de

(35) En contra de nuestra opinión, DUQUE DOMÍNGUEZ [«Comentario al artículo 25», en *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)*, dirigido por J. PULGAR EZQUERRA, C. ALONSO LEDESMA, A. ALONSO UREBA y G. ALCOVER GARAU, T. I, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, pág. 521] entiende que, como consecuencia de la formulación genérica del artículo 25.3 LC, «cualquiera que sea el régimen matrimonial de bienes y las posibles relaciones de responsabilidad de las masas patrimoniales (comunes o propias) de los cónyuges frente a terceros acreedores, podrá ponerse en funcionamiento la acumulación»; según GARNICA MARTÍN (*op. cit.*, pág. 304), en el caso de los cónyuges, el artículo 25 LC no exige ningún otro requisito adicional para que proceda la acumulación, «lo que probablemente no sea razonable», pues entiende que la justificación para la acumulación «se encuentra de forma fundamental en el hecho de que entre los cónyuges es frecuente que exista una situación de comunidad de bienes».

(36) Vid. ARNAU RAVENTÓS, *op. cit.*, págs. 17 y 18.

(37) Vid. BONET NAVARRO, *op. cit.*, pág. 241, núm. 5.

(38) Cfr., entre otros, PULGAR EZQUERRA, *op. cit.*, págs. 800 y 801; SEBASTIÁN QUETGLAS, R., «El concurso de acreedores del grupo de sociedades», en *Estudios de Derecho Concursal*, Ed. Thomson Civitas, Pamplona, 2009, págs. 204 y 205.

(39) A modo de excepción a la regla que impide las propuestas de convenio condicionadas, en el artículo 101.2 LC se contempla la posibilidad de condicionar la propuesta de convenio de uno de los concursados a la aprobación del convenio en otro u otros concursos acumulados.

sustanciarse en lo sucesivo ante el mismo Juez de lo Mercantil. En el artículo 79.1 LEC, con carácter general, se dispone que la acumulación de procesos, «*se solicitará siempre al tribunal que conozca del proceso más antiguo, al que se acumularán los más modernos*». Sin embargo, en el ámbito de la acumulación concursal nos encontramos con una especialidad en esta materia, pues el criterio sostenido en el artículo 10.4 LC (40) viene referido a la cuantía del pasivo de los concursos: «*En los casos de solicitud de declaración conjunta de concurso de varios deudores, será juez competente para declararlo el del lugar donde tenga el centro de sus intereses principales el deudor con mayor pasivo, y si se trata de un grupo de sociedades, el de la sociedad dominante. La misma regla se aplicará para determinar el juez competente para la tramitación de concursos acumulados*». Por consiguiente, una vez acumulados, se tramitarán frente al Juez de lo Mercantil que venía conociendo del concurso del cónyuge con mayor pasivo, con independencia del momento en el que su concurso fue declarado (41).

Como consecuencia de esta especificidad en materia concursal surge, de manera natural, otra cuestión: ¿supone la acumulación de los concursos de los cónyuges la concentración de las dos administraciones concursales que venían desempeñando su labor en una sola? Lamentablemente, nuestra legislación se ha encontrado tradicionalmente impregnada —una vez más— por una alarmante falta de previsión sobre este particular.

En esta materia las posibilidades son múltiples, pues el Juez de lo Mercantil goza de un amplio arbitrio, principalmente, en las hipótesis de acumulación inicial de concursos (42). En este sentido, el Juez frente a quien se solicita la

(40) Si bien este apartado del artículo 10 ha sido suprimido en la *Ley de Reforma de 2011*, una regla similar, por cuanto se refiere a los cónyuges concursados, se contiene en los proyectados artículos 25.4 y 25 bis, apartado 3. En cambio, en el supuesto del grupo de sociedades se introducen en la referida reforma nuevas previsiones normativas, que sobrepasan el ámbito objetivo de nuestra investigación.

(41) Aunque referido a un supuesto de acumulación *ex post* de los concursos de varias sociedades pertenecientes al mismo grupo, resulta revelador el Auto de la AP Madrid, de 13 de marzo de 2009, en el que se expone: «En el caso de acumulación de concursos de sociedades por pertenecer a un grupo se desprende con nitidez del art. 25.1 de la LC que el criterio legal es el de que la acumulación deberá instarse ante el juzgado que conoce del concurso de la sociedad dominante, pues sería éste el llamado a conocer de los procesos acumulados. Se trata, por otro lado, del mismo criterio que sigue el legislador al regular un problema diferente, pero emparentado con el de la acumulación, cual es el de la solicitud de declaración conjunta de concurso de varias sociedades pertenecientes a un grupo, en cuyo caso el fuero competente, según el art. 10.4 de la LC, es el correspondiente a la sociedad dominante». Parece, pues, evidente, que en el caso de la acumulación sobrevenida de los concursos de dos cónyuges, será también de aplicación lo dispuesto en ese mismo artículo 10.4 LC, de tal forma que la acumulación habrá de ser instada ante el Juez frente a quien se tramite el concurso del cónyuge «*con mayor pasivo*».

(42) Nuestra jurisprudencia ofrece numerosos ejemplos, donde se ha designado una sola administración concursal. Así, en el Auto de 29 de diciembre de 2004 del J.Merc., núm. 3 de Barcelona, se asevera: «Acreditada la situación de insolvencia de ambos cónyuges (...) la declaración de concurso de ambos cónyuges, su tramitación coordinada y el mantenimiento de una misma administración concursal sin duda facilitará la tramitación del procedimiento y permitirá una tramitación más ágil y beneficiosa para los deudores y, fundamentalmente, para los acreedores. La acumulación de procedimientos no debe suponer la confusión de masas, confusión que perjudicaría a los acreedores, sino la tramitación coordinada de los procesos concursales determinando las deudas privativas y las comunes, así como los acreedores de uno y otro cónyuge y los que pudieran ser comunes». En este

declaración conjunta de concurso de dos cónyuges puede decidir que resulta más beneficiosa la designación de una única administración para ambos procedimientos concursales, en aras a alcanzar una mayor sencillez y coordinación en su tramitación, así como un posible ahorro de costes.

Más problemática parece esta cuestión, *a priori*, cuando nos hallamos frente a una acumulación sobrevenida de los concursos ya iniciados de los cónyuges. Como ya hemos observado, nuestra Ley Concursal nada disponía en relación con una eventual sustitución de las dos administraciones concursales que han venido trabajando independientemente en sendos procedimientos. Sin embargo, parece que, una vez instada por cualquiera de las administraciones concursales la acumulación de los concursos, el tenor literal del artículo 37 LC alberga la posibilidad de la designación de una sola administración en sustitución de las dos anteriores, con fundamento en razones de coordinación de los procedimientos. Dicho precepto (en su primer apartado), si bien no recoge expresamente la hipótesis que analizamos en este punto, puede servir de base para cimentar el mencionado relevo, pues faculta al Juez para proceder de oficio a la separación de los administradores concursales de sus cargos, siempre y cuando «concurra justa causa». Con carácter general, TIRADO advierte que únicamente en los supuestos donde la sustitución de los administradores resulte manifiestamente beneficiosa podrá el juez llevarla a efecto, pues la frontera entre las razones de oportunidad y la discrecionalidad se ve afectada por una peligrosa indefinición (43).

Esta posibilidad, si bien con carácter meramente facultativo para el Juez, se halla expresamente contemplada, por fin, en el artículo 27.5 LC tras la *Ley de Reforma de 2011*: «En supuestos de concursos conexos, el juez competente para la tramitación de éstos podrá nombrar, en la medida en que ello resulte posible, una administración concursal única designando auxiliares delegados. En caso de acumulación de concursos ya declarados, el nombramiento podrá recaer en una de las administraciones concursales ya existentes».

2. LEGITIMACIÓN PARA SOLICITAR LA ACUMULACIÓN

La legitimación activa para solicitar la acumulación sobrevenida de los concursos corresponde, de acuerdo con el tenor literal del artículo 25.3 LC, a «la administración concursal de cualquiera de ellos». Sin embargo, esta posibilidad

mismo sentido, vid. el Auto de 9 de mayo de 2008 del J.Merc., núm. 2 de Bilbao, donde se indica: «Ahora bien, no se confunden los concursos tramitados en conjunto, puesto que no es el concurso de un ente sin personalidad integrado por diversas sociedades, sino que se desenvuelve el procedimiento en unos mismos autos pero con varios concursos, con sus respectivas masas, y una administración concursal común». Resulta interesante, asimismo, el Auto del J.Merc., núm. 1 de Santander, de 18 de julio de 2008, en el que se introduce un matiz: «Por ello, aún cuando en el escrito iniciador de este procedimiento se alude a una única solicitud de concurso y a la declaración de un único concurso, lo procedente, en su caso, es la declaración de dos concursos, uno respecto a cada uno de los solicitantes, cada uno de ellos con su propia administración concursal (sin perjuicio de que recaiga el cargo en la misma persona) y su tramitación diferenciada aunque coordinada». De hecho, en este auto se nombra a un mismo administrador para ambos concursos.

(43) TIRADO MARTÍ, I., «Comentario al artículo 37», en *Comentario de la Ley Concursal*, dirigido por Á. J. ROJO y E. BELTRÁN, T. I, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pág. 747.

es contemplada como una facultad, ya que se dispone que la administración concursal «podrá solicitar del juez, mediante escrito razonado, la acumulación al procedimiento del concurso del otro cónyuge», de tal forma que parece, en principio, que en ningún caso se halla constreñida a efectuar la referida petición, y, fundamentalmente, que no se verá afectada por ninguna suerte de responsabilidad por su actitud pasiva (aunque en el art. 25 *bis*, tras la *Ley de Reforma de 2011*, se confiere legitimación no sólo a los administradores concursales de cualquiera de los cónyuges, sino también a los propios concursados e, incluso, a sus acreedores, se sigue configurando la solicitud de acumulación con carácter facultativo). Tal circunstancia plantea, al menos en teoría, una cuestión problemática en el ámbito del conflicto de intereses, pues, como consecuencia de la acumulación de concursos, los administradores podrán ser removidos de sus cargos y, por consiguiente, sus honorarios pueden verse notablemente reducidos.

El silencio observado por nuestro legislador en esta materia genera una peligrosa situación de indefinición, en la que los administradores, *a priori*, carecerán de incentivos para instar la acumulación *ex post*; antes al contrario, entendemos que teóricamente se propicia un escenario donde los administradores de los concursos de mayor envergadura económica no desearán la acumulación, con el fin de evitar su posible sustitución por una nueva administración concursal. Así pues, la génesis de esta cuestión problemática se halla en la incertidumbre que ha impregnado nuestra legislación en materia de acumulación concursal, ya que el legislador no había regulado hasta 2011 la posible existencia de una administración única en estas hipótesis. Tal situación resulta confirmada por la falta de legitimación de los Juzgados de lo Mercantil para proceder de oficio a la susodicha acumulación (44), de tal forma que, aunque la decisión sobre ésta concierne a dichos Juzgados, la iniciativa para llevarla a efecto dependía directamente de las administraciones concursales.

A nuestro modo de ver, pese a reconocer que son, precisamente, los administradores quienes se hallan en la posición más adecuada para detectar la idoneidad de la acumulación de los concursos, en nuestra Ley Concursal debería preverse, como primera medida preventiva en aras a evitar esta incidencia, la facultad de llevar a cabo dicha acumulación motivadamente de oficio por el Juez de lo Mercantil (en el texto de la *Ley de Reforma de 2011* tampoco se contempla esta posibilidad). Naturalmente, esta solución debería configurarse con la concesión del consiguiente recurso a favor de las administraciones concursales en el caso de no estar conformes con la decisión judicial. De este modo, se lograría evitar el mencionado peligro de inactividad por parte de los administradores.

No obstante, entendemos que en la práctica resulta difícil que se presente esta situación cuando el régimen económico-matrimonial de los cónyuges sea el de gananciales (u otro de comunidad), pues la interconexión patrimonial existente entre ambos sujetos concursados exige, por razones de pura lógica material y procesal, la coordinada tramitación de sendos concursos de acreedores. De otro modo, nos hallaríamos frente a un escenario incongruente e inadmisibile, pues en el artículo 77.2 LC se dispone que cuando dicho régimen sea «*el de sociedad*

(44) Como explica BELLIDO PENADÉS, R. («Comentario al artículo 25», en *Comentario de la Ley Concursal*, dirigido por Á. J. ROJO y E. BELTRÁN, T. I, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pág. 557), de conformidad con «una regla tradicional en derecho procesal civil, la acumulación entre diversos procesos concursales no puede acordarse de oficio, siendo precisa la previa solicitud de parte (art. 25.1, 2 y 3)».

de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en la masa, además, los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado (...). A tal efecto, los administradores concursales habrán de determinar tanto el activo como el pasivo ganancial (45), y resulta de todo punto desatinado que tal cometido sea llevado a cabo, paralelamente, por dos administraciones concursales separadas.

Asimismo, esta incoherencia viene confirmada por la necesidad —en las circunstancias previstas en el mencionado precepto— de incluir en la masa activa del concurso los bienes gananciales, pues las dos administraciones concursales pretenderán la adscripción de tales bienes a las respectivas masas activas de los cónyuges. No podemos obviar, en este punto, que el fundamento de la acumulación radica, esencialmente, en otorgar un tratamiento unitario a la determinación de las masas activa y pasiva de los esposos declarados en concurso, principalmente cuando su régimen económico matrimonial es de comunidad (46).

Por consiguiente, en estas hipótesis la acumulación de los concursos brota como una medida absolutamente lógica e imprescindible, a la que no pueden sustraerse los administradores concursales, so pena de incurrir en un supuesto de responsabilidad de los incluidos en el artículo 36.1 LC: «*Los administradores concursales y los auxiliares delegados responderán frente al deudor y frente a los acreedores de los daños y perjuicios causados a la masa por los actos y omisiones contrarios a la ley o realizados sin la debida diligencia*» (47).

Así pues, la situación de incertidumbre en torno a la solicitud, por parte de los administradores, de acumulación *ex post* de los concursos se circunscribirá a las hipótesis en las que, a pesar de no existir un régimen económico-matrimonial de comunidad (porque rige, v. gr., el de separación de bienes), se apreciara cierto grado de confusión patrimonial entre ambos cónyuges. Sin embargo, a nuestro juicio, en los supuestos más evidentes de confusión patrimonial cabía llegar a con-

(45) En esta materia juegan un papel esencial los artículos 1365 a 1368 del Código Civil, donde se recoge un elenco de deudas que, si bien han sido contraídas por uno solo de los cónyuges, generan la responsabilidad directa de los bienes gananciales frente al acreedor. Al margen de las hipótesis contempladas en los antedichos preceptos, la doctrina ha discutido sobre el carácter «privativo» o «ganancial» de determinadas deudas: v. gr., las deudas de juego no satisfechas causadas por uno solo de los cónyuges (con la incomprensible redacción, a nuestro juicio, de los arts. 1371 y 1372 CC), las inversiones que realice un cónyuge en sus bienes privativos (donde entendemos que debe acudirse al principio «*ubi emolumentum ibi onus*» para aportar una solución justa), las deudas derivadas de pleitos originados por uno de los cónyuges en relación con sus bienes privativos (también en este supuesto nos parece conveniente tomar en consideración el antedicho brocardo latino), los gastos extraordinarios que hayan de satisfacerse en la vivienda habitual perteneciente a uno de los cónyuges (que consideramos privativos, a diferencia de los gastos que puedan estimarse ordinarios), etc. Sobre este particular, vid. CUADRADO PÉREZ, C., «Deudas privativas de los cónyuges y sociedad de gananciales», en *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, coordinado por J. GÓMEZ GALLIGO, T. I, Ed. Thomson-Civitas, Navarra, 2008, págs. 415 a 424. Hemos de llamar la atención, asimismo, sobre el contenido del artículo 49.2 LC, tras la reforma de 2011: «*En caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado, que sean, además, créditos de responsabilidad de la sociedad o comunidad conyugal*».

(46) CUENA CASAS, *op. cit.*, pág. 186.

(47) En la hipótesis analizada, el artículo 25 *bis* introducido por la *Ley de Reforma de 2011* posiblemente difumine la hipotética responsabilidad de los administradores concursales por no instar la acumulación, ya que —como hemos apuntado— en él también se confiere legitimación para solicitarla tanto a los deudores concursados como a sus acreedores.

templar la responsabilidad a la que alude el artículo 36.1 LC, como consecuencia de la actitud desdeñosa de los administradores, siempre y cuando el Juez apreciara la ausencia de la diligencia debida por su parte, y se hubieran irrogado perjuicios a los deudores o a los acreedores como consecuencia de dicha conducta pasiva.

En cualquier caso, en nuestra opinión, el legislador español debería haber sido más preciso y rotundo, de tal forma que exigiera explícitamente la acumulación de los concursos de los cónyuges, así como la transformación en una única administración concursal, cuando el régimen económico matrimonial fuera de comunidad y en los demás supuestos donde se verificara confusión patrimonial entre los cónyuges. Tal y como hemos expuesto a lo largo de este trabajo, tras la reforma verificada en 2011, ambas decisiones van a ser facultativas (cfr. los nuevos arts. 25, 25 *bis* y 27.5 LC).

3. EFECTOS DE LA ACUMULACIÓN

Una vez admitida la acumulación de los concursos de ambos cónyuges por parte del Juez de lo Mercantil, surge la duda referida a la incidencia que tal circunstancia tiene sobre la tramitación de los mismos que se venía llevando a cabo. En este sentido, la doctrina se ha cuestionado el vigor de la regla general procesal contenida en los artículos 84 y 92 LEC, en virtud de los cuales debería paralizarse el proceso concursal más avanzado, y aguardar a que el otro concurso alcance el mismo grado de desarrollo procesal, de tal modo que puedan tramitarse unitariamente y finalicen con una resolución.

En nuestra opinión, la susodicha acumulación únicamente trae consigo la sustanciación coordinada de ambos concursos ante el mismo Juez (y, probablemente, el nombramiento de una administración concursal común), pero no la suspensión del procedimiento que se halle más avanzado en su desarrollo. A diferencia de lo que acontece en el ámbito de la acumulación contemplada en la Ley de Enjuiciamiento Civil, donde se suspende el procedimiento más adelantado y se verifica una unificación procedimental, con el propósito de evitar ulteriores pronunciamientos judiciales contradictorios, la acumulación regulada en la Ley Concursal solamente propicia la coordinación de los concursos, si bien éstos se desenvuelven en los mismos autos de manera separada, sin que desemboquen en un pronunciamiento único (48).

En realidad, ambos concursos pueden terminar con soluciones diversas, pues uno de ellos puede finalizar con un convenio y el otro con liquidación (49). Esta opinión viene confirmada por la excepcional posibilidad contenida en el artículo 101.2 LC, a cuyo tenor, «*en caso de concursos que se hubieran declarado conjuntamente o cuya tramitación se hubiera acumulado, la propuesta [de convenio] que presente uno de los concursados podrá condicionarse a la aprobación judicial del convenio de otro u otros*» (50). Tal previsión normativa carecería

(48) SEBASTIÁN QUETGLAS, *op. cit.*, págs. 196 y 197.

(49) En este sentido, CUENA CASAS, *op. cit.*, pág. 187. Vid., asimismo, BELLIDO PENADÉS, *op. cit.*, pág. 562; según este autor, la Ley Concursal, «ni impone la paralización del proceso más avanzado —quizá considerándose que eso resultaría contrario al principio de celeridad concursal—, ni establece que deba producirse la unificación procedimental». Se adhiere expresamente a su postura PULGAR EZQUERRA, *op. cit.*, pág. 803.

(50) El artículo 101.2 LC tendrá, a partir del 1 de enero de 2012, la siguiente redacción: «*Por excepción a lo dispuesto en el apartado anterior, en caso de concursos conexos, la*

absolutamente de sentido si entendiéramos que, como sucede en nuestra norma rituarial general, el procedimiento más avanzado debe paralizarse hasta que el otro concurso alcance su mismo estado procesal, para continuar su tramitación de manera unificada y dar lugar a una decisión en una misma resolución (como se dispone en los arts. 84 y 92 LEC). Por consiguiente, la acumulación de concursos no responde al esquema ni al fundamento de la acumulación de procesos disciplinada en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

No obstante, como oportunamente advierte algún autor (51), el Juez de lo Mercantil ante quien se acumulen los concursos goza de cierta libertad en esta materia, ya que, por razones de conveniencia y oportunidad, tendrá la facultad de decidir la paralización de la tramitación del procedimiento más desarrollado, siempre y cuando ello facilite la resolución conjunta de un determinado trámite en sendos concursos. Según nuestra opinión, en el ámbito de la acumulación de los concursos de ambos cónyuges, el Juez debería suspender el procedimiento más avanzado cuando llegue el momento de fijar su masa activa y pasiva, pues sólo cuando el concurso del otro cónyuge alcance el mismo desarrollo procesal podrán concretarse con seguridad dichas masas en relación con los dos concursos. De este modo, podrán determinarse definitivamente las eventuales relaciones obligatorias entre los propios cónyuges, así como sus particulares relaciones con sus acreedores.

A este designio parece obedecer el artículo 25 *ter* incorporado por la *Ley de Reforma de 2011*: «1. Los concursos declarados conjuntamente y acumulados se tramitarán de forma coordinada, sin consolidación de las masas. 2. Excepcionalmente, se podrán consolidar inventarios y listas de acreedores a los efectos de elaborar el informe de la administración concursal cuando exista confusión de patrimonios y no sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en un gasto o en una demora injustificados».

Por último, la exigencia de la sustanciación conjunta de los concursos acumulados de ambos cónyuges planteaba la siguiente cuestión: si el concurso de uno de los esposos comenzó su tramitación conforme a las reglas ordinarias, con una administración formada por tres administradores, por tener un pasivo superior a 10.000.000 €, y, en cambio, el concurso del otro cónyuge se venía desarrollando a través del procedimiento abreviado con un solo administrador, como consecuencia de verse afectado por un pasivo inferior a dicha cifra (*ex art. 190.1 LC*), ¿supondrá la acumulación de sendos concursos la designación de tres administradores para el segundo de ellos? Según hemos advertido a lo largo de este trabajo, a pesar de la acumulación, nos hallamos frente a dos concursos independientes, de tal modo que el Juez puede decidir conservar intactas ambas administraciones concursales.

Como ya expusimos, nuestra opinión resulta contraria al mantenimiento de dos administraciones en la hipótesis de la acumulación de los concursos de dos cónyuges, debido a razones de coherencia y a ineludibles exigencias prácticas, cuando entre ellos existe confusión patrimonial o un régimen económico matrimonial de comunidad. En estos supuestos, la necesaria tramitación conjunta y coordinada de los dos procedimientos exigía que en el concurso del esposo con pasivo inferior a 10.000.000 fuera nombrada la misma administración que

propuesta que presente uno de los concursados podrá condicionarse a que se apruebe con un contenido determinado el convenio de otro u otros».

(51) SEBASTIÁN QUETGLAS, *op. y loc. ult. cit.*

en el de su cónyuge, que, por definición, constaba de tres miembros (52). Esta solución parecía posible, si relacionamos lo dispuesto en los todavía vigentes artículos 37 y 191.2 LC. No obstante, hemos de recordar que, tal y como hemos explicado a lo largo de este trabajo, tanto los requisitos para aplicar el procedimiento abreviado como el nombramiento y el número de administradores concursales han sido objeto de modificación, en virtud de la Ley 38/2011, de 10 de octubre (cfr. arts. 27, 27 *bis*, 190, 191, 191 *bis*, 191 *ter* y 191 *quáter* LC). Asimismo, resulta relevante la nueva redacción del artículo 32.1 LC, donde se dispone que el nombramiento de, al menos, un auxiliar delegado será obligatorio en «*Concursos conexos en los que se haya nombrado una administración concursal única*».

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO UREBA, A.: «La unificación subjetiva y la tramitación abreviada del concurso de acreedores», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, T. III, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, págs. 3429 a 3448.
- ÁLVAREZ VIGARAY, R.: «Las mutuas influencias entre la legislación y la jurisprudencia», en *Libro-homenaje a Ramón M.^a Roca Sastre*, vol. I, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1976, págs. 825 a 841.
- ARNAU RAVENTÓS, L.: *La declaración de concurso de persona casada y la composición de la masa activa. Estudio de los artículos 77, 78 y 79 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*, Ed. Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2006.
- BELLIDO PENADÉS, R.: «Comentario al artículo 25», en *Comentario de la Ley Concursal*, dirigido por Á. J. ROJO y E. BELTRÁN, T. I, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, págs. 549 a 562.
- BLANQUER ÜBEROS, R.: «El concurso de los cónyuges en gananciales o impropiamente el concurso del matrimonio», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, T. 9, 2008, págs. 17 a 41.
- BONET NAVARRO, Á.: «Comentario al artículo 25», en *Comentarios a la Ley Concursal: Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, coordinado por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Ed. Tecnos, Madrid, 2004.
- COLINO MEDIAVILLA, J. L.: «Concurso de consumidor y declaración conjunta de concurso voluntario de cónyuges (Comentario al auto de declaración de concurso voluntario, de 29 de diciembre de 2004, del Juzgado Mercantil, núm. 3 de Barcelona)», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, T. 3, 2005, págs. 209 y 251.
- CONS GARCÍA, F. J.: «Novedades procesales en la reforma concursal», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, T. III, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, págs. 3469 a 3502.

(52) Según explica COLINO MEDIAVILLA (*op. cit.*, pág. 238), si bien lo hace en relación con la acumulación inicial de los concursos de los esposos, «la tramitación conjunta de ambos procedimientos parece exigir, para posibilitar la adecuada coordinación, que el concurso del cónyuge con pasivo inferior a 1.000.000 de euros [tras la reforma de 2009, la cifra ha ascendido a 10.000.000 €] no se someta al procedimiento abreviado».

- CUADRADO PÉREZ, C.: «Deudas privativas de los cónyuges y sociedad de gananciales», en *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, coordinado por J. GÓMEZ GÁLIGO, T. I, Ed. Thomson-Civitas, Navarra, 2008, págs. 415 a 442.
- CUENA CASAS, M.: «El concurso de acreedores de persona casada en régimen de gananciales», en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, coordinado por M. CUENA y J. L. COLINO, 1.ª ed., Ed. Civitas, Navarra, 2009, págs. 159 a 189.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F.: «Comentario al artículo 3.5», en *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)*, dirigido por J. PULGAR EZQUERRA, C. ALONSO LEDESMA, A. ALONSO UREBA y G. ALCOVER GARAU, T. I, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, págs. 197 a 205.
- «Comentario al artículo 25», en *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)*, dirigido por J. PULGAR EZQUERRA, C. ALONSO LEDESMA, A. ALONSO UREBA y G. ALCOVER GARAU, T. I, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, págs. 516 a 522.
- FERNÁNDEZ SEJO, J. M.ª: «La posición jurídico-procesal del cónyuge del concursado. Declaración de concurso de ambos cónyuges», en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, coordinado por M. CUENA y J. L. COLINO, 1.ª ed., Ed. Civitas, Navarra, 2009, págs. 143 a 158.
- FERNÁNDEZ VICTORIA, V.: «“La quiebra” del particular: aplicación de la Ley Concursal a las personas físicas», en *Economist & Jurist*, mayo de 2008, págs. 68 a 75.
- GARCÍA VILLAVERDE, R.: «El presupuesto subjetivo de la apertura del concurso», en *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la Reforma Concursal*, dirigido por R. GARCÍA VILLAVERDE, A. ALONSO UREBA y J. PULGAR EZQUERRA, Ed. Dilex, Madrid, 2003, págs. 28 a 53.
- GARNICA MARTÍN, J.: «Comentario al artículo 25», en *Comentarios a la Ley Concursal*, coordinado por J. M. SAGRERA TIZÓN, A. SALA REIXACHS y A. FERRER BARRIENDOS, T. I, Ed. Bosch, Barcelona, 2004, págs. 286 a 317.
- GONZÁLEZ CANO, M.ª I.: «La acumulación de concursos. Algunas consideraciones sobre los diferentes supuestos contemplados en la Ley Concursal y sobre la legitimación del acreedor para instarla», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 621, parte Opinión, 2004.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M.ª C.: «Comentario al artículo 3», en *Comentarios a la Ley Concursal. Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, vol. I, coordinado por R. BERCOVITZ, Ed. Tecnos, Madrid, 2004, págs. 48 a 76.
- OLIVENCIA RUIZ, M.: «La declaración de concurso», en *La nueva ley concursal*, Estudios de Derecho Judicial, 59-2004, Consejo General del Poder Judicial-Centro de Documentación Judicial, dirigido por M. OLIVENCIA, Madrid, 2005, págs. 21 a 69.
- PULGAR EZQUERRA, J., *La declaración del concurso de acreedores*, Ramón & Cajal. Servicio de Estudios, Ed. La Ley, 1.ª ed., Madrid, 2005.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á. J.: «Comentario al artículo 3», en *Comentario de la Ley Concursal*, dirigido por Á. J. ROJO y E. BELTRÁN, T. I, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, págs. 194 a 224.
- SÁNCHEZ ALBARRÁN, Ó. A.: «La consolidación procesal de los concursos de grupos de empresas y su posible extensión jurídico-material», en *La Ley*, Tomo de Jurisprudencia, T. 5, 2008, págs. 1742 a 1756 (Diario La Ley, núm. 7083, 26 de diciembre de 2008, ref.ª D-380).

- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: «Comentario al artículo 3.5», en *Comentarios a la Legislación Concursal*, coordinado por J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE y V. GUILARTE ZAPATERO, vol. I, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2004, págs. 139 a 169.
- SEBASTIÁN QUETGLÁS, R.: «El concurso de acreedores del grupo de sociedades», en *Estudios de Derecho Concursal*, Ed. Thomson Civitas, Pamplona, 2009.
- TIRADO MARTÍ, I.: «Comentario al artículo 37», en *Comentario de la Ley Concursal*, dirigido por Á. J. ROJO y E. BELTRÁN, T. I, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, págs. 741 a 754.
- VELA TORRES, P. J.: «Acumulación de concursos. Referencia a los grupos de sociedades», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, T. V, 2006, págs. 269 a 274.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

STS de 20 de julio de 1996.
 Auto de la AP de Vizcaya, de 29 de mayo de 2003.
 Auto de la AP de Madrid, de 27 de marzo de 2008.
 Auto de la AP de Madrid, de 13 de marzo de 2009.
 Auto del JMerc., núm. 1 de Bilbao, de 15 de noviembre de 2004.
 Auto del JMerc., núm. 1 de Madrid, de 29 de noviembre de 2004.
 Auto del JMerc., núm. 3 de Barcelona, de 29 de diciembre de 2004.
 Auto del JMerc., núm. 2 de Barcelona, de 29 de diciembre de 2004.
 Auto del JMerc., núm. 1 de Bilbao, de 30 de diciembre de 2004.
 Auto del JMerc., núm. 1 de Valencia, de 25 de enero de 2005.
 Auto del JMerc., núm. 1 de Málaga, de 5 de mayo de 2005.
 Auto del JMerc. de Córdoba, de 14 de noviembre de 2005.
 Auto del JMerc., núm. 2 de Bilbao, de 17 de febrero de 2006.
 Auto del JMerc., núm. 1 de Cádiz, de 7 de abril de 2006.
 Auto del JMerc., núm. 2 de Valencia, de 2 de octubre de 2007.
 Auto del JMerc., núm. 2 de Bilbao, de 9 de mayo de 2008.
 Auto del JMerc., núm. 1 de Santander, de 18 de julio de 2008.

RESUMEN

CONCURSOS DE ACREEDORES DE LOS CÓNYUGES ACUMULACIÓN DE CONCURSOS DE ACREEDORES

A través de la lectura de diversas decisiones jurisprudenciales, en este estudio se pretende ofrecer un completo análisis de la figura de la acumulación de los concursos de acreedores de dos cónyuges. Asimismo, se evidencia cómo nuestros Juzgados, ante la lamentable falta de atención que nuestra Ley Concursal dispensa al concurso de las

ABSTRACT

MEETINGS OF CREDITORS OF SPOUSES JOINDER OF CREDITORS' CLAIMS

Through a reading of diverse rulings drawn from case law, this study endeavours to offer a complete analysis of joinders of creditors' claims against two spouses. The paper also shows how, given the unfortunate lack of attention devoted in our Bankruptcy Act to the issue of the bankruptcy of private individuals, our court system has mostly been tolerant of the joinder of

personas físicas, han venido tolerando mayoritariamente la acumulación de los concursos de sendos consortes en hipótesis no admitidas por nuestro legislador. Esta polémica tendencia supone un palmario ejemplo de la creación jurisprudencial del Derecho, que parece haber cristalizado en la «Ley de Reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal», de 10 de octubre de 2011, donde el legislador acoge expresamente soluciones engendradas, sin apoyatura legal, en el ámbito jurisprudencial.

creditors' claims against both spouses in hypotheses not accepted by legislation. This controversial tendency is an obvious example of the creation of law by jurisprudence, which appears to have been crystallized in the Bill To Reform Act 22/2003 of 9 July on Bankruptcy, presented by the government on 23 March 2011, which expressly welcomes solutions engendered in courts, without foundations in any citable law.

2. MERCANTIL

LA CONSIDERACIÓN DEL SEXO DEL ASEGURADO COMO FACTOR DE RIESGO EN LOS CONTRATOS DE SEGURO CONSTITUYE UNA DISCRIMINACIÓN

por

BÁRBARA DE LA VEGA JUSTRIBÓ

*Profesora Ayudante Doctor de Derecho Mercantil
Universidad Carlos III de Madrid*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL CONCEPTO DE IGUALDAD EFECTIVA ENTRE HOMBRES Y MUJERES Y SU RELACIÓN CON LA DIRECTIVA 2004/113/CE.—III. LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN LA DETERMINACIÓN DE LA PRIMA EN LA DIRECTIVA 2004/113/CE Y EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA: 1. LA DIRECTIVA 2004/113/CE. 2. LA LEGISLACIÓN INTERNA ESPAÑOLA.—IV. LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA RELEVANTE CON ESPECIAL REFERENCIA A LA SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 2011.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

La Directiva 2004/113/CE (1) del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro (en adelante Directiva 2004/113/CE) prohíbe toda discriminación por razón de sexo en el acceso a bienes y servicios y en su suministro.

En principio, resulta clara la prohibición por la Directiva 2004/113/CE de considerar el factor del sexo para el cálculo de las primas y las prestaciones de seguro en los contratos de seguro, celebrados a partir del 21 de diciembre de 2007. No obstante, esta norma prevé una excepción en el apartado 2 de su artículo 5, según la cual los Estados miembros pueden, a partir de dicha fecha, autorizar algunas excepciones a la norma de primas y prestaciones independientes del sexo, a condición de que los Estados miembros estén en condiciones de garantizar que los datos actuariales y estadísticos subyacentes en que se fundan los cálculos son fiables, se actualizan con regularidad y son accesibles al público. Como consecuencia de ello, solo se permiten excepciones en los casos en que la legislación nacional no ha aplicado ya la norma de primas y prestaciones independientes del sexo. Cinco años después de la transposición de la Directiva 2004/113/CE, a saber el 21 de diciembre de 2012, los Estados miembros deben revisar la justificación de tales excepciones, atendiendo a los datos actuariales y estadísticos más recientes, y al informe elaborado por la Comisión tres años después de la fecha de transposición de la norma comunitaria.

(1) Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro (DO L 373, pág. 37).

La asociación de consumidores belga Test-Achats ASBL y dos particulares interpusieron ante el Tribunal Constitucional belga un recurso dirigido a la anulación de la Ley belga que transpone la Directiva 2004/113/CE. En el marco de dicho recurso, el órgano jurisdiccional belga ha solicitado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) que evalúe si la excepción prevista por la Directiva 2004/113/CE es válida con arreglo a la normativa de rango superior, concretamente desde el punto de vista del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres consagrado por el Derecho de la Unión Europea.

En la sentencia del TJUE (Gran Sala), de 1 de marzo de 2011, en el asunto C-236/09 (*Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL y otros contra Conseil des Ministres*), destaca en primer lugar que, según el artículo 8 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE), la Unión Europea, en todas sus acciones, se fija el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad. A efectos de la consecución progresiva de dicha igualdad, incumbe al legislador comunitario determinar el momento de su intervención, teniendo en cuenta la evolución de las condiciones socioeconómicas de la Unión Europea. Seguidamente, el TJUE señala que, a estos efectos, el legislador comunitario estableció en la Directiva 2004/113/CE que las diferencias en materia de primas y prestaciones derivadas de la consideración del sexo, como factor para el cálculo de estas, debían quedar abolidas a más tardar el 21 de diciembre de 2007. Sin embargo, dado que el recurso a factores actuariales basados en el sexo estaba generalizado en el sector de los seguros, cuando se adoptó la Directiva 2004/113/CE, el legislador comunitario estaba legitimado para hacer efectiva gradualmente la aplicación de la norma de primas y prestaciones independientes del sexo, con periodos de transición apropiados.

En este sentido, el TJUE recuerda que la Directiva 2004/113/CE preveía una excepción a la norma general de primas y prestaciones independientes del sexo, establecida por la propia norma comunitaria, otorgando a los Estados miembros la facultad de decidir, antes del 21 de diciembre de 2007, la autorización de diferencias proporcionadas para los asegurados en los casos en que la consideración del sexo constituya un factor determinante de la evaluación del riesgo, a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes y exactos.

Como señala la Directiva 2004/113/CE, dicha facultad se reexaminará cinco años después del 21 de diciembre de 2007, atendiendo a un informe de la Comisión Europea. Ahora bien, se plantea la posibilidad de que, dado que la Directiva 2004/113/CE no regula la duración de la aplicación de las citadas diferencias, los Estados miembros que hayan ejercido tal facultad pueden permitir que las compañías de seguros apliquen el referido trato desigual sin límite temporal.

Las anteriores circunstancias llevan al TJUE a considerar que existe un riesgo de que el Derecho comunitario permita indefinidamente la excepción a la igualdad de trato entre mujeres y hombres, establecida en la propia Directiva 2004/113/CE. Se trata, por tanto, de un precepto que permite a los Estados miembros afectados mantener sin limitación temporal una excepción a la norma de primas y prestaciones independientes del sexo, y que es contrario a la consecución del objetivo de igualdad de trato entre mujeres y hombres, por lo que ha de considerarse inválido tras la expiración de un periodo transitorio adecuado.

Como consecuencia de ello, el TJUE declara, en su reciente sentencia, inválida con efectos a 21 de diciembre de 2012, la excepción a la norma general de primas y prestaciones independientes del sexo en el sector concreto de los seguros. A partir de la fecha indicada, la nulidad de los actuales mecanismos para la determinación de las primas de los seguros, permite prever un efecto adverso

derivado de la aplicación de una política tarifaria sin distinción de sexos, que está siendo objeto de críticas en los Estados miembros (2).

La relación entre el principio de igualdad de trato por razón de sexo y el seguro siempre ha sido controvertida, toda vez que enfrenta dos intereses. De un lado, la igualdad de sexo es un principio fundamental en el Derecho de la Unión Europea; y de otro, las compañías aseguradoras en la determinación de los riesgos asegurables, tienen por práctica generalizada la división entre hombres y mujeres. La solución dada en el artículo 5 de la Directiva 2004/113/CE, antes mencionado, ha resultado insatisfactoria a la hora de conciliar los dos elementos de la relación, por lo que nos proponemos desentrañar los motivos por los cuáles la relación entre igualdad de sexo y contrato de seguro es controvertida, y señalar el impacto de la Directiva 2004/113/CE en este sector; con la pretensión de averiguar una posible solución. Para ello, habremos de partir del examen del concepto de igualdad, para continuar con el análisis de la relación entre la igualdad de sexo y el contrato de seguro, con especial referencia a la legislación de la Unión Europea y a la interna, y completarlo con la revisión de la jurisprudencia relevante y, en particular, la reciente sentencia que comentamos del TJUE de 1 de marzo de 2011. Nuestro trabajo finaliza con algunas conclusiones referidas al contenido del artículo 5 de la Directiva 2004/113/CE, y en particular al impacto del principio de igualdad en los titulares de contratos de seguro.

II. EL CONCEPTO DE IGUALDAD EFECTIVA ENTRE HOMBRES Y MUJERES Y SU RELACIÓN CON LA DIRECTIVA 2004/113/CE

La igualdad ha sido reconocida como principio fundamental en los derechos nacionales y en el de la Unión Europea, y se ha fundamentado en una serie de argumentos relativos a los derechos humanos (3). Por lo que a la Unión Europea respecta, en las últimas décadas se ha extendido el principio general de igualdad, al particular de la igualdad de sexo desde el ámbito laboral, que era el tradicional, a otros siendo ejemplo de ello la Directiva 2004/113/CE, y en la que se reproducen los problemas derivados de la delicada relación entre la igualdad de sexo y el seguro.

Tradicionalmente, el sector asegurador ha recurrido al sexo como factor para determinar las primas de seguro, siendo fundamental para establecer las políticas de gestión e inversión de las aseguradoras. La división entre hombres y mujeres en diferentes grupos con el fin de valorar los riesgos asegurables es una práctica común, que resultó afectada por la Directiva 2004/113/CE (art. 5), que requiere a los Estados miembros que garanticen el respeto a la igualdad de sexo en todos los contratos de seguro. Por todo ello, transcurridos unos años desde la entrada

(2) Entre los comentarios que la sentencia de 1 de marzo de 2011 del TJUE ha provocado se encuentran Mok, M. R., *Nederlandse jurisprudentie; Uitspraken in burgerlijke en strafzaken*, 2011, núm. 120; CASTELLANETA, M., «Esclusa la possibilità di discriminazione uomo-donna nei contratti stipulati con le compagnie assicurative», en *Guida al Diritto*, 2011, núm. 13, págs. 80-82; PICOD, F., «Invalidité d'une dérogation en faveur des femmes», en *La Semaine Juridique - édition générale*, 2011, núm. 11-12, pág. 543; X., «Primes d'assurances: respect de l'égalité hommes-femmes», en *Recueil Le Dalloz*, 2011, núm. 11, pág. 746.

(3) La fundamentación de la igualdad, como principio fundamental, en argumentos relativos a los derechos humanos puede verse en el asunto 305/05 *Ordres the barreaux francophones et germanophone and others* 2007 ECR I-5305.

en vigor de la Directiva 2004/113/CE, y con la reciente sentencia de 1 de marzo de 2011 del TJUE, ha llegado el momento de revisar la relación entre la igualdad de sexo y la tarificación de las primas en el contrato de seguro.

El concepto de la igualdad de sexo ha evolucionado desde el primer momento en que fue recogido en el Derecho comunitario, en particular en el artículo 119 del Tratado de la Comunidad Económica Europea (1957), que corresponde al vigente artículo 157 del TFUE. A partir de entonces, el citado principio ha sido desarrollado gradualmente partiendo de una obligación negativa, en el sentido de prohibir la discriminación, hasta convertirse en una obligación positiva tendente a la promoción de la igualdad. En la actualidad, el principio de igualdad de trato ha sido elevado a la consideración de valor constitucional (4) a través de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que ha entrado en vigor en virtud del Tratado de Lisboa (art. 6 del TFUE). La Carta establece que todos los sujetos son iguales ante la ley y prohíbe cualquier clase de discriminación, entre otras, por razones de sexo, y reitera que la igualdad entre hombres y mujeres debe ser garantizada en todos los ámbitos [arts. 20, 21(1) y 23(1) de la Carta].

Acompasado al desarrollo legislativo del Tratado constitutivo, la legislación comunitaria ha establecido una compleja regulación de desarrollo que ha ampliado el ámbito de aplicación del principio de igualdad, y que ha sido clasificada por la doctrina en tres generaciones de Directivas (5). La primera de ellas pretendía la aplicación del principio de igualdad en materia de pagos, igualdad de trato y seguridad social en relación a algunos aspectos del mercado común; la segunda extiende la aplicación del principio de igualdad a otros aspectos como la raza, la edad y la discapacidad; y es la tercera de las generaciones la que completa la expansión del principio con la inclusión de la igualdad de sexo. Las Directivas integradas en este grupo se clasifican en las que pretenden reorganizar el mercado y dotar de una legislación más accesible; y en otras que continúan el proceso de llevar la igualdad de sexo a ámbitos más allá del estrictamente laboral, extendiéndolo al mayor número de sectores posible. La Directiva 2004/113/CE pretende este objetivo.

Junto a la ampliación del ámbito de aplicación del principio de igualdad de sexo a otros ámbitos distintos del laboral, hay que destacar que la naturaleza de este principio también se ha ido sofisticando y perfeccionando. En un principio comprendía únicamente el concepto de discriminación directa y discriminación indirecta, consistiendo la primera en tratar por razón de sexo, entre otros motivos, a una persona de manera menos favorable que a otra; mientras que la indirecta se refiere al efecto que producen determinados requisitos, prácticas o condiciones que, siendo neutrales en un principio, su efecto resulta adverso y desproporcionado para un grupo concreto de personas. A las anteriores discriminaciones cabe añadir la relativa al abuso, ya sea de tipo sexual o no.

Por ser característico de la orientación del Derecho comunitario, hay que destacar el enfoque individualista con el que se configura el concepto de igualdad. En otras palabras, la legislación de la Unión Europea garantiza el derecho de los particulares a ser tratados de manera igual con independencia del hecho

(4) Vid. BELL, M., «Equality and the European Union Constitution», en *Ind. Law J.*, 33, 2004, págs. 242-260.

(5) En torno a las generaciones de las Directivas relativas al principio de igualdad, vid., WADDINGTON, L., «The development of a new generation of sex equality directives», en *Maastricht J. Eur. Com. Law*, 11, 2004, pág. 1.

de pertenecer o no a un grupo (6), como el TJUE ha reflejado en numerosas sentencias que han reforzado el principio de igualdad consagrado en la legislación europea, y ampliando con ello el ámbito de aplicación del propio principio (7).

A pesar de todo lo anterior, la relación entre la igualdad de sexo y el contrato de seguro ponen de manifiesto que el concepto del principio de igualdad continúa siendo complejo y difícil de garantizar. Prueba de ello es, como hemos comentado, el problema suscitado en torno al recurso en la práctica al sexo como factor para determinar la prima en algunos contratos de seguro. El sector asegurador se sustenta sobre una actuación basada en la selección o, si se quiere, antiselección de riesgos, y argumenta que, en ese contexto, el recurso al sexo para calcular las primas garantiza que los prestadores de servicios de seguros son más precisos y rigurosos y, en consecuencia, más justos. De hecho, durante las negociaciones de la Directiva 2004/113/CE, el grupo de presión de los aseguradores llamó la atención sobre la importancia del factor del sexo en el establecimiento de un riesgo con precisión, y que imponer una prohibición total de su uso en el cálculo de la prima causaría un efecto perjudicial en la competitividad de las primas, lo que podría afectar en último término a los consumidores, dado que tendrían que pagar primas más elevadas. En cualquier caso, el permitir el uso del sexo para este fin, en principio, parece que violaría un derecho fundamental. En este contexto, la principal preocupación es la privación a los asegurados de una cobertura adecuada en aquellos contratos de seguro necesarios como son los de circulación, vida o salud (8).

Desde la estricta perspectiva de los derechos fundamentales, y no desde la del funcionamiento de los mecanismos asegurativos, parece que el concepto individualista de la igualdad de sexo propio de la Unión Europea es cercenado por el hecho de la valoración de los riesgos en los contratos de seguros en función de los distintos grupos de hombres y mujeres. Esta es la orientación seguida por la Abogado General Kokott en su opinión previa a la sentencia de 1 de marzo de 2011 del TJUE.

III. LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN LA DETERMINACIÓN DE LA PRIMA EN LA DIRECTIVA 2004/113/CE Y EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Centrándonos en la particular discriminación por razón de sexo en la determinación de la prima del contrato de seguro, partimos de la relevancia del sexo del asegurado en la valoración del riesgo, y su consiguiente evaluación a través de mecanismos estadísticos y actuariales en orden a la tarificación de la prima.

Con el fin de abordar la determinación del riesgo en el contrato de seguro, es necesario partir del concepto y la función que el riesgo desempeña en los contratos de seguro. La doctrina en general ha reiterado el carácter de elemento fundamental del riesgo en el contrato de seguro. El concepto del riesgo comprende

(6) En torno a esta cuestión, vid. VAN SCHOU BROECK, C., THIERRY, Y., «Fairness and equality in insurance classification», en *Geneva Pap.*, 31, 2006, págs. 190-211.

(7) En relación a la ampliación del ámbito de aplicación llevado a cabo por el TJUE, vid. el asunto C-303/06, *S. Coleman v Attridge Law and Steve Law* [2008] ECR 5603.

(8) Vid. EC Commission, DG Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Study on the use of age, sex, religion or belief, racial or ethnic and sexual orientation in financial services, in particular in the insurance and banking sector, Main Report, CIVIC Consulting, 2010, pág. 31 y sigs.

una complejidad que deriva de la variedad de acepciones a que responde, y de la coincidencia, e incluso solapamiento, con otros elementos presentes en todo contrato de seguro como son el interés asegurado, el objeto o la suma asegurada. En este sentido resulta esencial delimitar adecuadamente el riesgo asegurado con el fin de lograr su correcta tarificación. Identificar, definir y valorar el riesgo son operaciones sin las cuales resulta imposible lograr su adecuada tarificación.

Con carácter necesario, todo riesgo ha de comprender dos elementos igualmente esenciales, o si se quiere, dos caracteres. En primer lugar, la posibilidad de que en el futuro acaezca un evento incierto y, junto a la misma, la existencia de una incertidumbre respecto al acaecimiento del evento dañoso, que puede generar en el titular del interés asegurado un perjuicio económico.

En cualquier contrato de seguro la definición del riesgo es fundamental, y su ausencia lleva a afirmar la inexistencia del contrato mismo. El modo en que el riesgo sea objeto de cobertura por parte de las aseguradoras puede serlo bien de manera global (9), o bien de una manera restrictiva. Comoquiera que sea esta delimitación, la misma representa el eje en torno al cual se estructura el propio contrato de seguro.

El riesgo relevante es el determinado en el propio contrato de seguro y que, de manera constante o variable, está presente durante toda la vigencia del contrato, agravándose o disminuyendo.

En la práctica es bien conocido el recurso de las aseguradoras a los clausulados de sus pólizas, a través de los cuales cubren o excluyen los riesgos que consideran que están en condiciones de asumir. Esta delimitación de los riesgos concretos ha conllevado la desnaturalización del contrato de seguro cuando, a través de la exclusión de los riesgos, el contrato ha quedado vacío de contenido hasta el punto de carecer de su propia razón de ser (10). En este sentido, conviene tener en cuenta que las cláusulas delimitadoras del riesgo no constituyen necesariamente, cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados. Lo afirmado tiene como consecuencia que las mismas integran el contenido del contrato, sin necesidad de la observancia de los requisitos especiales en materia de incorporación al contrato. En suma, la concreción del riesgo asegurado no supone la limitación de los derechos del asegurado.

La referencia al riesgo objeto de cobertura implica la existencia de un riesgo que puede ser asegurable, y que es asumido por la aseguradora garantizando su cobertura, pues las aseguradoras especifican el riesgo que están dispuestas a asumir. En efecto, la delimitación del riesgo concreto en el contrato del seguro a través de las cláusulas delimitadoras persigue la definición y concreción del objeto del contrato del seguro, de modo que cualquier evento acaecido fuera de la delimitación contractual, o que caiga dentro del ámbito de las exclusiones del contrato, carecerá de la consideración de siniestro cubierto por la póliza.

(9) El ejemplo típico del principio de la universalidad del riesgo, de carácter global, se encuentra en el Derecho marítimo, como ilustramos en DE LA VEGA JUSTRIBÓ, B., *La jurisprudencia española en materia de seguro marítimo (1879-1998)*, Vitoria-Gasteiz, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Departamento de Transporte y Obras Públicas del Gobierno Vasco, 2000, 158 págs.

(10) Abordamos este problema en un reciente estudio, DE LA VEGA JUSTRIBÓ, B., «Las políticas legislativas en materia de acción positiva y su incidencia en el contrato de seguro de salud», en *Discriminación por razón de edad y sexo. Retos pendientes del Estado Social*, directores: CRESPO GARRIDO, M. y MORETÓN SANZ, F. Presentación: LASARTE ÁLVAREZ, C., Colex, 1.^a ed., 2011, págs. 55-76.

La individualización del riesgo en cada modalidad de contrato de seguro resulta esencial en el momento precontractual, en la conclusión del contrato y en la ejecución del mismo, para el caso de acaecimiento del evento de cuya ocurrencia y consecuencias económicas se pretende asegurar. Por ello, la técnica de selección y antiselección de los riesgos, en combinación con los factores actuariales y estadísticos, es la que hace viable la asunción del riesgo por las aseguradoras.

La determinación del riesgo en el contrato de seguro requiere una referencia a la aleatoriedad del mismo con el fin de aclarar que el carácter contingente del riesgo, su valoración y su previsibilidad, se sustenta en una base mutua y estadística. En otras palabras, el carácter aleatorio del contrato de seguro no significa que las aseguradoras no intenten combatir las consecuencias de la aleatoriedad, porque el *aleas* y la base actuarial son complementarios. En este contexto, existen riesgos sobre los que se carecen de datos estadísticos y otros sobre los que la ley, o las directivas comunitarias imponen un tratamiento uniforme y uniformador. Ejemplo de ello es la Directiva 2004/113/CE, la discriminación por razón de sexo en la tarificación de las primas y la sentencia del TJUE que comentamos en estas páginas. El problema deriva del hecho de que la aleatoriedad sigue presente desde el punto de vista contractual y de la ordenación y supervisión de los seguros.

Llegados a este punto, y por su intrínseca relación, corresponde abordar la fijación de la prima en función del riesgo y de su determinación. La prima es la contraprestación que recibe el asegurador por la asunción del riesgo (11). Como hemos señalado, siendo el riesgo variable durante la vigencia del contrato de seguro, también habrá de serlo la tarificación de dicho riesgo en función de la cobertura proporcionada a través de la prima. Ello es así por la intrínseca relación referida: la prima es la contraprestación por el riesgo pero, al tiempo, es una contribución actuarial y mutualista (12). Aclarado el carácter esencial de la prima en el contrato de seguro, y la necesidad de que las partes, asegurado y asegurador, la pacten, resalta el problema planteado por la sentencia examinada del TJUE, de 1 de marzo de 2011, por cuanto parece que pretende «igualar las primas con independencia de que los riesgos, los hechos veraces y objetivos acreditan una y otra vez, y sirven de sustento a la propia técnica del seguro» (13).

Desde la perspectiva técnica y actuarial, la prima debe ser suficiente, pues lo contrario impediría a las aseguradoras cumplir con las obligaciones derivadas del contrato de seguro (14). Asimismo, la prima debe ser proporcional, equitativa e

(11) *Ex* artículo 1 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro. Sobre el carácter obligatorio de la prima, la STS 16 de mayo de 1991 (RJ 1991/3677) señala que la prima representa un requisito básico en la conmutatividad del contrato de seguro.

(12) *Vid.* la STS citada en la anterior nota y la STS de 20 de marzo de 1989 (RJ 1989/2284).

(13) En este sentido, se expresan VEIGA COPO, A. y SÁNCHEZ GRAELLS, «Discriminación por razón de sexo y prima del contrato de seguro», en *Revista de Responsabilidad civil, Circulación y Seguro*, marzo, 2011, págs. 6-33, pág. 16, y califican la sentencia del TJUE, de 1 de marzo de 2011, de «descabellada, donde interpreta o mantiene una concepción raquítica y muy personal de lo que es discriminación y no discriminación, amputada en todo caso».

(14) En torno a la obligación de las entidades aseguradoras de constituir provisiones técnicas adecuadas, *vid.* el artículo 25.3 de la Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados (LOSSP).

indivisible. Es preciso aclarar que la equidad predicada de la prima se refiere a la valoración de los riesgos asumidos en el contrato de seguro, en otras palabras, que los riesgos sean en la medida de lo posible análogos en siniestralidad (15).

Partiendo de las anteriores aclaraciones relativas al contrato de seguro, que consideramos básicas para el correcto enfoque del principio de igualdad de trato en el contrato de seguro, corresponde revisar si legalmente cabe considerar el sexo del asegurado como factor de riesgo o, expresado más simple, si se permite discriminar. Los anteriores criterios hermenéuticos y funcionales permiten afirmar que la opción regulatoria de la discriminación por razón de sexo, en los términos que se expondrán, se incluye en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/113/CE y de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Resulta fundamental la valoración, medición y determinación del riesgo a través de métodos estadístico-actuariales, la utilización del criterio del sexo del asegurado como factor de riesgo en los seguros en que las personas de distinto sexo no representen una identidad de riesgos. En consecuencia, los asegurados deben incluirse en grupos de riesgo distintos en aplicación de la política de selección de riesgos de cada aseguradora.

1. LA DIRECTIVA 2004/113/CE

En el ámbito de la Directiva 2004/113/CE, la complejidad de la relación entre la igualdad de sexo y el contrato de seguro ya se puso de manifiesto durante sus trabajos preparatorios (16). La base legal de la Directiva se encuentra en el artículo 13 del Tratado de la Comunidad Europea, que se corresponde con el vigente artículo 19 del TFUE, que facultaba al Consejo para actuar por unanimidad y previa propuesta de la Comisión, y tras la consulta al Parlamento Europeo, con el fin de poder tomar las medidas necesarias para luchar contra todas las formas de discriminación basadas en el sexo, y más allá de los límites del mercado laboral. En este sentido, se ha afirmado que la Directiva 2004/113/CE parece casi un instrumento propio de la defensa de los derechos humanos (17).

El Consejo adoptó una clara decisión legislativa en relación a la materia que iba a ser regulada en la Directiva 2004/113/CE, excluyendo de su ámbito de aplicación la publicidad, los medios de comunicación o la educación, mientras que en lo relativo al contrato de seguro resultó ambiguo.

El artículo 5(1) de la Directiva 2004/113/CE prohíbe, en principio, el uso del sexo como criterio o factor en el cálculo de las primas y prestaciones en relación al contrato de seguro y referido a los servicios financieros, en todos los contratos celebrados después del 21 de diciembre de 2007.

(15) La referida equidad justifica que la indemnización derivada del seguro sea moderada y reducida proporcionalmente, en función de la diferencia real de riesgo declarado y valorado frente al riesgo real, toda vez que influye en la tarificación y en la asunción del riesgo por la aseguradora.

(16) Vid. un comentario sobre los trabajos preparatorios de la Directiva 2003/113/CE realizado por CARACCILO DI TORELLA, E., «The principle of equality, the goods and services directive and insurance: a conceptual approach», en *Maastricht J. Eur. Comp. Law*, 13, 2006, págs. 339-350.

(17) En este sentido opina CARACCILO DI TORELLA, E., «On lies and statistics: the relationship between gender equality and insurance», en *ERA-Forum: scripta iuris europaei*, 2011, v. 12, n. 1, April, págs. 59-70, pág. 63.

En la primera redacción propuesta de la Directiva 2004/113/CE, la Comisión había insistido en que la práctica de los aseguradores de utilizar el sexo como un factor para determinar el riesgo se justifica más en la facilidad de su uso que en el valor real. Asimismo, señaló de manera clara que es moralmente inaceptable como argumento de la diferencia de trato entre hombres y mujeres (18). De manera reiterada, la Comisión argumentó que el sexo, como factor actuarial, no puede ser una consideración justificable para valorar el riesgo asegurable de manera diferente para los hombres y las mujeres.

El razonamiento de la Comisión Europea se basó en dos elementos principales. El primero de ellos es que existe un amplio conjunto de factores, además del propio del sexo, que pueden ser más fiables y ajustados para calcular la prima de cada asegurado. Entre ellos se incluyen algunos factores relativos al estilo de vida como son los hábitos alimentarios, el estado civil o el fumar y el nivel económico que, a menudo, tienen un impacto mayor en la salud y la esperanza de vida. Todos estos factores son a la larga más fiables en la valoración de los riesgos asegurables. De hecho, en Francia y Suecia se ha probado que el uso de tablas que no diferencian entre sexos para determinar las primas, consigue una mayor exactitud que se corresponde con el verdadero riesgo. El segundo de los elementos en el razonamiento de la Comisión es que los gobiernos han fomentado el uso de los planes privados de pensiones, a la vista de circunstancias como son el aumento de la participación de la mujer en el mercado laboral y el envejecimiento de la población, circunstancias que, a menudo, dificultan a los Estados miembros el cumplimiento con la solvencia y la responsabilidad comprometida en su aseguramiento obligatorio. En este sentido, los gobiernos fomentan los planes privados de pensiones a través de medidas fiscales y otras, con el fin de limitar el gasto público. En este ámbito privado, el principio de igualdad de trato por razón de sexo no es respetado en la mayoría de las ocasiones, a diferencia de lo que sucede en el ámbito público. En este punto, parece razonable que los gobiernos garanticen una misma protección básica también en el ámbito privado.

Este planteamiento fue defendido en las instituciones políticas de la Unión Europea, y en particular por el Parlamento Europeo que adoptó la posición de que la inclusión del sexo como factor dominante y principal en el cálculo de las primas representa una discriminación, así como otras consideraciones que quedan fuera del control de los asegurados.

Asimismo, el principio del artículo 5(1) de la Directiva 2004/113/CE es reforzado en su artículo 5(3) que establece que, en cualquier caso, todos los Estados miembros, deben garantizar que los costes y gastos referidos al embarazo y a la maternidad son atribuidos por igual a los hombres y mujeres (19).

Por lo que respecta al artículo 5(2) de la Directiva 2004/113/CE, se introdujo una excepción como consecuencia de las discusiones durante su redacción (20). Conforme a la misma, los Estados miembros tienen dos opciones: prohibir todo trato diferente basado en el sexo en la regulación de los contratos de seguro, o permitir un trato basado en el sexo, sometido a condiciones que consideren la relevancia, pertinencia y exactitud de los datos en los cuales se basan las

(18) Vid. European Union Commissions, Extended Assessment Impact, SEC (2003) 1213.

(19) Nos ocupamos de este problema en el trabajo DE LA VEGA JUSTRIBÓ, B., «Las políticas legislativas...», *op. cit.*

(20) En torno a esta excepción, vid. MASSELOT, A., «The state of gender equality law in the European Union», en *Eur. Law J.*, 13 (2) 2007.

diferencias y en la accesible publicación de los datos relativos al sexo. Este es el caso, por ejemplo, de Reino Unido, donde los aseguradores utilizan el sexo como factor para la tarificación en algunos contratos de seguro, como son los de circulación o los seguros privados de salud. La Ley de seguro inglesa permite a los aseguradores discriminar por razón de sexo a condición de que sea en referencia a datos actuariales, u otros en cuya fuente sea razonable confiar, y el trato resulte razonable teniendo en cuenta dichos datos y cualesquiera otros relevantes.

Conviene tener en cuenta que la primera redacción de la Directiva 2004/113/CE no contenía esta cláusula y solo permitía por un periodo máximo de ocho años la trasposición de la legislación relevante de los Estados miembros [art. 4(2) de la propuesta de Directiva]. El modo en que esta cláusula optativa ha sido redactada, puede dificultar el desarrollo eficiente y afectar al principio de igualdad de género en el ámbito del seguro, con el riesgo de frustrar en la práctica el objetivo general de la Directiva 2004/113/CE.

2. LA LEGISLACIÓN INTERNA ESPAÑOLA

En el ámbito de la legislación española, es preciso partir de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (21), que ha definido el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres como ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y, especialmente, las derivadas de maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil. En la citada Ley, la prohibición de discriminación es de carácter imperativo, es decir, sin que pueda ceder ante justificaciones de tipo alguno. Sin embargo, no parece impedir que a quienes son desiguales se le apliquen condiciones diferentes, siempre que ante iguales supuestos de hecho se apliquen idénticas consecuencias jurídicas, lo que elimina la diferenciación arbitraria o sin justificación razonable. En fin, conforme la Ley de igualdad, la diferencia de trato es lícita siempre que las consecuencias jurídicas que se deriven de dicha distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de modo que se eviten consecuencias onerosas o gravosas.

Con ocasión del estudio de la Ley de igualdad y su aplicación a los seguros de salud (22), ya nos planteamos en qué casos se producía verdaderamente una discriminación: al tratar de manera diferenciada lo que estadística y actuariamente no es igual o, por el contrario, no considerando dichas diferencias y, en consecuencia, no discriminando. Los efectos adversos derivados de la ignorancia de las aseguradoras del factor del riesgo en la tarificación ya se expusieron en el referido trabajo y se reproducen, en parte, en las conclusiones de este comentario. El sexo es relevante a la hora de seleccionar el riesgo, con el fin de incluir o excluir coberturas, para imponer cláusulas limitativas y, en todo caso, resulta un dato fácilmente verificable. Además, este factor del sexo puede combinarse con otros que actuarialmente tengan trascendencia. Por el contrario, la diferencia de trato por el simple hecho de pertenecer a uno u otro sexo sí resulta discriminatoria.

(21) Vid. un estudio reciente sobre la proyección multidisciplinar de la Ley de Igualdad, en AA.VV., *Discriminación por razón de edad y sexo, Retos pendientes del Estado Social*, directores: CRESPO GARRIDO, M. y MORETÓN SANZ, F. Presentación: LASARTE ÁLVAREZ, C., Colex, 1.ª ed., Madrid 2011.

(22) DE LA VEGA JUSTIBÓ, B., «Las políticas legislativas...», *op. cit.*

En la legislación interna, la transposición de la Directiva 2004/113/CE afectó a la regulación del seguro privado y fue tenida en cuenta tanto en la Ley de igualdad (en particular en los arts. 71 y 72), como en las modificaciones al Reglamento de Ordenación y Supervisión del Seguro introducidas por el artículo 14 del Real Decreto 1361/2007, de 19 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre de 1998, en materia de supervisión del reaseguro, y de desarrollo de la Ley Orgánica 3/2007, en materia de factores actuariales.

La Ley de igualdad establecía la prohibición de las diferencias en las primas por razón de sexo como factor para valorar el riesgo y el coste del seguro. Sin embargo, esta Ley recogía una prohibición genérica que permitía una excepción, pues el propio artículo 71 remitía a la posibilidad de que reglamentariamente se fijasen supuestos que permitiesen determinar diferencias proporcionadas de las primas, y prestaciones de las personas individualmente consideradas, cuando el sexo sí sea un factor determinante de la evaluación del riesgo, a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes y fiables. En consecuencia, y a tenor del artículo 76.7 del ROSSP, se admite la diferenciación de la prima en función del riesgo, siempre que se parta de datos pertinentes y fiables. En este caso, la tarificación diferente no es un supuesto de discriminación indirecta prevista en el artículo 6 de la Directiva 2004/113/CE (23).

IV. LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA RELEVANTE CON ESPECIAL REFERENCIA A LA SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 2011

La jurisprudencia que existe sobre la Directiva 2004/113/CE no es muy abundante (24), sin embargo el TJUE ha tenido que abordar la relación entre el principio de la igualdad de sexo y los productos financieros en varias ocasiones.

De especial importancia es la sentencia del TJUE en el asunto *Lindorfer v Council of European Union* (25), toda vez que en ella se destacan las dificultades inherentes a la relación entre la igualdad de sexo y el cálculo de primas y prestaciones que estamos comentando. El contenido del asunto citado es de interés para nuestro trabajo a pesar de que la reclamación de la actora, la señora Lindorfer, no se basaba en la Directiva 2004/113/CE de bienes y servicios, sino en la Directiva de igualdad de trato. La actora, de nacionalidad austriaca, había contribuido a un plan de pensiones durante trece años, y solicitó transferir su pensión nacional a otro plan de pensiones. En el cálculo del número de años de pensión cotizados y que debían ser remunerados a la señora Lindorfer en el nuevo plan de pensiones, se utilizaron factores actuariales que podían variar conforme al sexo con el fin de tomar en consideración la mayor esperanza de vida de las mujeres. La señora Lindorfer interpuso una acción ante el Tribunal de Primera Instancia reclamando que la distinción en función del sexo era contraria al principio de igualdad de trato. Este Tribunal desestimó la acción porque

(23) En todo caso, conviene recordar que el artículo 6 de la Directiva 2004/113/CE permite que una disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.

(24) Vid., European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality, Sex discrimination in the access to and supply of goods and services and the transposition of Directive 2004/113 EC, July 2009.

(25) Asunto *Lindorfer v Council* [2007] ECR I-6767, C-227/04.

compartía el argumento del Consejo de que el uso de los factores que pueden variar conforme al sexo, con el fin de calcular el número de años extra de prestación por pensión debidos, era objetivamente justificable, por la necesidad de asegurar la gestión y solvencia del plan de pensiones. De manera más específica, el Tribunal de Primera Instancia consideró que esta gestión solvente requería la aplicación de factores como la posible promoción profesional del particular, y la probable duración, calculada sobre una base estadística, durante la cual el sujeto recibiría una pensión, toda vez que estos datos tienen una influencia directa en la responsabilidad y capacidad financiera, y en la que cada sujeto se implica de manera individual. Se declaró que estos factores dependen en particular del sexo del sujeto y de la edad de incorporación al sistema del plan de pensiones.

Este asunto fue objeto de apelación ante el TJUE que aceptó el argumento de la señora Lindorfer, de que la fórmula utilizada para convertir su pensión en créditos para ser transferidos en el nuevo plan de pensiones era discriminatoria por razón de sexo. En su decisión, el TJUE siguió la opinión del Abogado General en la que argumentó que, con el fin de observar esta discriminación en perspectiva, puede ser de ayuda imaginar la situación en la que (puesto que es perfectamente probable) las estadísticas puedan probar que el sujeto perteneciente a una etnia vive una media superior que el resto de su grupo. Tomar en consideración estas diferencias, en la determinación de la correlación entre la contribución y los derechos en el plan de pensiones de la Comunidad, resultaría completamente inaceptable, y no pudo considerar que el uso del factor del sexo resultara más aceptable que el del origen étnico.

En cualquier caso, el TJUE señaló que las normas para transferir a un plan de pensiones los derechos adquiridos en otro plan deben respetar el principio de igualdad de trato y, en consecuencia, tratar a sus miembros por igual, salvo que la diferencia de trato pueda ser objetivamente justificada. Más aún, el TJUE destacó que, si el mismo resultado puede ser obtenido con el uso de factores actuariales sin diferenciar el sexo, estos deben ser preferidos. Cabe preguntarse si esto significa que, si el mismo resultado no puede ser obtenido utilizando factores actuariales para ambos sexos, el del sexo debería ser utilizado. En este sentido, en teoría, no parece excluir categóricamente el uso del factor del sexo y la cuestión se deja abierta. Quizá más importante, desde un punto de vista práctico, es el hecho de que la base legal de la decisión del TJUE es la Directiva de igualdad de trato, en lugar del principio de igualdad previsto en el artículo 141 del Tratado de la Comunidad Europea, que corresponde al vigente 157 TFUE. Una directiva tiene efecto directo frente a los Estados miembros y en la regulación de los Estados, incluyendo como en el caso, el Consejo de la Unión Europea; en consecuencia, dichos requisitos de igualdad de trato no son directamente aplicables frente a los planes privados de pensiones, salvo que los mismos tengan un reflejo en la legislación nacional.

Una posición más clara fue la adoptada por la Abogado General en el caso *Test-Achats* (26), y cuyo contenido fue seguido en la sentencia del TJUE de 1 de marzo de 2011, de manera tan sucinta que nos obliga a glosar el contenido de la opinión de la Abogado General. En este caso, la asociación de consumidores *Test-Achats* y dos particulares solicitaron al Tribunal Constitucional belga la anulación del desarrollo nacional de la Directiva 2004/113/CE (27). El Tribunal

(26) Opinión de la Abogado General J. Kokott, emitida el 30 de septiembre de 2010.

(27) La cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional belga se refería al artículo 10 de la Ley de 21 de diciembre de 2007, equivalente al artículo 76.6 ROSSP,

belga formuló al TJUE dos cuestiones prejudiciales de interpretación. La primera, acerca de la compatibilidad del artículo 5(2) de la Directiva con el artículo 6(2) del Tratado de la Unión Europea, y en particular con el principio de igualdad y de no discriminación garantizado por dicha disposición. La segunda, y para el caso de contestar negativamente a la primera, si la situación cambiaría en el caso de se tratara de un seguro de vida. En suma, se trataba de determinar la compatibilidad, o no, de la excepción al principio de trato igualitario absoluto por razón de sexo al ámbito del Derecho del seguro, que la Directiva prevé para aquellos casos en que, por la naturaleza y función del contrato de seguro y por la necesidad de respetar los principios homogéneos y de tarificación de las primas, resulte inevitable aplicar un trato diferenciado por razón del sexo del asegurado, a efectos de los mecanismos asegurativos.

La Abogado General comenzó llamando la atención sobre el hecho de que la Unión Europea es una unión basada en una norma jurídica, y que en la Unión Europea todos los actos deben someterse al respeto a los derechos fundamentales y a los derechos humanos, enfatizando la importancia de la igualdad de sexo y el papel que este principio que ha llegado a jugar, en el contexto de la Unión Europea y en el derecho nacional. De este modo, y desde el principio, la Abogado General enfoca la cuestión de manera sesgada y orientada hacia una discriminación positiva, sin referirse a la admisión por el derecho comunitario de evaluar los riesgos a partir de datos actuariales y estadísticas, pertinentes y exactos, y presenta la consideración del sexo como factor de riesgo, como si fuera una opción voluntaria de las aseguradoras. Desde el principio, la Abogado General parece olvidar que el mercado asegurador ha de regirse por las normas que lo ordenan, y que una cosa es que dichas normas deban ser respetuosas con los derechos fundamentales, y otra cosa distinta es confundir los ámbitos de aplicación de los derechos fundamentales y del derecho del seguro.

A continuación, la Abogado General en lugar de limitarse a analizar la compatibilidad de la norma belga y la comunitaria, y en ocasiones abandonando el análisis técnico de la cuestión, se dedica a estudiar el *iter* preparatorio de la Directiva y las posiciones mantenidas por la Comisión Europea y el Consejo, proyectando su opinión sobre las mismas en la norma aprobada en la Directiva y a su compatibilidad, resultando todo ello irrelevante para el análisis de la cuestión prejudicial (28).

y que establece que «a la hora de determinar las primas y prestaciones de seguros podrá practicarse una distinción directa proporcionada por razón de sexo, en los casos en que la consideración del sexo constituya un factor determinante de la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes y exactos. Esta excepción es aplicable únicamente a los contratos de seguro de vida».

(28) Nos referimos en particular a los párrafos 21 y 22 de la Opinión de la Abogado General que señala que «en la exposición de motivos de su propuesta de Directiva, la Comisión, tras examinar detenidamente la problemática controvertida, se pronunció decididamente contra la posibilidad de admitir diferencias por razón de sexo en las primas y prestaciones de seguros y las declaró expresamente incompatibles con el principio de igualdad de trato», y, por tanto, considera «sorprendente que la Comisión defienda con ahínco en el presente procedimiento que el artículo 5(2) de la Directiva no contiene ninguna infracción del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, sosteniendo incluso que es expresión de dicho principio. Preguntada al respecto, la Comisión no ha sabido explicar razonadamente su repentino cambio de opinión». Se aparta igualmente del ámbito técnico en algunos párrafos de su opinión como son el 36 y el 37.

Seguido de esta parte introductoria, la Abogado General empieza a abordar la valoración técnica partiendo de la argumentación analógica entre la discriminación por razón de sexo y la discriminación por razón de raza (29). Señala que el Consejo no puede admitir, por ejemplo, la raza o el origen étnico de una persona como motivos de diferenciación en el sector de los seguros (30), fundamentándolo en que no existe excepción alguna a la consideración de la raza como factor actuarial en la propia Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. Sin embargo, la consideración de la raza del asegurado en los seguros, como son el de vida o de salud, sobre la base de datos actuariales y estadísticos pertinentes y exactos, no infringe el concepto de discriminación de la citada Directiva (31).

El resto de los razonamientos y argumentos emitidos por la Abogado General evidencian una separación entre la realidad de los mecanismos asegurativos y de las estadísticas que marcan el signo de la opinión que formula (32). En particular llama la atención las consideraciones recogidas en los párrafos 60 y 61, ó 66 a 68, en las que afirma que la certeza de la existencia de diferencias relevantes entre hombres y mujeres falta cuando las primas y prestaciones de seguros se calculan de manera diferenciada para ambos únicamente, o al menos de forma determinante, basándose en estadísticas; o rechaza el recurso al factor del riesgo por razones de comodidad; o igualmente rechaza que el efecto del incremento de las primas, para una parte o todos los asegurados, sea una causa objetiva que justifique la desigualdad de trato por razón de sexo. Todo ello es afirmado sin considerar que los mecanismos asegurativos, los márgenes de cobertura, o la calidad de la estadística necesaria para el cálculo de las primas, sufrirán como efecto necesario una pérdida de su calidad o valor.

A continuación de los argumentos expuestos, la Abogado General propone al TJUE, como ya hemos señalado, que declare la invalidez del artículo 5(2) de la Directiva 2004/113/CE por vulneración de la prohibición de discriminación por razón de sexo, reconocida como derecho fundamental (33); o que, en el caso de considerarla compatible con el Derecho comunitario, declare expresamente que «dicha disposición, como norma que establece una excepción, debería ser interpretada restrictivamente. El cumplimiento de los requisitos que prevé para recurrir a datos actuariales y estadísticos diferenciados en función del sexo debería ser objeto de un control periódico y estricto por parte de las autoridades

(29) Vid. los párrafos 45 a 47 de la opinión de la Abogado General KOKOTT.

(30) En particular, en el párrafo 49 de la Opinión de la Abogado General KOKOTT, sostiene que es absolutamente inadmisible que, por ejemplo, un seguro médico establezca una diferenciación en el riesgo de padecer cáncer de piel en función del color de la piel del asegurado y, en consecuencia, exigiera a este una prima mayor o menor. Sorprende esta opinión cuando existen estudios publicados que muestran, sobre bases estadísticas, el diferente riesgo de cáncer de piel según las razas y etnias.

(31) Artículo 2 de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

(32) Ejemplo de ello son los párrafos 50, o el 52 en el que señala que la discriminación por razón del sexo del asegurado no se centra en claras diferencias biológicas entre los asegurados. Se refiere más bien a supuestos en los que las diferencias en los riesgos de seguro pueden, a lo sumo, relacionarse con el sexo de forma estadística. La gravedad de la afirmación radica en el desconocimiento de la técnica actuarial.

(33) Vid. el párrafo 70 de la opinión de la Abogado General KOKOTT.

nacionales competentes, con vistas a respetar el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres» (34), resultando acertada esta última consideración. La primera de las cuestiones prejudiciales concluye con la referencia a la necesidad de preservar la continuidad en las relaciones asegurativas, y la seguridad jurídica de los operadores del sector asegurador; y la concesión a los Estados miembros de un plazo razonable para acometer las consecuencias derivadas de la invalidez propuesta del artículo 5(2), a partir de la fecha en que el TJUE dicte sentencia (35).

La segunda de las cuestiones prejudiciales es analizada someramente por la Abogado General para concluir que el tratamiento igualitario, sin excepciones debe aplicarse a todos los seguros, incluidos expresamente los de vida (36).

La sucinta sentencia del TJUE asume en buena medida el enfoque adoptado por la Abogado General que hemos glosado. En efecto, tras una breve exposición del derecho aplicable al caso, y a sus postulados básicos acerca del principio de igualdad de trato, aborda la cuestión planteada declarando que «30. Es incontrovertido que el objetivo de la Directiva 2004/113 en el sector de los seguros consiste, tal y como se desprende de su artículo 5, apartado 1, en la aplicación de la norma de primas y prestaciones independientes del sexo. El decimoctavo considerando de dicha Directiva señala expresamente que, a fin de garantizar la igualdad de trato entre hombres y mujeres, la utilización del sexo como factor actuarial no deberá dar lugar a diferencias en las primas y las prestaciones de las personas individuales. El decimonoveno considerando de dicha Directiva define la facultad concedida a los Estados miembros para no aplicar la norma de primas y prestaciones independientes del sexo como una «excepción». Por consiguiente, la Directiva 2004/113 parte de la premisa de que, en aras de la aplicación del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres consagrado en los artículos 21 y 23 de la Carta, las situaciones en que se encuentran respectivamente las mujeres y los hombres a efectos de las primas y prestaciones de seguros que contratan son comparables. 31. Dadas las circunstancias, existe un riesgo de que el Derecho de la Unión permita indefinidamente la excepción a la igualdad de trato entre mujeres y hombres prevista en el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113. 32. Dicho precepto, que permite a los Estados miembros afectados mantener de modo ilimitado en el tiempo una excepción a la norma de primas y prestaciones independientes del sexo, es contrario a la consecución del objetivo de igualdad de trato entre mujeres y hombres marcado por la Directiva 2004/113 y resulta incompatible con los artículos 21 y 23 de la Carta. 33. Por consiguiente, dicho precepto ha de considerarse inválido tras la expiración de un periodo transitorio adecuado. 34. A la vista de cuanto antecede, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113 se declara inválido con efectos a 21 de diciembre de 2012. 35. Habida cuenta de dicha respuesta, no procede responder a la segunda cuestión prejudicial».

Los efectos de la clara contestación a la cuestión prejudicial se despliegan con carácter automático en todos los Estados miembros de la Unión Europea, al declarar que: «el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, se declara inválido con efectos a 21 de diciembre de 2012».

(34) Párrafo 72 de la opinión de la Abogado General Kokott.

(35) Párrafos 79 y 80 de la opinión de la Abogado General Kokott.

(36) Párrafo 86 de la opinión de la Abogado General Kokott.

V. CONCLUSIONES

La regulación legal y la jurisprudencia comentadas sobre la relación entre la discriminación por razón de sexo y el contrato de seguro, permiten concluir que la igualdad, de género en particular, es un derecho fundamental firmemente establecido en los ordenamientos jurídicos internos, y en el de la Unión Europea, que responde a imperativos socio jurídicos. Por ello, el trato diferente puede ser permitido de manera ocasional. En particular, la discriminación directa solo puede ser justificada en circunstancias limitadas y debe ser rigurosamente motivada.

Recientemente, el principio de igualdad se aplicaba exclusivamente al ámbito laboral, si bien la discriminación se presentaba en otros ámbitos. En el momento en que la Directiva 2004/113/CE, de bienes y servicios, ha pretendido colmar esta laguna, y extender el principio de igualdad más allá del lugar de trabajo, se ha constatado a través de la circunstancia planteada en el asunto *Test-Achats* que, al menos en parte, la Directiva 2004/113/CE ha fracasado en su propósito. A pesar de que tres años después de su desarrollo, algunos estudios sugieren que en los Estados miembros se ha mejorado la tutela en torno al sector del seguro (37), la situación se ha complicado más. En el ámbito del seguro, en lugar de una clara prohibición de discriminación, la Directiva 2004/113/CE ha establecido la regulación de un compromiso ambiguo que tiene como efecto que la discriminación directa puede ser justificada.

Sin embargo, una solución a más largo plazo y estable, a la relación compleja entre la igualdad y la tarificación en los seguros, debería establecerse en los siguientes términos. Se ha de partir de que la igualdad de género es un derecho fundamental y que su derogación solo es posible ante razones imperativas. La pregunta inmediata que nos formulamos es si los factores actuariales que toman en consideración el género en los contratos de seguro son, o no, motivos imperativos que lo justifiquen. Esta cuestión es la clave del problema, principalmente el modo en que se estructura el sector del seguro y cómo funciona. Las compañías aseguradoras argumentan que en los seguros se valora el riesgo de la manera más precisa y exacta posible, en orden a ofrecer un servicio competitivo. Como consecuencia de todo ello, hay algunos supuestos en los que se justificaría considerar el sexo en la valoración del riesgo.

Con el fin de contestar estas interrogantes, es necesario atribuir la relevancia que el uso del sexo como factor actuarial tiene en algunos contratos de seguro, y establecer si resulta posible calcular el riesgo de una manera alternativa (38). En cualquier caso, el artículo 5 de la Directiva 2004/113/CE, al referirse genéricamente a los seguros y servicios financieros, omite la apreciación de las diferencias que existen entre los diferentes productos, que pueden presentarse como son el seguro de vida, el seguro de viaje, el seguro de circulación, el seguro de salud, etc. En algunos de estos seguros, el sexo debería ser considerado como el principal riesgo, o como uno de los elementos que han de ser considerados. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de los seguros de vida, en los que el sexo es el principal factor a la hora de valorar el riesgo, mientras que en seguros como el de viaje el sexo es irrelevante. Esta circunstancia no resulta nueva toda vez

(37) Vid., *European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality, Sex discrimination in the access to and supply of goods and services and the transposition of Directive 2004/113 EC*, July 2009.

(38) European Union Commissions, *Extended Assessment Impact*, SEC (2003) 1213, pág. 3 y sigs.

que ya se abordó y fue reiterada en el preámbulo de la Directiva 2004/113/CE al establecer que «determinadas categorías de riesgos pueden variar entre los sexos. En algunos casos, el sexo es uno de los factores pero no necesariamente el único en la determinación de los riesgos asegurados».

De la realidad constatada, tras el desarrollo legislativo por los Estados miembros de la Directiva 2004/113/CE, cabe deducir que debería existir alguna otra solución, como una previsión legal nueva, y algunos han abogado por una más drástica (39). En efecto, la mayoría de los Estados miembros han optado por lo preceptuado en el artículo 5(2) para al menos un tipo de contrato de seguro, en lugar de declarar inválida la cláusula optativa, como recomienda la Abogada General Kokott. Se ha constatado, por ejemplo, que en las legislaciones internas no existe una definición clara de términos fundamentales como son el «factor determinante», los «datos actuariales y estadísticos pertinentes y exactos», y las «diferencias proporcionadas en las primas», propiciando con ello permanentes discrepancias. Es más, la publicación de los requisitos es ambigua, vaga y, a menudo, la aplicación satisfactoria de la norma depende de cada interpretación concreta. Por el contrario, queda claro que la admisión de las excepciones a la igualdad debe serlo de manera suficientemente restringida, rígida y clara con el fin de evitar que el artículo 5 de la Directiva 2004/113/CE frustre el principio fundamental de la igualdad de trato.

Hubiera sido deseable que la sentencia del TJUE, de 1 de marzo de 2011, arrojará algo de luz en torno a las ambigüedades inherentes al artículo 5 de la Directiva 2004/113/CE que comentamos, en particular, que profundizara sobre la labor iniciada por la Abogada General en la distinción de los tipos de seguros, a los efectos de diferenciar el trato entre los sexos. Como ya señalamos, la sentencia del TJUE ha resultado sucinta en demasía, limitándose a seguir la opinión de la Abogada General y declarar la invalidez del artículo 5(2) de la Directiva 2004/113/CE. En atención a las dificultades que rodean este ámbito, en opinión de la Abogada General Kokott, un modo más efectivo de actuar, en este ámbito, sería redactar una cláusula optativa más rigurosa o estricta, en lugar de establecer una prohibición absoluta. En la práctica es probable que la sentencia comentada genere más ambigüedades y dudas sobre las que el TJUE tendrá que pronunciarse.

En todo caso, en el ordenamiento jurídico español (al igual que en otros ordenamientos) una consecuencia directa de la sentencia comentada es la necesaria modificación de la práctica y de la legislación, y su desarrollo reglamentario, en materia de los mecanismos de determinación de la prima del contrato de seguro privado, y su ordenación. En particular, porque a partir del 21 de diciembre de 2012, aquellos mecanismos de determinación de la prima que tomen en consideración el sexo del asegurado serán nulos. Los vigentes artículos 76.7 del Reglamento de Ordenación de Seguros y Supervisión (ROSSP), y el artículo 71 de la Ley de Igualdad, ya no podrán amparar los actuales mecanismos de determinación de la prima, y los citados preceptos serán contrarios al derecho comunitario.

A la luz de las experiencias en otros Estados miembros, otra de las consecuencias de la sentencia examinada es el previsible incremento de las primas ante la comentada pérdida del valor de los datos actuariales que, hasta el momento, son tenidos en cuenta por las compañías aseguradoras. El efecto que puede acarrear dicho incremento es el perjuicio directo de los asegurados cualquiera que sea su sexo, pues se producirán situaciones en las que unos asegurados hayan

(39) CARACCILO DI TORELLA, E., «On lies and statistics...», *op. cit.*, pág. 68.

de subsidiar a otros a través de las nuevas primas. Asimismo, es probable que se produzca una restricción de la competitividad con la consiguiente pérdida de eficiencia en el mercado.

Es cierto que el TJUE no puede excederse de sus funciones, lo que le impide modificar de manera sustancial la circunstancia que comentamos en este trabajo. La solución al problema suscitado requiere modificaciones que exceden del ámbito de actuación del TJUE, toda vez que subsisten las circunstancias que condujeron a la redacción de compromiso del artículo 5 de la Directiva 2004/113/CE (40). En su actuación, el TJUE lógicamente ha de reiterar la importancia del principio de igualdad de trato, cuestión muy distinta de la de determinar si la igualdad de sexo es un factor actuarial y en qué casos lo es. En todo caso, conviene tener presente que, con independencia de la cláusula optativa del artículo 5(2), cabe afirmar que el artículo 5(1) no prohíbe categóricamente la diferencia de trato basada en el sexo, en la tarificación de los seguros privados: el artículo 5(1) no prohíbe esta práctica, como sugirió la Comisión en su propuesta original [art. 4(1) de la propuesta de Directiva]. El precepto se limita a exigir a los Estados miembros que garanticen que, en el ámbito nacional de la práctica del seguro, no se deriven prácticas y resultados discriminatorios.

Con independencia del contenido de la sentencia del TJUE y de las consiguientes medidas legislativas internas que hayan de ser adoptadas, el asunto del *Test-Achats* ha puesto en evidencia que la legislación en materia de igualdad de la Unión Europea requiere que el sector asegurador revise de una manera profunda y urgente el modo en que opera, con el fin de que cada persona sea tratada como un sujeto único e independiente, en lugar de hacerlo como un miembro perteneciente a un grupo. Solo así se conseguirá que el concepto de la igualdad de sexo de la Unión Europea de carácter individualista pase del papel a la realidad.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BELL, M.: «Equality and the European Union Constitution», en *Ind. Law J.*, 33, 2004, págs. 242-260.
- CARACCIOLLO DI TORELLA, E.: «The principle of equality, the goods and services directive and insurance: a conceptual approach», en *Maastricht J. Eur. Comp. Law*, 13, 2006, págs. 339-350.
- «On lies and statistics: the relationship between gender equality and insurance», en *ERA-Forum: scripta iuris europaei*, 2011, v. 12, n. 1, April, págs. 59-70.
- CASTELLANETA, M.: «Esclusa la possibilità di discriminazione uomo-donna nei contratti stipulati con le compagnie assicurative», en *Guida al Diritto*, 2011, núm. 13, págs. 80-82.
- DONATI: *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, II, Milano, 1956.
- DE LA VEGA JUSTIBÓ, B.: *La jurisprudencia española en materia de seguro marítimo (1879-1998)*, Vitoria-Gasteiz, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Departamento de Transporte y Obras Públicas del Gobierno Vasco, 2000, 158 págs.
- «Las políticas legislativas en materia de acción positiva y su incidencia en el contrato de seguro de salud», en *Discriminación por razón de edad y sexo*,

(40) OXERA, «The use of gender in insurance pricing: analyzing the impact of a potential ban on the use gender as a rating factor», en *ABI Research Paper*, n. 24, 2010.

- Retos pendientes del Estado Social*, directores: CRESPO GARRIDO, M. y MORETÓN SANZ, F. Presentación: LASARTE ÁLVAREZ, C., Colex, 1.^a ed., 2011, págs. 55-76.
- MASSELOT, A.: «The state of gender equality law in the European Union», en *Eur. Law J.*, 13 (2) 2007.
- MOK, M. R.: *Nederlandse jurisprudentie; Uitspraken in burgerlijke en strafzaken*, 2011, núm. 120.
- OXERA: «The use of gender in insurance pricing: analyzing the impact of a potential ban on the use gender as a rating factor», en *Abi Research Paper*, núm. 24, 2010.
- PICOD, F.: «Invalidité d'une dérogation en faveur des femmes», en *La Semaine Juridique - édition générale*, 2011, núm. 11-12, pág. 543.
- SÁNCHEZ CALERO: «Artículo 4. Existencia del riesgo», en *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*. Director: SÁNCHEZ CALERO, Pamplona, 4.^a ed., 2010.
- THIERY, Y.: «The opinion of A. G. Kokott on gender discrimination in insurance: effects for the insurance market», en *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 2011, Jahrg. 8, núm. 1, pág. 28-31.
- THÜSING, G.: «Gleichbehandlung von Männern und Frauen», en *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht*, 2010 págs. 27-28.
- X: «Primes d'assurances: respect de l'égalité hommes-femmes», en *Recueil Le Dalloz*, 2011, núm. 11, pág. 746.
- URÍA/MENÉNDEZ/ALONSO SOTO: *Curso de Derecho Mercantil*, tomo II, Madrid, 2001.
- VAN SCHOUBROECK, C., THIERRY, Y.: «Fairness and equality in insurance classification», en *Geneva Pap.*, 31, 2006, págs. 190-211.
- VÁZQUEZ CUETO: *La obligación de pago de la prima en la Ley de contrato de seguro*, Valencia, 2007.
- VEIGA COPO, A., y SÁNCHEZ GRAELLS: «Discriminación por razón de sexo y prima del contrato de seguro», en *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, marzo, 2011, págs. 6-33.
- WADDINGTON, L.: «The development of a new generation of sex equality directives», en *Maastricht J. Eur. Com. Law*, 11, 2004, pág. 1.

DOCUMENTOS CONSULTADOS

- European Union Commissions, Extended Assessment Impact, SEC (2003) 1213.
- European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality, Sex discrimination in the access to and supply of goods and services and the transposition of Directive 2004/113 EC, July 2009.
- EC Commission, DG Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Study on the use of age, sex, religion or belief, racial or ethnic and sexual orientation in financial services, i particular in the insurance and banking sector; Main Report, CIVIC Consulting, 2010.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 20 de marzo de 1989 (*RJ* 1989/2284).
- STS de 16 de mayo de 1991 (*RJ* 1991/3677).

Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

Asunto C-236/09 Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL y otros contra Conseil des Ministres.

Asunto Lindorfer v Council [2007] ECR I-6767, C-227/04.

Asunto 305/05 Ordres the barreaux francophones et germanophone and others 2007 ECR I-5305.

Asunto C-303/06, S. Coleman v Attridge Law and Steve Law [2008] ECR 5603.

RESUMEN

DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO PRIMA DEL CONTRATO DE SEGURO

La STJUE (Gran Sala), de 1 de marzo de 2011, en el Asunto C-236/09, declara inválido el apartado segundo del artículo 5 de la Directiva 2004/113/CE, que permite a los Estados miembros establecer o no la existencia de primas y prestaciones diferenciadas por sexos. Los mecanismos de determinación de la prima que tengan en consideración el sexo serán nulos, a partir del 21 de diciembre de 2012. Esta política tarifaria provocará, probablemente, un incremento de las primas, lo que requiere una modificación legislativa en la regulación del Derecho de seguros español.

ABSTRACT

SEX-BASED DISCRIMINATION INSURANCE PREMIUM

On 1 March 2011, the Court of Justice of the European Union (Grand Chamber) declared in Case C-236/09 that article 5(2) of Directive 2004/113/EC allowing the Member States freedom to establish sex-differentiated premiums and benefits was invalid. Premium-calculating mechanisms that factor in sex will be void as of 21 December 2012. This rate policy will probably cause a spike in premiums, which will require the amendment of Spanish insurance legislation.

EL AUTOCONTRATO EN LA FUNDACIÓN DE SOCIEDADES

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE SOCIEDAD Y LOS CONFLICTOS DE INTERESES ENTRE SOCIOS.—III. AUTOCONTRATACIÓN. FACULTADES Y DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES. LOS CONFLICTOS DE INTERESES ENTRE LA SOCIEDAD Y SUS ADMINISTRADORES.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 7 de julio de 2011 (BOE, núm. 191 de 10 de agosto de 2011), resuelve un recurso a efectos doctrinales contra la negativa del registrador mercantil a inscribir una escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada en la que el único socio otorgante interviene en su propio nombre y derecho y, además, como administrador único, de otra sociedad, designándose también administrador único al compareciente.

La calificación registral negativa se produjo, en este punto, debido a que el compareciente al actuar en su propio nombre y representación, así como en representación de una sociedad, implicaba la existencia de una colisión de intereses que solo podía ser salvada mediante el correspondiente acuerdo de la Junta General de la sociedad representada, lo que así sucedió.

La Dirección General estimó el recurso contra la calificación registral citada sobre la base de los siguientes argumentos realizados en su Fundamento de Derecho 3:

(i) La inexistencia de autocontratación en los contratos societarios

El Centro Directivo razona al respecto que: *«...Para resolver la cuestión planteada debe tenerse en cuenta que no es lo mismo contemplar la situación de autocontratación, o de doble o múltiple representación, cuando se trate de contratos onerosos con recíprocas obligaciones entre las partes, en los que por su propia naturaleza hay intereses contrapuestos, que cuando se trate de contratos asociativos, en los que concurren declaraciones convergentes para la consecución de un fin común. En definitiva, el propio concepto de negocio societario excluye en principio la confrontación de intereses de las partes que lo celebran, al concurrir una causa negocial común orientada a la consecución del fin social. Así, prevalece la satisfacción del interés común sobre una eventual confrontación de intereses de las partes».*

(ii) La ausencia de conflicto de intereses

En íntima relación con lo anterior, la Dirección General también afirma a continuación que: *«Debe señalarse asimismo que si pudiera entenderse que, en relación con un aspecto concreto de dicho negocio, puede llegar a verificarse la existencia de un conflicto de intereses entre representante y representado o entre varias personas representadas por un mismo representante, porque se antepongan los intereses de alguno de ellos a los de los otros, deberá determinarse y concretarse dicho conflicto por parte del Registrador, sin que pueda deducirse automáticamente su existencia por el simple hecho de que ambos socios fundadores fueran personas jurídicas y hubieran sido representadas por la misma persona física. Más aún, la propia naturaleza del negocio asociativo, carente de "sinálagma" y en el que existe una declaración de voluntad de las partes en la misma dirección, impediría incluir el presente supuesto en el ámbito de la autocontratación (...) Por lo demás, respecto del conflicto de intereses que pueda existir en el desenvolvimiento de la sociedad no puede olvidarse que el contenido organizativo del negocio fundacional queda supeditado a la voluntad social a través de los acuerdos de la junta general y que la Ley establece determinadas cautelas para evitar los riesgos de dicho conflicto (cfr., entre otros, los arts. 190, 226, 228 y 229 de la Ley de Sociedades de Capital)».*

(iii) El control registral de contenido

De igual forma y en conexión con el razonamiento antes expuesto, la Dirección General parece decantarse por la existencia de un «control de contenido» registral de la posible existencia de un autocontrato ilícito frente a la prohibición generalizada del autocontrato propia de nuestro Derecho Privado, encomendando al registrador calificador la facultad de examinar a la vista de las circunstancias específicas del caso la existencia o no de un conflicto de intereses que pudiera originar dicha contratación ilícita.

En este sentido, la Dirección General expone lo siguiente: «...En el presente recurso, que debe ceñirse al defecto tal como ha sido formulado en la calificación impugnada (cfr. art. 326 de la LH), ha de tenerse en cuenta que el registrador se limita a expresar que con el otorgamiento de la escritura calificada se produce una colisión de intereses. Sin embargo, no se aprecia en la calificación ningún examen o valoración, a la vista del concreto negocio fundacional y del estatuto de cada socio, que atienda más que a la dimensión cuantitativa —montante de la aportación dineraria— a la cualitativa —su concreta posición—, para determinar las circunstancias que de forma patente revelen la existencia de conflicto de intereses. Ello supone que la objeción que figura en la nota recurrida ha de rechazarse a limine».

En nuestra opinión, los anteriores razonamientos y la solución ofrecida por la Dirección General en esta resolución, no pueden compartirse.

Si bien es cierto que sí estamos conformes con la calificación del contrato de sociedad ausente de sinalagma, lo cual no ha sido objeto de posición unánime en nuestra doctrina, no es menos cierto que el análisis realizado de la figura del autocontrato y el conflicto de intereses que puede verificarse en la fundación de una sociedad, se efectúa desde una perspectiva parcial de dicho fenómeno sin atender a una comprensión del mismo en su conjunto. Igualmente, si aceptamos la existencia de un autocontrato con verificación de conflicto de intereses en el presente caso, entendemos que la consecuencia ha de ser la prohibición del mismo y no la posibilidad de su evaluación y valoración en cuanto al equilibrio y justificación del autocontrato desde la exclusiva atención de la existencia de los deberes fiduciarios de los administradores (v. gr., deber de lealtad), o mejor dicho, desde la evasión de la aplicación de la prohibición que el artículo 1459.2 del Código Civil, efectúa también para este supuesto, a los administradores sociales.

En este sentido, la función calificadora registral entendemos que no debería realizarse con el fin de aceptar la validez de la situación autocontractual originada y dejar a la misma en manos del posterior desenvolvimiento societario, admitiéndose su validez si se asegurara que los administradores no obtienen ventaja de la situación autocontractual por un conflicto de intereses que deviniere de la misma (vid. arts. 226 y 228 de la Ley de Sociedades de Capital), lo que permitiría una aceptación inicial de dicho autocontrato.

Resulta conveniente resaltar, por otro lado, que el criterio de esta Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 7 de julio de 2011, es contrario al que mostrara el mismo Centro Directivo en su Resolución de 9 de mayo de 1978 (Ar. 2493) también en materia de autocontratación en fundación de sociedades, en la que se razonó y concluyó la invalidez de dicha autocontratación al afirmarse que: «CDO.: Que en cuanto a la primera cuestión, es de observar que si uno de los futuros socios comparece en la escritura de constitución de la nueva Sociedad, no solo en nombre propio, sino también en representación de una Sociedad, en la que su objeto social es crear Sociedades o participar en las ya creadas, mediante aportación de capital o de servicios de asesoramiento, y, como

Administrador único, se encuentra facultado para estos actos por estar dentro del giro y tráfico de la empresa —art. 76 de la Ley de Sociedades Anónimas— es indudable que se produce una situación en la que puede existir una contradicción de intereses, y el consiguiente peligro de que se vea afectada la entidad representada por una actuación abusiva de quien obra en nombre de intereses diversos, lo que hace necesario el conocimiento y la autorización de dicha entidad, pues de lo contrario se estaría ante un supuesto de autocontratación, no permitido en nuestro derecho.

CDO.: Que no parece oportuno examinar la naturaleza jurídica del acto de constitución de una Sociedad, ya que, a efectos de este recurso, es totalmente indiferente el que tal acto sea o no un contrato, pues no cabe encuadrar la figura de la autocontratación en tan pequeño campo, y que no pueda aplicarse, por tanto, a otro tipo de negocio jurídico, ya que no hay que olvidar que, al emitirse por una misma persona dos declaraciones de voluntad, una en nombre propio y otra en nombre ajeno, se está ante un juego de intereses y que lo que se trata, a través del correctivo de la autocontratación, es el de delimitar los poderes del representante para evitar un perjuicio a los intereses de su representado, sin la aprobación o consentimiento de este último».

II. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE SOCIEDAD Y LOS CONFLICTOS DE INTERESES ENTRE SOCIOS

Al hilo de los razonamientos efectuados por la Dirección General en la presente resolución, existe uno realizado inicialmente con el que coincidimos, aunque como hemos manifestado anteriormente, no esté exento de debate en nuestra doctrina. Nos referimos a la ausencia del carácter sinalagmático del contrato de sociedad, sobre la cual expondremos a continuación algunos ejemplos que reflejan la citada controversia a nivel doctrinal.

Con carácter general, GIRÓN TENA (1) afirmó que: «El Código español —como por otra parte, tenía necesariamente que ser, pues ello se deduce del concepto mismo de sociedad— confirma la idea de que, en las sociedades, la relación sinalagmática es mediata e indirecta. Se mantiene el interés de cada contratante mediante las prestaciones de los demás, vía fin común; es decir, llegan a cada uno los resultados de la actividad conjunta, pero esta, a su vez, viene del cumplimiento de sus obligaciones por los demás. En el centro del tratamiento debe estar siempre, como orientador, si las vicisitudes que afectan a las obligaciones de los socios repercuten o no sobre la realización del fin social».

CAPILLA RONCERO (2), aceptando el carácter sinalagmático del contrato de sociedad, opina lo siguiente: «antes de entrar en ello con detenimiento, conviene recordar lo que con carácter general se anunció en el comentario del artículo 1665. Se planteaba allí la discusión surgida en torno a si conviene o no a la relación social el calificativo de relación sinalagmática, sin acuerdo en la doctrina española sobre el particular, si bien es cierto que el tema no ha sido objeto de especial atención.

En realidad, las dificultades de encajar la relación social en la categoría de las relaciones sinalagmáticas, obedecen más que a la naturaleza propia de la sociedad, a la estrechez con que se ha formulado dicha categoría. En efecto, la

(1) GIRÓN TENA. *Derecho de Sociedades*. Tomo I, Madrid 1976, pág. 139.

(2) CAPILLA RONCERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXI, vol. 1.º Revista de Derecho Privado, 1986, pág. 682.

categoría de las relaciones sinalagmáticas se ha construido sobre la base de las relaciones de cambio y, señaladamente, sobre la compraventa. En esos supuestos la interdependencia entre prestación y contraprestación es evidente: *do ut des*. Pero ello no significa que deban quedar fuera de la caracterización general como relaciones sinalagmáticas aquellas que escapan del ámbito del mero intercambio de bienes o servicios. Lo correcto, desde mi punto de vista, es acomodar la categoría general a esos otros supuestos, en pro de la economía conceptual que representa reconducir a un único concepto las situaciones que producen consecuencias similares, aunque no exactamente idénticas».

Por otro lado, PAZ-ARES (3) niega el carácter sinalagmático del contrato de sociedad, razonando lo siguiente: «Es cierto que los socios se obligan los unos frente a los otros —recíprocamente— a realizar las prestaciones tendentes a conseguir el fin social. Pero esto solo quiere decir que la sociedad es un contrato bilateral o, mejor dicho, plurilateral, en el sentido de que las partes asumen todas ellas obligaciones de prestación. No quiere decir en cambio que las partes se obliguen sinalagmáticamente. Las prestaciones no se prometen unas en función de otras, sino todas en atención al fin común. Las prestaciones no se intercambian, sino que se unen. Este es el aspecto que interesa subrayar. No hay pues sinalagma entre las obligaciones de aportación entre sí, tampoco lo hay —como a veces se ha apuntado (REY PORTOLÉS, *ADC*, 1975, pág. 965)— entre las obligaciones de aportación y la participación en el resultado. El resultado no es la contraprestación de las aportaciones, sino la expresión de la participación en una relación comunitaria».

DÍEZ-PICAZO (4) también desestimando el carácter sinalagmático del contrato de sociedad, ha opinado lo siguiente: «Una nota importante del negocio parciario, que nos va a permitir comenzar a deslindarlo frente al contrato de sociedad, es que el negocio parciario es siempre de naturaleza bilateral y de estructura sinalagmática. Es bilateral, porque se da entre dos partes o sujetos, y tiene estructura sinalagmática, porque contiene prestaciones a cargo de ambas partes, de tal manera que cada una de las prestaciones es para cada una de las partes la causa del contrato (cfr. art. 1274: es la idea del llamado sinalagma genético) y cada una de las prestaciones funciona como correspectivo de la otra prestación (sinalagma funcional).

En cambio, el contrato de sociedad, en su forma más genuina, no es bilateral, sino pluri o multilateral (tres o más personas) y por ello no es sinalagmático (no hay, por ejemplo, lugar a la resolución por incumplimiento de un socio)».

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo, negando uno de los efectos de los contratos sinalagmáticos al contrato de sociedad, como es la aplicación del artículo 1124 del Código Civil, cabe destacar las siguientes resoluciones:

La sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de octubre de 1986 (*RJ* 1986/5230) que establece lo siguiente: «*La condición resolutoria tácita que previene el artículo 1124 del Código Civil no es de aplicación en el contrato de sociedad. Con acierto se ha expresado que el mecanismo de la resolución contractual está ventajosamente sustituido en el contrato de sociedad por el de la exclusión del socio incumplidor, que permite separar a este de la colectividad, manteniendo el vínculo jurídico entre los demás socios*», y la sentencia del Tribunal Supremo

(3) PAZ-ARES. *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1993, Tomo II, pág. 1317.

(4) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II. Las Relaciones Obligatorias*, Thomson-Civitas, 6.ª ed., 2008, pág. 436.

de 20 de junio de 1991 (RJ 1991/4528), que también prevé que: «*Lo mismo cabe decir, en relación a los motivos 4.º y 5.º, que denuncian, respectivamente, infracción del artículo 1124 del Código Civil, y de la doctrina jurisprudencial sobre la frustración del contrato, el primero de ellos porque, como reconoce una reiterada doctrina de esta Sala, no es aplicable a los contratos societarios mercantiles el precepto del artículo 1124 del Código Civil*».

En nuestra opinión, según adelantábamos, el contrato de sociedad carece del carácter sinalagmático, ya que en los contratos sinalagmáticos la causa del contrato consiste en las recíprocas prestaciones de las partes (5), mientras que la causa del contrato de sociedad reside en último lugar en la realización del fin común (6).

La cuestión analizada en cuanto a la carencia del carácter sinalagmático del contrato de sociedad no sería tan relevante en el caso resuelto por esta resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado si el Centro Directivo no hubiera utilizado como argumento para su razonamiento que el hecho de que el contrato de sociedad no sea sinalagmático «*impediría incluir el presente supuesto en el ámbito de la autocontratación*». En esta afirmación es donde se atisba la defectuosa conclusión. Coincidimos en que el contrato de sociedad no es sinalagmático, pero no que por ello, deba apreciarse una inexistencia de colisión o contraposición de intereses afirmándose que es el interés social el único existente, es decir, el fin común.

Como expusimos, esto supone —a nuestro juicio— tratar el problema tan solo parcialmente, pese a que en honor a la verdad, esta resolución no niega la posibilidad del conflicto de intereses entre socios, como ya hiciera también en el supuesto de posible autocontratación (diferente al presente, como explicaremos posteriormente) analizado por la resolución de la Dirección General de 14 de mayo de 1998 (RJ 1998/4455), donde se afirmó (FD 1.º) que: «*...Aun cuando en los contratos de tipo asociativo no es tan patente la presencia de una contraposición de intereses entre las partes como en los onerosos con obligaciones recíprocas, no por ello queda excluida aquella posibilidad*».

Es decir, es cierto que existe un fin común de los socios (causa del contrato de sociedad), pero también lo es que los socios también tienen sus intereses o fines particulares que si bien han de supeditar al fin social, ello no implica la inexistencia de los mismos, y por tanto la colisión de intereses que de ello se deriva.

Este Criterio del Centro Directivo reflejado tanto en la Resolución de 7 de julio de 2011 como en la de 14 de mayo de 1998, acerca de entender inicialmente inexistente el conflicto de intereses entre socios, aunque si bien pudiera darse el mismo como posibilidad, entendemos que es contrapuesto al que con claridad y acierto expusiera la también Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 9 de marzo de 1943 (Ar. 342) sobre un supuesto de autocontratación no permitida en constitución de sociedad limitada entre marido, mujer e hijos menores (donde el marido aparte de comparecer en su propio nombre y derecho, completaba mediante licencia marital la capacidad de la esposa y asumía la representación legal de los hijos menores), que se pronunció sobre el particu-

(5) La idea del «sinalagma genético» significa, según Díez-PICAZO («Fundamentos...», *op. cit.*, pág. 432) que en la génesis de la relación obligatoria cada deber de prestación constituye para la otra la razón de ser o la causa por la que queda obligada a realizar o ejecutar su propia prestación.

(6) GIRÓN TENA (*op. cit.*, pág. 200) razonó al respecto que la causa del contrato de sociedad es la obtención por los socios de las ventajas, resultado de su colaboración en la realización del fin social.

lar del siguiente modo: «...se observó de tal modo que de las varias personas que en el contrato intervienen solo una posee voluntad plena y perfecta para producir efectos jurídicos, y esta, además, con menoscabo de la autonomía o independencia precisas para que exista contrato, asumió la representación legal como padre de los tres menores, completando como marido, la capacidad de doña J., y, por lo tanto, durante el periodo preparatorio y en el acto mismo de la constitución social, hubo de resolver cuestiones que afectaban fundamentalmente al patrimonio de sus representados y al suyo propio, en forma contradictoria y que provocaban el supuesto de intereses compatibles, porque si en la formación de toda compañía hay estímulos y finalidades comunes, también influye el natural deseo individual de obtener los beneficios máximos con el menor riesgo (...) con todo lo cual se pone de relieve: primero, una evidente contradicción, no solo entre los intereses del padre y de los hijos, sino también entre el espíritu de lucro que predomina en las instituciones mercantiles y el carácter esencialmente ético, tutelar y protector de las relaciones paterno-filiales, y segundo, la clara transgresión de los límites impuestos por la doctrina de este Centro Directivo a la figura de la autocontratación, precisamente en el supuesto más peligroso, o sea cuando el representante intente perfeccionar un contrato con las personas cuya representación legal asuma, y surja el natural conflicto de intereses y los correspondientes a los demás socios que han de formar a su dictado la persona jurídica, no solo en el instante de la constitución, sino durante la vida de la sociedad».

De los Considerandos de esta Resolución de 9 de marzo de 1943 podemos extraer las siguientes conclusiones: (i) existe una connatural contraposición de intereses entre los socios de una sociedad, en función del criterio rentabilidad-esfuerzo; y (ii) dicha colisión de intereses no solo se puede percibir en el futuro devenir social, sino evidentemente, en el propio acto constitutivo.

En el plano doctrinal, la dualidad y colisión de intereses entre los socios ha sido admitido de forma generalizada.

En este sentido, ALBALADEJO (7) se refirió a esta contraposición de intereses de la siguiente forma: «En el contrato de sociedad hay intereses contrapuestos, pues aunque en última instancia, de forma mediata, se persiga un fin común, mediante la sociedad (entidad) que se crea, al plantear su creación chocan los intereses de las partes (conseguir la mayor participación posible en las ganancias, con el mínimo sacrificio —representado por su aportación— que quepa. Lo mismo que, por ejemplo, en la compraventa se pretende obtener la cosa a cambio del menor precio)».

Igualmente, GIRÓN TENA (8) reconoce dicha dualidad de intereses al afirmar que: «De ello se sigue que el aspecto jurídico personal de las sociedades, en cuanto derivado de la comunidad que nace (sustancialmente comunidad de colaboración y de riesgos), ha de conformar una interpretación en la que jueguen no solo los intereses individualistas de los socios, sino también los correspondientes a la comunidad que se crea».

PAZ ARES (9) también con cita en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 9 de marzo de 1943, igualmente opina que: «En efecto, es hoy idea bien establecida que la sociedad presenta una estructura de intereses ciertamente distinta a los contratos de cambio, pero no en el sentido

(7) Manuel ALBALADEJO, *Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones*, vol. 2.º, *Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales*, 7.ª ed., Bosch, 1982, pág. 292.

(8) Vid., *op. cit.* págs. 136 y 137.

(9) Vid., *op. cit.* págs. 1316.

de que falte un conflicto de intereses, sino en el sentido de que, al lado del conflicto de intereses, hay también un interés común».

DÍEZ-PICAZO (10) cuando analiza la validez de la autocontratación en aquellos supuestos de inexistencia de conflictos de intereses acude a un ejemplo como el presente para opinar que: «En principio, en todos aquellos contratos que sean de naturaleza onerosa, con obligaciones recíprocas o sinalagmáticas, el juego mismo de la estructura onerosa del contrato determina que entren en contradicción los intereses de ambas partes. Del mismo modo, puede existir —y normalmente existirá— contraste de intereses aun cuando el negocio presuponga declaración de voluntad de las partes que vayan todas en la misma dirección (por ejemplo, contrato de sociedad, etc.). Aunque no hay sinalagma, basta que las posiciones puedan ser distintas (v. gr., participación en el haber social, etc.) para que el conflicto de intereses pueda surgir».

Por nuestra parte, igualmente consideramos la existencia de esa coexistencia de intereses en el contrato de sociedad, ya que los socios no solo han de realizar el fin social de forma primordial, sino que a la par intentarán rentabilizar su inversión de la mayor forma posible, de ahí que en el contrato de sociedad la colisión de intereses entre los socios se encuentre ínsito en el mismo. Este primer plano de colisión de intereses es precisamente el no apreciado desde el mismo momento constitutivo en el contrato de sociedad objeto de la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado que es objeto de comentario.

No obstante lo anterior, entendemos que no solo desde la perspectiva de los socios constituyentes ha de observarse el conflicto de intereses que a nuestro juicio invalidaría la autocontratación existente en el presente caso, sino que dicha colisión de intereses ha de analizarse también desde otro punto de vista, es decir, la que nace en el seno de la relación de representación orgánica del administrador único con la sociedad a la que representa a los efectos de su incorporación al contrato de sociedad analizado, que a la vez también es nombrado administrador único de la nueva sociedad constituida. Esta doble perspectiva, que a nuestro juicio, ha de presidir el tratamiento del conflicto de intereses que se presenta en este caso, nos sirve de justificación para abordar a continuación la cuestión de la autocontratación por administradores sociales.

III. AUTOCONTRATACIÓN. FACULTADES Y DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES. LOS CONFLICTOS DE INTERESES ENTRE LA SOCIEDAD Y SUS ADMINISTRADORES

Entendemos con DE CASTRO, que «surge el autocontrato cuando existiendo dos patrimonios independientes y una persona con poder de disposición sobre ambos, está dentro de los límites del poder, crea entre ellos relaciones jurídicas obligatorias» (11). O lo que es lo mismo, «hay autocontrato siempre que cualquier contrato es realizado por una sola persona», en palabras de DÍEZ-PICAZO (12). Se trata, pues, de un acto jurídico unilateral que relaciona dos patrimonios.

(10) DÍEZ PICAZO, *La representación en el Derecho Privado*, Civitas, 1979, pág. 213.

(11) Federico DE CASTRO Y BRAVO, «El autocontrato en el Derecho Privado español», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1927, 20, págs. 334 a 455, en *Estudios jurídicos del profesor Federico de Castro*, Tomo I, Centro de Estudios Registrales, 1997, pág. 32.

(12) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Editorial Thomson-Civitas, 6.^a ed., 2008, pág. 223.

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo se afirma que se produce un autocontrato cuando existe una sola voluntad que hace dos manifestaciones jurídicas conjugadas y económicamente contrapuestas (sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de junio de 2001 —RJ 125/2001—), admitiéndose doctrinal y jurisprudencialmente como requisitos de validez del autocontrato cuando este se admite por el principal o dueño del negocio, o bien, cuando existe una ausencia de conflicto de intereses, doctrina proveniente del artículo 1935 del Código Civil italiano que consagra la anulabilidad del contrato que el representante concluye consigo mismo en su propio nombre o como representante de otra parte, salvo autorización del principal o inexistencia de conflicto de intereses.

El autocontrato, en sentido estricto, se produce en este caso analizado ya que una misma persona (administrador único de la sociedad representada) contrata consigo mismo como parte interesada (socio de la sociedad que se pretende constituir). La cuestión reside, ante la ausencia de autorización al efecto por parte de la sociedad representada a su administrador si dicho autocontrato es válido en función de si se considera o no la contradicción de intereses a los que hacíamos referencia, como presupuesto de eficacia del autocontrato.

A este respecto, ya hemos visto que puede admitirse la concurrencia de un conflicto de intereses entre los socios de la sociedad que se pretendía constituir inherente a la propia condición de socios de una sociedad, por los motivos antes expuestos. Pero a la misma vez, ha de observarse desde otro plano la contradicción de intereses. Dicho escenario conflictual es el que nos puede ofrecer la relación de representación orgánica del compareciente con la sociedad representada.

Pero para admitir la existencia de un autocontrato en este caso también es necesario tener presente —*a priori*— que el actuante lo ha de realizar dentro de los límites del poder que tiene conferido, o sea, dentro de su ámbito de actuación de representante orgánico, entendido el mismo, como un poder cuyo contenido viene prefijado por la Ley, siendo la representación orgánica como afirma la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 24 de noviembre de 1998 (RJ 1998/9448): «...el instrumento a través del cual el ente societario manifiesta expresamente la voluntad social y ejecuta los actos necesarios para el desenvolvimiento de sus actividades; es el propio ente el que actúa, siendo, por tanto, un elemento imprescindible de su estructura y conformación funcional, y sus actos directamente vinculantes para el órgano actuante, por lo que, en puridad, no puede afirmarse que exista una actuación alieno nomine, sino que es la propia sociedad la que ejecuta sus actos a través del sistema de actuación legal y estatutariamente establecido (autoeficacia); de esta naturaleza peculiar derivan, a su vez, las características que la definen: Actuación vinculada, competencia exclusiva del órgano, determinación legal del poder representativo mínimo eficaz frente a terceros, y supeditación, en todo lo relativo a su existencia y composición, a las decisiones del órgano soberano de manifestación de la voluntad social».

La cuestión suscitada pudo haber generado mayor polémica al hilo de las cláusulas de objeto indirecto reguladas en el artículo 117.4 del Reglamento del Registro Mercantil de 1989, desaparecido tras la reforma de 1995 (13). De ahí que entendamos que en la actualidad deba seguir considerándose como acertada la doctrina asentada por el Centro Directivo que entiende facultado al órgano de

(13) Vid., al respecto, MASSAGUER FUENTES, *La doctrina de la DGRN en torno a la mención estatutaria relativa al objeto social: un primer balance a la aplicación del artículo 117 del Reglamento del Registro Mercantil*, Aranzadi Civil-Mercantil, vol. II (Estudio), 1993.

administración para fundar sociedades y constituir filiales, según su Resolución de 6 de diciembre de 1954 (RJ 1954/2970) y en su también Resolución de 18 de mayo de 1986 (RJ 1986/3040) donde se afirmaba lo siguiente:

«Considerando en efecto, que una modesta participación en otra sociedad, aun con objeto diverso de la participante, no justifica, en principio, que haya una modificación del objeto social, sin que por ello se desconozca que a través de adquisiciones escalafonadas de pequeñas participaciones sociales no importantes cuantitativamente se pueda llegar a transformar la esencia de la sociedad, y es que toda esta materia tan delicada por los problemas que conlleva escapa la mayor parte de las veces de la función calificadora del Registrador Mercantil, ya que al faltar un límite objetivo concreto que separe lo lícitamente permitido a los administradores en su actuación social de lo que puede suponer una desviación de su función en perjuicio del interés social o de los socios, tiene su campo más idóneo en el contencioso.

Considerando que no hay que olvidar que toda participación en otra sociedad supone por su propia naturaleza una forma de inversión, y que el mismo legislador español autoriza tales tipos de inversiones a fin de desarrollar el mercado de valores, y por último, que cuando estas aparezcan en conexión con un elemento cuantitativo del objeto social debe ser consentida al igual que si existe una ligazón económica y una tal comunidad de intereses que confiere a la adquisición o suscripción de acciones un carácter funcional respecto al logro de la sociedad participante, como ocurrió en el supuesto que motivó la Resolución de 6 de diciembre de 1954 (RJ 1954/2970).

Considerando, en definitiva, que como declaró la mencionada Resolución, el objeto de una sociedad constituye su razón de ser y delimita las atribuciones del órgano representativo, pero no puede calificarse con criterio estrecho, que impediría a una sociedad, sin tener que modificar sus estatutos a través de una nueva que a tales fines se crea, obtener logros análogos a sus fines —en este caso concreto, relacionados con la administración del patrimonio propio o ajeno— decididos por el órgano de gestión, todo lo cual no ha de confundirse con la ampliación de operaciones reguladas en el artículo 86, y en el presente caso sigue inalterado el objeto o fin primordial de la Sociedad fundadora, no es importante su aportación —80.000 ptas.—, en relación con el volumen de capital con que cuenta para sus fines, y que admitida la inversión de fondos sociales en la adquisición de acciones de otra sociedad el resultado práctico sería el mismo, pues por este medio indirecto se pueden crear lazos de dependencias y subordinación de empresas que por conservar su respectiva personalidad jurídica, el artículo 149 de la Ley de Sociedades Anónimas las exime de requisitos especiales».

Por ello, y pese a la ausencia de más datos específicos al respecto, podemos asumir en este caso la validez inicial de lo actuado por el órgano de administración de la sociedad fundadora a los efectos de su análisis posterior acerca de la legalidad de lo ejecutado desde el punto de vista de la autocontratación existente (14).

(14) Otra cuestión ajena al presente estudio es el análisis de cuándo las situaciones de filialización de actividades pudieran dar lugar a un derecho de separación. A este respecto, la reciente sentencia del Tribunal Supremo, número 102/2011, de 10 de marzo, ha entendido lo siguiente:

Por el contrario, cuando la previsión estatutaria es realizar «directamente, la distribución de energía eléctrica», la sustitución de la explotación directa por la indirecta, mediante la creación

Pese a lo anterior y por otro lado, para poder salvar la autocontratación presentada ante la ausencia de un conflicto de intereses, hemos de coincidir en que dicha contraposición no se produce en los casos de actuación del nuncio donde este actúa como mero portador de una declaración de voluntad viniendo predeterminado por el representado el objeto del negocio. Es el caso resuelto por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 14 de mayo de 1998 (RJ 1998/4455), donde se estimó válido el supuesto de autocontrato consistente en el poder de los socios fundadores a favor de otro fundador, ya que existía una precisión de facultades conferidas en el poder dentro del ámbito de la representación voluntaria que excluía la contraposición de intereses y por tanto se confirmaba la validez de dicho autocontrato. Sin embargo, como decimos, tal supuesto fue resuelto en el campo de la representación voluntaria y no el de la representación orgánica, como ahora nos ocupa, donde es cierto que el representante orgánico no actúa por cuenta de la persona jurídica representada sino que el representante orgánico actúa como la propia persona jurídica tratándose de un supuesto donde el poder de representación viene predeterminado legalmente y no por la propia persona jurídica, de ahí que entendemos inaplicable al presente caso la valoración de inexistencia de conflicto de intereses resuelta en la referida Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 14 de mayo de 1998.

El análisis de la cuestión nos conduce a la ubicación de la autocontratación efectuada por los administradores sociales como una conducta que ha de enjuiciarse dentro de los deberes fiduciarios de actuación de los administradores sociales, como son el deber de lealtad regulado en el artículo 226 de la Ley de Sociedades de Capital que supone la obligación del administrador de subordinar su propio interés al interés social, así como la prohibición del administrador de utilizar el nombre de la sociedad y de invocar la condición de administrador prevista en el artículo 227 de la Ley de Sociedades de Capital, dentro de la cual se encuentra la prohibición de que el administrador actúe por cuenta propia y a la vez por cuenta de la sociedad en aprovechamiento de su poder de representación, originando así un conflicto de intereses de carácter directo. Ya en el estudio clásico de la representación se había ubicado el problema de la autocontratación como una infracción del deber de lealtad que tenía el representante con el representado (15).

ALFARO ÁGUILA-REAL en un trabajo dedicado específicamente al tema (16) opinaba que «la concreción más “natural” del deber de lealtad es la prohibición de

de un grupo de empresas con unidad de dirección, sujetando la dominada a la dirección de la dominante, supone una «sustitución de la actividad» de la sociedad, aunque el negocio se desenvuelva en el mismo sector de la industria o del comercio y, a la postre, la «sustitución del objeto», con alteración de las bases determinantes en su momento de la affectio societatis, ya que al no alterarse la estructura propia la «sociedad isla», sustituir la «explotación directa» de una explotación industrial por la «explotación de acciones y participaciones» sociales, de hecho supone la pérdida de poder del socio que no participa en la gestión sin contrapartida alguna, hurtándole la posibilidad de impugnar los acuerdos anulables de la participada por falta de legitimación, a tenor de lo que dispone el artículo 117.2 de la Ley de Sociedades Anónimas —hoy 206.2 de la Ley de Sociedades de Capital— al carecer de la condición de socio de la dominada, y comporta la sustitución de reglas del juego que afectan a condiciones esenciales determinantes de la adquisición de la condición de socio».

(15) DIEZ-PICAZO, *La representación...* pág. 108.

(16) ALFARO ÁGUILA-REAL, *La prohibición de autocontratación de los administradores de sociedades anónimas y limitadas*, en http://portal.uam.es/portal/page/portal/UAM_ORGANIZATIVO/Departamentos/AreasDerecho/AreaDerechoMercantil/Investigación.

autocontratación... Hay autocontratación, siempre que se realiza una transacción entre sociedad anónima y sus administradores. El administrador emite dos declaraciones de voluntad: una por cuenta de la sociedad y otra por cuenta propia».

RIBAS (17) analiza la autocontratación dentro de la citada prohibición de utilización del nombre de la sociedad y la invocación de la condición de administrador cuando razona que: «...en otros términos, el supuesto contemplado por la norma se refiere a los casos de autocontratación, ya sea en su variante de autoentrada del administrador, ya en la de doble representación o aplicación (Un ejemplo de autocontratación se contempla en el ATS [1.^a] 2-2-2010] y, con mayor detalle, la SAP de Navarra [3.^a] 31-7-2008, que origina el recurso de casación. La sentencia condena a los administradores de una sociedad que contrata con otra en la que los administradores de la primera son los únicos socios, siendo además administradores de las dos sociedades. Se trata, pues, de un supuesto de autoentrada indirecta, a través de intervención de la segunda sociedad como parte contratante)».

En nuestra jurisprudencia menor, también se encuadra correctamente la prohibición de autocontratación de los administradores sociales dentro de los citados deberes fiduciarios de los administradores. En este sentido, se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, de 29 de abril de 2010 (*JUR* 2010/216061). La cuestión debatida pues, es perfectamente reconducible al cumplimiento del deber de lealtad y más concretamente a la prohibición del administrador de hacer uso del nombre social para realizar operaciones por cuenta propia o de personas vinculadas (arts. 226 y 227 de la Ley de Sociedades de Capital).

Desde esta perspectiva específica de atención a los deberes fiduciarios de los administradores de las sociedades de capital, el supuesto de autocontratación supone una de las claras infracciones a los mismos, ya que la contraposición de intereses nace en el mismo momento del actuar interesado por parte del administrador atendiendo a los suyos estrictamente particulares en pugna con el interés social de la persona jurídica a la que representa. Es decir, el conflicto de intereses genuino y propio de este caso de autocontratación, se manifiesta propiamente y a nuestro juicio, en el mismo instante de la perfección del negocio jurídico efectuado por el administrador sin que haya que esperar a desvelar dicha contradicción de intereses en el desenvolvimiento del negocio jurídico fundacional para observar si esa actuación (que consideramos inicialmente ilícita) se convierte en contraria a los intereses sociales por mor de la primacía que al interés particular propio persiga el administrador con la misma, lo que ha de suponer la aplicación de las consecuencias del artículo 1459.2 del Código Civil, cuando regula la prohibición de compra por parte del mandatario de los bienes que el principal le hubiera encargado administrar o enajenar.

Tradicionalmente, ha sido admitido en nuestra doctrina que la figura de la autocontratación es perfectamente trasladable a la intervención de los administradores sociales en el ámbito de su poder de representación (18), siendo igualmente reconocido doctrinalmente la aplicación de las consecuencias del artículo 1459.2 del Código Civil a los administradores sociales (19).

(17) VICENÇ RIBAS, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, dirs.: Ángel Rojo-Emilio Beltrán, Tomo I, págs. 1629-1630. Editorial Civitas, Thomson Reuters, 2011.

(18) GIRÓN, *Derecho de Sociedades Anónimas*, 1952, 370-1. FERNÁNDEZ DEL POZO, «La sociedad de capital de base personalista», en *Revista General del Derecho*, 1994, 5460.

(19) GARCÍA VALDECASAS, A., «La prohibición de compra a los encargados de vender y administrar en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Revista de Derecho Privado*,

Con todo el problema no termina de solucionarse ya que sentados los anteriores razonamientos y en base a la laguna legal que existe en nuestro Ordenamiento Jurídico en materia de autocontratación, se podría entender que la norma prohibitiva de la autocontratación recogida en el artículo 1459.2 del Código Civil ha de aplicarse estrictamente al supuesto en ella regulado y no a otros casos. Se trata pues del problema de la aplicación analógica o no de dicha norma, así como del que en su caso se derivare al inferir la aplicación de sus consecuencias a otros supuestos de hecho no regulados en la misma en base a los principios generales que se derivan de la misma.

En cuanto a ello y respecto de dicha aplicación analógica, la solución doctrinal no ha sido pacífica al respecto. A favor de la aplicación analógica de la norma se han pronunciado autores como ALBALADEJO (20) y GARCÍA VALDECASAS (21) quien ha entendido que la norma ha de aplicarse a todos aquellos otros supuestos cuyo conflicto de intereses pretende evitar. Díez-PICAZO y GULLÓN (22), con su habitual claridad, afirman que la prohibición debe regir para supuestos análogos cuando dicen que: «Nuestro Derecho positivo no regula el autocontrato. Solo se detectan en el Código Civil y en el de Comercio preceptos cuyos supuestos de hecho coinciden con algunos que son propios de autocontratos (vid., arts. 1459, núms. 1 y 2; 163 del CC, del CCo., art. 267). De ellos puede inferirse lógica y justamente una prohibición, en principio, de la autocontratación, dado que tiende a evitar el conflicto de intereses que se produce entre los propios y personales del afectado por la prohibición y los de los otros por los que ha de velar en virtud de la posición jurídica que ostenta. Existiendo en el autocontrato análoga conflictividad, la prohibición debe regir» (23).

Por otro lado, la prohibición puede argumentarse mediante la integración de la laguna legal con los principios generales aplicables al caso, como afirma Díez-PICAZO (24) al decir que: «...Por ello, el régimen jurídico de la llamada autocontratación constituye en nuestro Derecho Positivo un tema que determina en gran medida una auténtica laguna legal, que es preciso integrar con base en los principios generales. Mas para ello es menester, primero, averiguar cuáles pueden ser estos principios generales». Lo que supone, a nuestro juicio, que haya de entenderse la cuestión desde la interdicción del conflicto de intereses entre representante y representando, o lo que es lo mismo, desde el análisis de los citados límites existentes para la validez del autocontrato.

Por ello, entendemos que la prohibición del artículo 1459.2 del Código Civil ha de ser aplicable en toda su extensión a supuestos ofrecidos por nuestra práctica, diferentes del estrictamente regulado en dicha norma, donde exista un conflicto de intereses entre representante y representado en clara vulneración del

1960, pág. 459; MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, X. 1 (1969), 184; DÍAZ DE ENTRESOTOS, *El autocontrato*, 1990, 75; HERNÁNDEZ MARTÍ, «Consideraciones en torno a la autocontratación de los administradores de las S. A.», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pons*, 1995, 1722-3; GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, 1980, 136; VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, I. 1.º (1991), 661.

(20) ALBALADEJO, «La representación», en *Anuario de Derecho Civil*, 1958. Tomo XI-III, pág. 801.

(21) Vid., *op. cit.*, pág. 458.

(22) Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil* (II). Ed. Tecnos, 1990, pág. 42.

(23) En contra de la aplicación analógica de la prohibición, por ejemplo, HERNÁNDEZ MARTÍ (vid., *op. cit.* pág. 1713) y GARCÍA CANTERO (vid., *op. cit.* pág. 136).

(24) Díez-PICAZO, *La representación...*, pág. 200.

deber de lealtad que escrupulosamente ha de observar el primero en su relación negocial con el segundo, frente a los cuales se precisa una reacción de nuestro Ordenamiento Jurídico. Es decir, el caso de autocontratación del administrador con la sociedad representada como el analizado, ha de ser susceptible de ser calificado como de un autocontrato no permitido ante la evidente contraposición de intereses que ofrece, no solo desde el punto de vista de la relación jurídica compleja propia de los socios de la sociedad que se constituye, sino también desde la actuación del administrador único de la sociedad representada, conflicto de intereses que se refuerza si aún más cabe con la situación que se produce ante el nombramiento del administrador único de la sociedad representada como nuevo administrador único de la sociedad que se constituye (...*Además, se designa como administrador único al mismo compareciente...* Hecho Primero de la Resolución de la DGRN, de 7 de julio de 2011).

Frente a la solución de prohibición del autocontrato llevado a cabo por el administrador social, que consideramos correcta como consecuencia de la aplicación de la regla del artículo 1459.2 del Código Civil, no es menos cierto que ha habido opiniones doctrinales que se han pronunciado en contra de la misma. De esta forma, LLEBOT afirma literalmente que: «...como es sabido, la LSA de 1951, y, por tanto, también la vigente LSA, al abandonar la calificación de mandatarios para los administradores de las sociedades anónimas y adoptar la teoría orgánica, modificó, a nuestro juicio, drásticamente, el régimen al que quedan sometidos los contratos que los administradores concluyan con la propia sociedad. Esta modificación sorprendente, aunque según parece inadvertida, consiste en que en la actualidad, sobre los administradores, ya no pesa la prohibición que establece el artículo 1459.2 del Código Civil, sino que ahora los administradores de las sociedades anónimas deben satisfacer el deber de lealtad derivado, como sabemos, del modelo de conducta del «representante leal» establecido en el artículo 127.1 LSA. El deber de lealtad exige... (no que los administradores se abstengan de celebrar autocontratos —añadimos nosotros— sino) que los administradores se abstengan de obtener cualquier beneficio personal a expensas de la sociedad...».

Una reacción frente a esta postura fue excepcionalmente realizada por ALFARO (25) al plantear el problema de la consecuencia del autocontrato del administrador social del siguiente modo: «La opción por la prohibición es la opción clásica del Derecho de Obligaciones que se encuentra en los Códigos. La segunda es la “opción moderna”, que se encuentra, sobre todo, en el Derecho norteamericano. Algún autor [LLEBOT], tal vez indebidamente influido por este, ha afirmado lo propio para el Derecho español, argumentando que la prohibición de autocontratación pesa sobre los mandatarios y que los administradores son —en último extremo— mandatarios, pero que la imposición a los administradores de los deberes de lealtad —el art. 127 LSA— permite afirmar que dichos deberes sustituyen a la prohibición de autocontratación —1459 CC y 267 CCo.— de forma que como el deber de lealtad no exige prohibir la autocontratación sino, simplemente, asegurarse de que los administradores no obtienen beneficios a expensas de la sociedad, la “nueva” solución legal debe ser la de someter a control estos autocontratos para asegurar su carácter equilibrado pero no prohibirlos. Nosotros no estamos de acuerdo. Creemos que la vieja regla del Código Civil y de comercio es la más eficiente y la más coherente con las normas vigentes. Aunque

(25) Vid., *op. cit.* pág. 10 y sigs.

es cierto que la autocontratación se prohíbe porque cuando una persona actúa en conflicto de intereses hay un riesgo elevado de que haga prevalecer el interés más fuerte (que no es el de la sociedad, sino el propio del administrador) y, por tanto, cause un perjuicio económico a la sociedad, hay poderosas razones para preferir, en punto a la autocontratación, una protección procedimental a una de control de contenido».

ALFARO defiende tal postura —principalmente— desde la base de que el deber de lealtad implica que cualquier ganancia que el administrador obtenga derivada del autocontrato ha de ser para la sociedad representada, lo que no es posible asegurar *a priori* dado que con el autocontrato no se garantiza si la sociedad necesitaba haber contratado ni tampoco si se realizó con la mejor oferta.

A nuestro juicio los deberes fiduciarios de los administradores sí que exigen la obligación de no incurrir en autocontratación —dada la genuina e inicial contradicción de intereses— sin que baste afirmar que la prohibición societaria solo reside en que los administradores no obtengan ganancia con ello. Ello, se nos antoja, absolutamente complicado no solo en cuanto a su contraste y verificación en la práctica sino también por la difícil reparación que de la situación causada pudiera generarse. Una prohibición preventiva de la cuestión supone velar con una mayor eficacia y *ab initio* por el interés social, como de hecho sucede en el caso general del artículo 1459.2 del Código Civil sobre la relación representante-representado presidida por el deber de lealtad.

Una autorización de la figura en los casos analizados pudiera incentivar un recurso generalizado de la misma para la persecución de fines no propios al contrato social y al cargo de administrador, es decir, fines residentes en la búsqueda del interés particular del administrador social, de ahí que entendamos que la solución ofrecida al caso no se ajuste a los principios generales que del autocontrato podemos aplicar al presente supuesto.

Por último, una breve referencia a las consecuencias del autocontrato inválido citado por los motivos apuntados. La solución no ha de venir dada por la nulidad o anulabilidad del acto, sino que entendemos que la misma ha de ser la que se ofrece para los casos de contratación sin poder, *ex* artículo 1259 del Código Civil (26), es decir, el negocio jurídico quedaría imperfecto en cuanto al despliegue de sus efectos jurídicos, ya que los mismos penden de una *condictio iuris* para su eficacia, como es la ratificación de lo actuado por el principal, que en el ámbito que nos ocupa suele ser, con carácter general, la Junta General de la sociedad.

(26) Díez-PICAZO (*La representación...*, págs. 211 y 212) explica la naturaleza de la invalidez del autocontrato en los casos de autocontratación no permitido (inexistencia de ratificación de lo actuado o presencia de conflicto de intereses) del siguiente modo: «En aquellos casos en que la autocontratación constituya una vulneración del ordenamiento jurídico, se puede discutir cuál es la naturaleza de la invalidez que afecta al acto. ¿Se trata de un acto nulo, anulable o afectado de cualquiera otra suerte de ineficacia? La regla de la nulidad absoluta parece rechazable por impedir la eventual posibilidad de ratificación. En cambio, los criterios de la anulabilidad y de la ineficacia relativa obligan al representado a poner en movimiento el ejercicio de una acción, lo que no parece adecuado frente a un acto que no ha debido en modo alguno afectar a su esfera jurídica.

En términos generales, podemos establecer que el autocontratante que lleva a cabo el acto jurídico fuera de los supuestos permitidos actúa como un falso procurador o como un procurador que se excede respecto de los límites de su poder».

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO: «La representación», en *Anuario de Derecho Civil*, 1958. Tomo XI-III.
 — *Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones*, vol. 2.º *Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales*, 7.ª ed., Bosch, 1982.
- ALFARO ÁGUILA-REAL: *La prohibición de autocontratación de los administradores de sociedades anónimas y limitadas*, en http://portal.uam.es/portal/page/portal/UAM_ORGANIZATIVO/Departamentos/AreasDerecho/AreaDerechoMercantil/Investigación.
- CAPILLA RONCERO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XXI, vol. 1.º *Revista de Derecho Privado*, 1986.
- DE CASTRO Y BRAVO: «El autocontrato en el Derecho Privado español», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1927, 20, en *Estudios jurídicos del profesor Federico de Castro*. Tomo I. Centro de Estudios Registrales, 1997.
- GIRÓN TENA: *Derecho de Sociedades Anónimas*, 1952.
 — *Derecho de Sociedades*. Tomo I, Madrid 1976.
- DÍEZ-PICAZO: *La representación en el Derecho Privado*, Civitas, 1979.
 — *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, I*. Editorial Thomson-Civitas, 6.ª ed., 2008.
 — *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II. Las Relaciones Obligatorias*, Thomson-Civitas, 6.ª ed., 2008.
- DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil (II)*, Ed. Tecnos, 1990.
- FERNÁNDEZ DEL POZO: «La sociedad de capital de base personalista», en *Revista General del Derecho*, 1994.
- GARCÍA CANTERO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, 1980.
- GARCÍA VALDECASAS, A.: «La prohibición de compra a los encargados de vender y administrar en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Revista de Derecho Privado*, 1960.
- HERNÁNDEZ MARTÍ: «Consideraciones en torno a la autocontratación de los administradores de las S. A.», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pons*, 1995.
- MANRESA: *Comentarios al Código Civil español*, X. 1 (1969).
- MASSAGUER FUENTES: *La doctrina de la DGRN en torno a la mención estatutaria relativa al objeto social: un primer balance a la aplicación del artículo 117 del Reglamento del Registro Mercantil*, Aranzadi Civil-Mercantil, vol. II (Estudio), 1993.
- PAZ-ARES, *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1993. Tomo II.
- RIBAS, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, dirs. Ángel ROJO-Emilio BELTRÁN. Tomo I. Editorial Civitas, Thomson Reuters, 2011.
- VICENT CHULIÁ: *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, I. 1.º, 1991.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de octubre de 1986 (*RJ* 1986/5230).
 Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de junio de 1991 (*RJ* 1991/4528).
 Sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de junio de 2001 (*RJ* 125/2001).
 Sentencia del Tribunal Supremo, número 102/2011, de 10 de marzo.
 Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, de 29 de abril de 2010 (*JUR* 2010/216061).

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 9 de marzo de 1943 (Ar. 342).

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, 6 de diciembre de 1954 (*RJ* 1954/2970).

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 9 de mayo de 1978 (Ar. 2493).

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 18 de mayo de 1986 (*RJ* 1986/3040).

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 24 de noviembre de 1998 (*RJ* 1998/9448).

Resolución de la Dirección General, de 14 de mayo de 1998 (*RJ* 1998/4455).

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 7 de julio de 2011 (*BOE*, núm. 191, de 10 de agosto de 2011).

RESUMEN

FUNDACIÓN DE SOCIEDADES AUTOCONTRATACIÓN

El caso visto por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 7 de julio de 2011, analiza el recurso contra la calificación del registrador que estimó la existencia de un supuesto de autocontratación no permitido el hecho de que una persona física concurriera en la constitución de una sociedad en su propio nombre y derecho como socio, así como en su calidad de administrador de otra sociedad representándola como socio de la nueva sociedad, dándose también la circunstancia de que dicho administrador único de la sociedad representada se nombraba también administrador único de la sociedad constituida. El Centro Directivo revocó la nota del registrador al estimar la inexistencia de autocontrato inválido en este supuesto, lo cual ha de valorarse desde la apreciación del conflicto de intereses presente.

ABSTRACT

COMPANY FOUNDATION SELF-HIRING

The Directorate-General of Registries and Notarial Affairs' decision of 7 July 2011 concerns an appeal against a registrar's decision on self-hiring. In the case at issue, an individual took part in the organization of Company A in his own name and right as a shareholder and in his capacity as the director and representative of another company, Company B, which was also a shareholder in Company A. It also so happened that the said sole director of Company B appointed himself sole director of Company A as well. The registrar who scrutinized the application for registration decided that this situation constituted an instance of self-hiring. The Directorate-General revoked the registrar's note, finding that there was no invalid self-hiring contract in this case, and that the case had to be assessed on the basis of whether there were or were not any conflicts of interests.

3. URBANISMO

*LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 20 DEL TEXTO REFUNDIDO
DE LA LEY DEL SUELO POR EL REAL DECRETO-LEY 8/2011,
EN MATERIA DE DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA Y SU INCIDENCIA
SOBRE LA DOCTRINA TRADICIONAL DE LA DIRECCIÓN GENERAL*

por

EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN

Abogado

RESOLUCIÓN de 4 de mayo de 2011, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

SUMARIO: I. HECHOS.—II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.—III. COMENTARIOS: 1. PLANTEAMIENTO. 2. EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL SUELO DE 1992 Y LA LEY DE 1998. 3. LA REDACCIÓN INICIAL DEL ARTÍCULO 19 DE LA LEY DEL SUELO DE 2007 Y 20 DE SU TEXTO REFUNDIDO DE 2008. 4. LA REDACCIÓN ACTUAL DEL ARTÍCULO 20 DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL SUELO DE 2008: A) *Requisitos de la declaración de obra nueva en construcción*. B) *Requisitos de la declaración de obra nueva terminada*. C) *Constatación registral de finalización de la obra*. D) *Declaración de obras antiguas o de edificios «fuera de ordenación»*.—IV. CONCLUSIÓN.

I. HECHOS

PRIMERO. El día 24 de noviembre de 2010 se autoriza una escritura pública por la que se declara una obra nueva sobre determinada finca.

SEGUNDO. Presentada copia autorizada de dicha Acta en el Registro de la Propiedad, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «(...) Primero.—Se ha presentado en este Registro escritura pública (...) por la que don (...) declara una obra nueva sobre la finca número (...). Segundo.—En el día de la fecha, el documento al que se refiere el apartado anterior (presentado en el Libro Diario con el número de asiento más arriba indicado) ha sido calificado por el Registrador que suscribe apreciando la existencia de defectos que impiden la solicitud de inscripción, con arreglo a los siguientes fundamentos jurídicos. Primero.—Con arreglo al párrafo primero del artículo 18 de la LH, los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas, la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas. Segundo.—En el presente caso ha de tenerse en cuenta que el artículo 27 del Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía (aprobado por Decreto 60/2010, de 16 de marzo), establece que: “Sin perjuicio de los demás requisitos que resulten de la legislación reguladora de la edificación, el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el Registro de la Propiedad de la declaración de obra como obra nueva terminada de toda construcción o edificación e instalación exigirá en todo caso: a) La aportación de la preceptiva licencia de ocupación o utilización. b) La

finalización de las obras conforme al proyecto técnico objeto de la preceptiva licencia, acreditada mediante la aportación del correspondiente certificado final de obra expedido por la dirección facultativa de la misma y visado por el Colegio profesional correspondiente, o en el caso de obras promovidas por las Administraciones Públicas, mediante la aportación del acta de recepción de las obras".—El amparo legal de este texto Reglamentario se encuentra en el artículo 20 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo, según el cual: "Tratándose de escrituras de declaración de obra nueva terminada, exigirán, además de la certificación expedida por técnico competente acreditativa de la finalización de esta conforme a la descripción del proyecto, la acreditación documental del cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de esta a sus usuarios y el otorgamiento expreso o por silencio administrativo, de las autorizaciones administrativas que prevea la legislación de ordenación territorial y urbanística". Es decir, de la normativa citada se desprende que, de acuerdo con el Derecho Positivo vigente en estos momentos, la constancia de la declaración de obra nueva terminada, no solo ha de cumplir el requisito de la justificación de la obtención de la licencia para la edificación, sino también que se tienen las licencias necesarias para el uso, ocupación o utilización. La falta de la primera licencia es posible sustituirla mediante la justificación de la prescripción de la infracción a través de los medios del artículo 52 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio. Pero el segundo de los requisitos ha de justificarse también, con independencia del anterior, de tal manera que será necesario que se acompañe la documentación (en caso de no tenerse la licencia especial de ocupación o utilización) que haga que sea posible calificar que respecto del inmueble no es posible que se adopten medidas de disciplina en relación con el uso o utilización del mismo [cfr. art. 8, letra e) del citado Reglamento de Disciplina Urbanística], lo que necesariamente exigirá una declaración expresa en este sentido por parte de los órganos municipales, a quien corresponda el ejercicio de las potestades urbanísticas.—Parte dispositiva. Vistos los artículos citados y demás disposiciones de pertinente aplicación: El Registrador de la Propiedad que suscribe, de conformidad con los cotitulares del Registro de la Propiedad número Uno de Sevilla, acuerda: 1.º Suspender el despacho del título hasta que no se subsanen los defectos apreciados. 2.º Notificar esta calificación en el plazo de diez días hábiles desde su fecha al presentante del documento y al Notario, de conformidad con lo previsto en los artículos 322 de la Ley Hipotecaria, y 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Contra la presente calificación (...) El Registrador (firma ilegible) (...)».

TERCERO. El día 3 de marzo de 2011 el recurrente antedicho presentó recurso contra la calificación mencionada mediante escrito firmado el 25 de febrero de 2011 por el citado fedatario, argumentando en él lo siguiente:

1. Entendió que el amparo legal del artículo 27 del Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía viene dado por el artículo 176 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (BOE de 14 de enero de 2003), como expresamente se recoge en dicho Reglamento, precepto de la Ley andaluza que exige para la inscripción de la obra nueva terminada los requisitos de la aportación de la licencia urbanística y la constancia de la finalización de la obra conforme al proyecto técnico

objeto de la preceptiva licencia, acreditada con la certificación expedida por técnico competente, pero en modo alguno que se justifique la obtención de la licencia de primera ocupación o utilización (concepto este último inexistente antes de dicho Reglamento de Disciplina Urbanística), lo que de suyo implicaría que el Reglamento se ha extralimitado en sus exigencias en relación a lo dispuesto en la Ley acrecentando las mismas, careciendo de base legal para ello; nunca en la citada Ley la ausencia de tal licencia determina la imposibilidad de acceso al Registro de la Propiedad, sino, todo lo más, la sanción pertinente y la imposibilidad de contratar los servicios por las empresas suministradoras (art. 175).

2. El recurrente además alegó que en el caso presente se habían cumplido todos los requisitos del artículo 52 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio. Por tanto, estimaba que si la posible infracción consistente en la omisión de la licencia de obras había prescrito, de igual manera debería de entenderse que la exigencia de la obtención de la licencia de primera ocupación o uso también habría prescrito, ya que el citado artículo no distingue entre licencias de un tipo u otro.
3. Por último, el recurrente manifestó que carece de sentido aplicar el Reglamento de Disciplina Urbanística y, por tanto, la exigencia de la licencia de primera ocupación de su artículo 27, a edificaciones concluidas con anterioridad al texto normativo mencionado en las que no se aprecie que su uso ha sido modificado. La exigencia de dichas licencias a los edificios terminados antes de la entrada en vigor del Reglamento de Disciplina Urbanística implicaría atribuir al mismo unos efectos retroactivos carentes de apoyatura legal, máxime cuando, por lo antes expuesto, es posible apreciar la prescripción de la omisión de las citadas licencias, al no realizar distinción alguna entre las diversas categorías de licencias el meritado artículo 52 del Real Decreto 1093/1997.

CUARTO. El Registrador se mantuvo en su calificación, y emitió informe el día 11 de marzo de 2011, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 18 de la Ley Hipotecaria; 1, 7.c), 8.d) y 27.1 y 3 del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía; 20 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo; 52 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento Hipotecario sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística; 1, 44, 169, 175 y 176 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 19 de abril de 2006, 9 de enero de 2010 y 24 de marzo de 2011.

PRIMERO. Se debate en el presente recurso la inscribibilidad de una escritura de declaración de obra nueva terminada de una casa sita en un municipio perteneciente a la Comunidad Autónoma de Andalucía. En la escritura se protocoliza un certificado catastral descriptivo y gráfico del que resulta que la edificación cuya obra nueva se declara tiene una antigüedad superior a diez años. El Registrador exige que se aporte la licencia de primera ocupación que demanda

el Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía. El recurrente alega que hay una extralimitación reglamentaria en dicho texto normativo ya que la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, no impone tal requisito para la inscripción de la obra nueva en el Registro de la Propiedad; además, entiende que no es necesaria tal licencia de primera ocupación porque dada la antigüedad de la construcción cualquier infracción urbanística estaría prescrita y, por último, alegó que el mencionado Reglamento de Disciplina Urbanística no era de aplicación a las edificaciones terminadas antes de la entrada en vigor del mismo en las que no se aprecie que su uso ha sido modificado.

SEGUNDO. Por lo que se refiere a la exigencia de aportar la licencia de primera ocupación mantenida por el Registrador en su nota de calificación, este Centro Directivo mantuvo en la Resolución de 24 de marzo de 2011 las siguientes conclusiones: el Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía, en cuyo artículo 27, apartado 1, se dispone que, sin perjuicio de los demás requisitos que resulten de la legislación reguladora de la edificación, el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el Registro de la Propiedad de la declaración como obra nueva terminada de toda construcción o edificación e instalación exigirá en todo caso, además de la finalización de las obras conforme al proyecto técnico objeto de la preceptiva licencia, acreditada mediante la aportación del correspondiente certificado final de obra expedido por la dirección facultativa de la misma y visado por el Colegio profesional correspondiente, o en el caso de obras promovidas por las Administraciones Públicas, mediante la aportación del acta de recepción de las obras, «la aportación de la preceptiva licencia de ocupación o utilización».

TERCERO. En lo referente a la aplicación del repetido Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía a las edificaciones terminadas antes de la entrada en vigor del mismo, este Centro Directivo, en Resoluciones de 9 de enero de 2010 y la mencionada de 24 de marzo de 2011 dispuso que 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, de 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, conclusión que, concurriendo identidad de razón, se ha de extender también a la interpretación del alcance temporal del Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía de 16 de marzo de 2010. Siendo ello así y estando vigente este último texto reglamentario en el momento del otorgamiento de la escritura pública calificada (de fecha 24 de noviembre de 2010), dicho texto reglamentario, así como las normas que desarrolla, deberá ser el canon normativo que se aplique para dilucidar la cuestión de fondo planteada. En este punto el recurso debe ser desestimado.

CUARTO. Sin embargo, en el presente caso se ha acreditado, mediante certificación catastral descriptiva y gráfica, que la construcción de la edificación declarada se efectuó en 1997, por lo que debe entenderse aplicable el régimen previsto en el artículo 52 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento Hipotecario para la inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, conforme al cual podrán inscribirse las declaraciones de obra nueva correspondientes a edificaciones terminadas cuando se pruebe, entre otros medios, por certificación

catastral que la terminación de la obra, con la descripción incorporada al título, se produjo en fecha determinada anterior al plazo previsto por la legislación aplicable para la prescripción de la infracción en que hubiera podido incurrir el edificante, y sin que conste en el Registro la práctica de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca que haya sido objeto de edificación. Este precepto parte de la idea de que el plazo de prescripción cuya causa de interrupción no se haya llevado a tiempo al Registro de la Propiedad actúa, a efectos registrales, como un plazo de caducidad. Se trata de un mecanismo legal semejante al acogido en el artículo 177 del Reglamento Hipotecario y ahora también en el artículo 82 de la Ley Hipotecaria, reformado por la Ley 24/2001. Actualmente en Andalucía el plazo de prescripción para las infracciones urbanísticas graves y muy graves es de cuatro años, sin perjuicio de lo regulado en el artículo 185 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, para la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística (cfr. art. 85 del Reglamento de Disciplina Urbanística). La Resolución de 21 de marzo de 2003 confirmó el criterio de que el Registrador no ha de exigir la prueba adicional negativa de que no se ha interrumpido la prescripción, por lo que le es exigible cierta diligencia a la Administración para solicitar a tiempo al Registrador la anotación preventiva de incoación del procedimiento de disciplina urbanística. En consecuencia, el citado artículo 52 del Real Decreto 1093/1997, que dispensa del requisito de la aportación de la licencia de obras a que se refiere el artículo 46 del mismo Real Decreto 1093/1997, debe exonerar por identidad de razón (prescripción de una eventual infracción urbanística en que hubiere podido incurrir el edificante) de la exigencia, a los efectos de la inscripción registral de la obra nueva, de la licencia de ocupación, pues su objeto no es otro que el de verificar la adecuación urbanística de las obras ejecutadas a la licencia otorgada, y a la normativa y ordenación urbanística aplicable en cuanto al uso previsto para el edificio [cfr. art. 7.c) del Decreto 60/2010, de 16 de marzo]. Por tanto, este motivo de suspensión no puede ser confirmado.

QUINTO. Por último, en lo relativo a la cuestión de si existe una extralimitación reglamentaria en el Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía, procede señalar: *a)* La exigencia de la licencia de primera ocupación del artículo 27 del citado Reglamento no supone novedad alguna respecto de lo establecido en la propia Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía 7/2002, de 17 de diciembre, ya que su artículo 169, número 1.e) dispone que están sujetos a previa licencia urbanística municipal los actos de construcción o edificación y, en particular, entre otros, «la ocupación y la primera utilización de los edificios»; *b)* El mismo Reglamento se apoya en la propia habilitación que el artículo 20 del Texto Refundido de Ley del Suelo de 2008 hace a la normativa autonómica, sin que necesariamente la regulación esté en este punto necesitada de rango de Ley autonómica (cfr. Resolución de 24 de marzo de 2011); y *c)* La Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía 7/2002, de 17 de diciembre de 2002, en concreto en su artículo 176, en lo que se refiere al otorgamiento de escrituras y su inscripción, debe considerarse modificada por el artículo 20 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio de 2008, no solo por ser posterior, sino por tratarse de materia (instrumentos públicos y Registros de la Propiedad) competencia del Estado.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación del Registrador.

III. COMENTARIOS

1. PLANTEAMIENTO

La cuestión que se plantea en el supuesto de hecho contemplado por la Resolución gira en torno a la exigibilidad o no de la licencia de primera ocupación para la inscripción de la declaración de obra nueva. El problema surge de la interpretación del artículo 20 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio (que reproduce el art. 19 de la Ley 8/2007, de Suelo). Dicho precepto se encontraba redactado en términos muy generales, como corresponde a una Ley estatal encaminada a regular una materia que descansa en gran medida bajo la competencia de las comunidades autónomas y, por lo tanto, debe procurar dictar normas que puedan adaptarse a la regulación particular de todas y cada una de ellas.

En este contexto resulta difícil para el legislador estatal llamar a las cosas por «su» nombre, sencillamente porque hay cosas que no tienen un solo nombre pues las legislaciones autonómicas no suelen ponerse de acuerdo en elegir una denominación común para sus instituciones. Al comparar algunas de las leyes urbanísticas de distintas comunidades autónomas nos topamos incluso en ocasiones con términos o expresiones homónimas pero con diferentes significados.

A pesar de ello, son de agradecer los constantes esfuerzos del legislador estatal para adaptarse al conjunto normativo del territorio al que destina sus normas. El citado artículo 20 del Texto Refundido de la Ley del Suelo es un buen ejemplo de este empeño, si bien ha dado lugar a discusiones doctrinales que han obligado con frecuencia a la Dirección General de los Registros y del Notariado a ofrecer una interpretación dirimente.

El objeto de este comentario es el examen comparativo de las diferentes redacciones de este precepto hasta llegar a la redacción actual, vertida por el Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, circunscribiéndonos al debate contemplado por la presente Resolución: la exigibilidad de la licencia de primera ocupación. El nombre de esta licencia varía según la legislación autonómica aplicable, si bien las denominaciones más frecuentes son la de licencia de primera ocupación o simplemente licencia de ocupación o utilización. Encontramos la misma variedad al examinar el contenido concreto que se atribuye a esta licencia: algunas leyes autonómicas incluyen dentro del mismo la tradicionalmente conocida como cédula de habitabilidad, mientras que en otras esta última constituye un instrumento independiente. No obstante, en términos generales puede decirse que la licencia de primera ocupación tiene por finalidad verificar la adecuación urbanística de las obras ejecutadas a la licencia otorgada, y a la normativa y ordenación urbanística aplicable en cuanto al uso previsto para el edificio. El Tribunal Supremo ha configurado su objeto especificando que corresponde a esta licencia comprobar el cumplimiento de las condiciones impuestas en la licencia de edificación, la conformidad de la obra con el proyecto aprobado y la idoneidad del edificio para servir al uso previsto por el planeamiento por reunir las condiciones necesarias de seguridad y salubridad (1).

(1) Véanse, por ejemplo, las sentencias de 8 de noviembre de 2003 y la de 21 de julio de 2001.

2. EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL SUELO DE 1992 Y LA LEY DE 1998

Fue la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, la primera en superponer la regulación estrictamente urbanística sobre la notarial y la hipotecaria, incluyendo una norma dirigida a notarios y registradores, a quienes impuso el deber de comprobar el concurso de los requisitos urbanísticos de la declaración de obra nueva para la autorización e inscripción de las correspondientes escrituras. La misma norma fue recogida después por el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 y más tarde, con algunas matizaciones, el artículo 22 de la Ley del Suelo y Valoraciones de 1998. Decía este último precepto lo siguiente:

«Los notarios y registradores de la propiedad exigirán para autorizar o inscribir, respectivamente, escrituras de declaración de obra nueva terminada, que se acredite el otorgamiento de la preceptiva licencia y la expedición por técnico competente de la certificación de finalización de la obra conforme al proyecto objeto de la misma.

Para autorizar e inscribir escrituras de obra nueva en construcción, a la licencia de edificación se acompañará certificación expedida por técnico competente de que la descripción de la obra se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la licencia. En este caso, el propietario deberá hacer constar la terminación mediante acta notarial que incorporará la certificación de finalización de la obra antes mencionada.

Tanto la licencia como las mencionadas certificaciones deberán testimoniarse en las correspondientes escrituras».

Unánimemente se interpretó esta norma en el sentido de entender que se limitaba a exigir la licencia de obras o de edificación (junto con la certificación técnica respectiva), y ello tanto para las obras comenzadas como para las construidas, considerándose que no aludía en modo alguno a la licencia de primera ocupación.

3. LA REDACCIÓN INICIAL DEL ARTÍCULO 19 DE LA LEY DEL SUELO DE 2007 Y 20 DE SU TEXTO REFUNDIDO DE 2008

El artículo 20 del vigente Texto Refundido de la Ley del Suelo (Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio), reproduciendo el contenido del artículo 19 de la Ley del Suelo de 2007, realiza algunos cambios en la redacción de la norma:

- «1. Para autorizar escrituras de declaración de obra nueva en construcción, los notarios exigirán, para su testimonio, la aportación del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que requiera la obra según la legislación de ordenación territorial y urbanística, así como certificación expedida por técnico competente y acreditativa del ajuste de la descripción de la obra al proyecto que haya sido objeto de dicho acto administrativo.

Tratándose de escrituras de declaración de obra nueva terminada, exigirán, además de la certificación expedida por técnico competente acreditativa de la finalización de esta conforme a la descripción del proyecto, la acreditación documental del cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega

de esta a sus usuarios y el otorgamiento, expreso o por silencio administrativo, de las autorizaciones administrativas que prevea la legislación de ordenación territorial y urbanística.

2. Para practicar las correspondientes inscripciones de las escrituras de declaración de obra nueva, los registradores exigirán el cumplimiento de los requisitos establecidos en el apartado anterior».

Salta a la vista, en primer lugar, que el precepto ya no habla directamente de licencia de edificación, sino de lo que califica como el «acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que requiera la obra según la legislación de ordenación territorial y urbanística» para las obras en construcción, y de «las autorizaciones administrativas que prevea la legislación de ordenación territorial y urbanística», para las obras terminadas, añadiendo además para estas, «la acreditación documental del cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de esta a sus usuarios».

La nueva terminología empleada por la legislación estatal suscitó en su momento dudas sobre la exigibilidad o no de la acreditación de la obtención de la licencia de primera ocupación a los efectos de la autorización e inscripción de la declaración de obra nueva terminada. Algunas normas autonómicas así lo requerían de manera expresa (2), pero el problema seguía vigente respecto de las que no lo hacían. Es este el punto central de varias Resoluciones de la Dirección General (3), pudiendo citarse por todas la de 9 de enero de 2010. La argumentación que emplea es la siguiente: la legislación estatal reguladora de la edificación no impone la exigencia debatida como requisito para edificar, ni para la entrega de la edificación a los usuarios —sin perjuicio de las consecuencias que se derivarían de un eventual incumplimiento de las obligaciones de diversa índole que se imponen a los agentes de la edificación—, toda vez que la Ley de Ordenación de la Edificación se limita a establecer en esta materia una norma de remisión a la legislación urbanística aplicable al referirse a la acreditación documental «de las autorizaciones administrativas que prevea la legislación de ordenación territorial y urbanística», que no puede entenderse sino como relativa a la licencia de edificación. Como segundo argumento, esta interpretación se basa también en que el hecho de que la licencia de ocupación tenga por objeto comprobar la adecuación de la obra ejecutada al proyecto para el que fue concedida la licencia municipal de edificación, no significa que deba acreditarse en la escritura de declaración de obra nueva —o en el acta de finalización de la misma— la obtención de aquella, pues el artículo 19 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo (y luego el 20 de su Texto Refundido), en términos similares a la Ley 6/1998, de 13 de abril, anteriormente vigente (cfr. art. 22), se limita a exigir que en dicho título se incorpore o testimonie la certificación expedida por técnico competente acreditativa de la finalización de la obra conforme a la descripción del proyecto, certificado cuya finalidad, como declaró el Centro Directivo en su Resolución de 26 de febrero de 1996, es precisamente «la de garantizar, mediante aseveración responsable del técnico especializado, que la obra nueva que pretende acceder al Registro de la Propiedad se ajusta a las condiciones especificadas en la licencia preceptiva, pues

(2) Es el caso de Andalucía, concretamente según el artículo 27.1 del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía, citado por la Resolución objeto de este comentario.

(3) Por ejemplo, las Resoluciones de 9, 10, 12, 13, 15, 17, 18, 19, 20 y 22 de diciembre de 2008, 12 y 13 de enero de 2009 y 9 de enero de 2010.

ello, cuando la licencia se ajustó a su vez a la ordenación urbanística en vigor, supone la incorporación de dicha obra al patrimonio del propietario respectivo (arts. 23 y 37, núm. 1 LS de 2007)».

Por último, se afirma por la Dirección General que «el objeto del Registro de la Propiedad es la publicidad de las situaciones jurídico-reales, y la adquisición del derecho de propiedad sobre la obra nueva se produce por el hecho de haberla construido con cumplimiento de los deberes propios del régimen que corresponda, en los términos dispuestos por la legislación territorial y urbanística (cfr. art. 7.2 de la Ley 8/2007, de Suelo), que no condiciona dicha patrimonialización al hecho de que el promotor acredite la obtención de licencia de ocupación» y que «la norma cuestionada no tiene como finalidad directa la protección de los consumidores sino el control de la legalidad urbanística en lo atinente a los requisitos y condiciones establecidos para edificar».

Por todo ello las Resoluciones citadas concluyen que nada autoriza a realizar una interpretación del artículo 19.1 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, (20 del posterior Texto Refundido) de la que se desprendiera la necesidad de acreditar, en el momento de la autorización de la escritura de declaración de obra nueva otorgada por el promotor —o en el acta de fin de obra—, la previa obtención de la licencia de ocupación y primera utilización. Estas directrices sentadas por el Centro Directivo fueron criticadas por un sector doctrinal que consideraba que quedaba dentro de la redacción y del espíritu del precepto citado de la Ley del Suelo la obligatoriedad de acreditar la obtención de la licencia de ocupación para las obras nuevas terminadas. Puede decirse que esta tendencia doctrinal ha despertado el interés del legislador, que ha realizado después algún intento de clarificar la cuestión, como vamos a ver a continuación.

4. LA REDACCIÓN ACTUAL DEL ARTÍCULO 20 DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL SUELO DE 2008

En los últimos tiempos se produce un cambio de orientación que tuvo una tímida primera manifestación en el Anteproyecto de Reglamento de la Ley del Suelo, que aún no ha visto la luz, y que incluía por primera vez la exigibilidad por notarios y registradores de la acreditación de haberse obtenido la licencia de ocupación o utilización como requisito necesario para cumplir su respectivo ministerio en cuanto a la declaración de obra nueva.

El primer reflejo legislativo definitivo de esta moderna tendencia se encuentra en la nueva redacción del artículo 20 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, introducida por el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio (4). La modificación que introduce es relevante, hasta el punto de afectar sustancialmente el régimen contenido en los artículos 45 a 53 del Real Decreto 1093/1997, que debe entenderse derogado en determinados extremos, lo que obliga a aplicarlo de modo especialmente cuidadoso hasta que sea formalmente modificado para su adaptación a la Ley del Suelo.

(4) 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.

El nuevo artículo 20 del Texto Refundido de la Ley del Suelo establece ahora en sus dos primeros apartados lo siguiente:

- «1. Para autorizar escrituras de declaración de obra nueva en construcción, los notarios exigirán, para su testimonio, la aportación del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que requiera la obra según la legislación de ordenación territorial y urbanística, así como certificación expedida por técnico competente y acreditativa del ajuste de la descripción de la obra al proyecto que haya sido objeto de dicho acto administrativo.
Tratándose de escrituras de declaración de obra nueva terminada, exigirán, además de la certificación expedida por técnico competente acreditativa de la finalización de esta conforme a la descripción del proyecto, los documentos que acrediten los siguientes extremos:
 - a) el cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de esta a sus usuarios, y
 - b) el otorgamiento de las autorizaciones administrativas necesarias para garantizar que la edificación reúne las condiciones necesarias para su destino al uso previsto en la ordenación urbanística aplicable y los requisitos de eficiencia energética tal y como se demandan por la normativa vigente.
2. Para practicar las correspondientes inscripciones de las escrituras de declaración de obra nueva, los registradores exigirán el cumplimiento de los requisitos establecidos en el apartado anterior».

Como se ve, el precepto sigue distinguiendo en su apartado 1 entre las declaraciones de obras nuevas en construcción y terminadas. Vamos a ver ambos supuestos separadamente:

A) Requisitos de la declaración de obra nueva en construcción

Son idénticos a los previstos en la redacción original del precepto, por lo que cabe entender, al igual que a partir de la Ley 8/1990 y del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, que lo único que se requiere para las obras en construcción es acreditar la obtención de la licencia de edificación o de obras y la expedición de la certificación técnica.

Respecto de las licencias, el citado Real Decreto-ley 8/2011 introduce una novedad de gran importancia en su artículo 23, que suprime la posibilidad de obtención de las mismas por silencio administrativo, al dotar a este de un sentido y unos efectos negativos. El apartado 1 de este artículo determina algunos actos de transformación, construcción, edificación y uso del suelo que «requerirán del acto expreso de conformidad, aprobación o autorización administrativa que sea preceptivo según la legislación de ordenación territorial y urbanística», y entre ellos incluye, en la letra b), «Las obras de edificación, construcción e implantación de instalaciones de nueva planta (...)». Como veremos también se encuentran en esta situación las licencias de primera ocupación. El apartado 2 del mismo precepto añade que: «El vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado la resolución expresa legitimará al interesado que hubiere deducido la solicitud para entenderla desestimada por silencio administrativo».

Esta novedad obliga a dar por derogado el Real Decreto 1093/1997 en cuanto se hacía eco de la normativa anterior, en especial su artículo 48.2, que determinaba la forma en que se podía acreditar la obtención de la licencia por acto presunto.

B) Requisitos de la declaración de obra nueva terminada

Es en caso de las obras terminadas donde se establece una nueva regulación. Los extremos a justificar son los siguientes:

- la expedición de la certificación técnica de fin de obra,
- el cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de esta a sus usuarios, y
- el otorgamiento de las autorizaciones administrativas necesarias para garantizar que la edificación reúne las condiciones necesarias para su destino al uso previsto en la ordenación urbanística aplicable y los requisitos de eficiencia energética tal y como se demandan por la normativa vigente.

Los dos primeros requisitos no han experimentado cambio alguno. La certificación expedida por técnico competente debe acreditar la finalización de la obra conforme a la descripción del proyecto. Respecto de la extensión de dicha certificación, debe entenderse vigente lo dispuesto por el artículo 46 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, que circunscribe la tarea del técnico competente a comprobar el ajuste de la descripción de la obra al proyecto «en cuanto a los extremos a que se refiere el artículo anterior», es decir, al número de plantas, la superficie de parcela ocupada, el total de los metros cuadrados edificados y, si en el proyecto aprobado se especifica, el número de viviendas, apartamentos, estudios, despachos, oficinas o cualquier otro elemento susceptible de aprovechamiento independiente.

En cuanto al alcance del «cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de esta a sus usuarios», no hay razón para apartarnos del criterio seguido de manera reiterada por la Dirección General en el sentido de entender que se está haciendo referencia a la entrega del denominado Libro del Edificio al que se refiere el artículo 7 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación y a la constitución del seguro decenal regulado en el artículo 19 de la misma Ley.

Finalmente se exige acreditar «el otorgamiento de las autorizaciones administrativas necesarias para garantizar que la edificación reúne las condiciones necesarias para su destino al uso previsto en la ordenación urbanística aplicable y los requisitos de eficiencia energética tal y como se demandan por la normativa vigente». Aunque el precepto no habla expresamente de la licencia de primera ocupación, sí lo hace el preámbulo del Real Decreto-ley 8/2011, cuando señala que: «Además, se precisan los requisitos de acceso al Registro de la Propiedad de las obras nuevas terminadas, impidiendo que puedan ser objeto de inscripción registral aquellas que (...) no posean la licencia de primera ocupación». Con ello se introduce por primera vez de manera explícita la acreditación de la licencia de primera ocupación para las obras nuevas terminadas y se produce un cambio de rumbo en el criterio tradicional seguido por la Dirección General.

Al igual que en el caso de la licencia de edificación, la obtención de la licencia de primera ocupación solo puede acreditarse mediante resolución expresa, según

el artículo 23 del Real Decreto-Ley mencionado, que excluye también para ella el instituto del silencio positivo.

Por otro lado, llama poderosamente la atención que el apartado 1 del artículo que analizamos en su párrafo segundo, referente a las obras terminadas, omita toda referencia a la licencia de obras o de edificación. ¿Esta omisión se debe a un descuido del legislador? ¿Cabría entender que ya no se considera necesario acreditar su obtención? En principio podría responderse afirmativamente si se piensa que cuando la obra está terminada esta exigencia resultaría redundante, por entender que el otorgamiento de la licencia de edificación ya se encuentra acreditado con la documentación exigible: bien por entender que la licencia de primera ocupación tiene como presupuesto el otorgamiento previo de la licencia de obras o edificación (5), bien porque el certificado técnico de fin de obra acredita que esta se ajusta al proyecto aprobado por la licencia de obras, o bien porque dicha licencia debería constar en el Libro del Edificio. Por el contrario, a favor de la necesidad de acreditar la licencia de edificación o de obras podría encontrarse una interpretación «auténtica» en el preámbulo del Real Decreto-ley 8/2011, que sí se refiere de manera expresa a esta licencia cuando afirma que: «Además, se precisan los requisitos de acceso al Registro de la Propiedad de las obras nuevas terminadas, impidiendo que puedan ser objeto de inscripción registral aquellas que, además de contar con la licencia de obras y la certificación técnica de que la obra se ajusta al proyecto, no posean la licencia de primera ocupación». En todo caso, parece claro que el esfuerzo interpretativo habrá de desplazarse hacia la correspondiente ley autonómica y que, en caso de duda, lo más prudente por parte de notarios y registradores será comprobar que se ha otorgado la licencia de edificación, para lo que, como hemos visto, podrían contar con varios medios indirectos si no se presenta como documento independiente o separado de los demás.

C) Constatación registral de finalización de la obra

Para el caso de que la obra nueva se hubiera inscrito estando en construcción, el artículo 47.1 del Real Decreto 1093/1997 dispone que: «Cuando la obra se hubiere declarado e inscrito en construcción, (...) su finalización deberá hacerse constar por nota al margen de la inscripción. Dicha nota se practicará en virtud de acta notarial en la que cualquiera de los legitimados, conforme a lo dispuesto en este artículo, acredite dicha finalización mediante incorporación de la certificación referida en el apartado 3 del artículo anterior». Este artículo establece una regla general que no parece que deba entenderse derogada, aunque sí matizada por la norma contenida en el nuevo apartado 3 del artículo 20 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, introducida por el citado Real Decreto-ley, que establece lo siguiente:

- «3. En aquellos casos en los que la descripción de la obra terminada no coincida con la que conste en el Registro, por haberse producido mo-

(5) El Tribunal Supremo ha reiterado que para la concesión de la licencia de primera ocupación es preciso que la obra se haya terminado al amparo de licencia de edificación no caducada (por ejemplo, en la sentencia de 4 de diciembre de 1985) y que el objeto de la licencia de primera ocupación es comprobar el cumplimiento de las condiciones impuestas en la licencia de edificación (como vimos).

dificaciones en el proyecto, la constancia registral de la terminación de la obra se producirá mediante un asiento de inscripción, cuya extensión quedará sujeta a lo previsto en el apartado primero en relación con los requisitos para la inscripción de las obras nuevas terminadas».

Por lo demás, parece razonable que para hacer constar la terminación de una obra inscrita durante su construcción deban exigirse los mismos requisitos ya vistos para la inscripción de obra terminada.

D) *Declaración de obras antiguas o de edificios «fuera de ordenación»*

Por último, el apartado 4 del mismo artículo 20 del TRLS añade:

«4. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior (esta referencia debe entenderse hecha al apartado 1), 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».

Se refiere este apartado a lo que el preámbulo del Real Decreto-ley 8/2011 denomina edificio fuera de ordenación, en los siguientes términos: «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. 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». No consideramos apropiado hablar en estos casos de edificios fuera de ordenación, ya que esta denominación no abarca todos los supuestos que la norma regula, al resultar aplicable a edificios que no necesariamente se encuentren en esta situación (6). Tampoco nos convence la calificación que de estas construcciones realiza el Real Decreto 1093/1997, que las regula en su artículo 52 bajo el epígrafe de «otras construcciones», que resulta poco expresivo. Creemos que es más apropiado referirse a este supuesto simplemente como declaración de obra antigua, dado el amplio espacio de tiempo que media entre la construcción y la constatación de la obra en el Registro.

La cuestión que se plantea en la Resolución comentada sobre este particular consiste en si la documentación necesaria para la inscripción de las obras antiguas suple no solo la falta de la licencia de obras sino también la falta de la licencia de ocupación o utilización. A la vista de la nueva regulación del artículo 20 del Texto Refundido de la Ley del Suelo estatal, cobra más sentido la argumentación de la Resolución comentada sobre este extremo; la solución que parece imponerse es la positiva porque la nueva norma resulta aplicable, según hemos visto al referirnos al preámbulo del Real Decreto-ley 8/2011, a los edificios que se encuentren en situación de fuera de ordenación, sanando de este modo todos los obstáculos que en principio deberían impedir su acceso al Registro y, entre ellos, también la falta de la licencia de primera ocupación. Los peligros que encierra la posibilidad de inscripción de estos edificios quedan salvados en gran medida por la obligación del Registrador contenida en el último apartado del artículo 20 de la Ley del Suelo, de dar cuenta al Ayuntamiento de haberse practicado, y, sobre todo, por la novedosa obligación que el mismo Real Decreto-ley impone a los Ayuntamientos proceder a la anotación preventiva de la incoación de los expedientes de disciplina urbanística en determinadas actuaciones (entre ellas las declaraciones de obra nueva), anotación que antes tenía carácter meramente potestativo para la corporación y apenas se verificaba, a pesar de su finalidad práctica de impedir la inscripción de la obra antigua. Así se desprende del nuevo artículo 53.1 y 2 y del párrafo segundo del apartado 2 del artículo 51 de la Ley del Suelo.

Las novedades más importantes introducidas por el reiterado Real Decreto-Ley son, por un lado, la exigencia de que los documentos acreditativos de la terminación de la obra en fecha determinada contengan una descripción coincidente con el título, lo que es lógico y además induce a pensar que la enumeración de documentos que pueden servir a este fin sea taxativa. Por otro lado, además de la comprobación por el registrador de la inexistencia de la anotación preventiva a la que nos hemos referido, se añade la de no encontrarse la construcción en suelo demanial y no estar afectado por servidumbres de uso público general. También como novedad, debe exigir la aportación del acto administrativo mediante el cual se declare la situación de fuera de ordenación con la delimitación de su contenido y hacer constar esta situación en el asiento de inscripción.

(6) El concepto de fuera de ordenación de los edificios varía en unas comunidades autónomas y 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.

IV. CONCLUSIÓN

Las nuevas tendencias legislativas manifestadas en el Real Decreto-ley 8/2011 suponen un cambio de orientación respecto de la interpretación realizada por la Dirección General acerca de los requisitos para la inscripción de la declaración de obra nueva, al reflejar normativamente por primera vez el sentir de un amplio sector doctrinal y del que se hicieron eco algunos registradores originándose con ello un gran número de recursos que dieron lugar a otras tantas resoluciones. Así, por un lado, se exige de manera explícita para las obras nuevas terminadas la obtención de la licencia de primera ocupación, que según aquella parte de la doctrina se encontraba implícita en la legislación entonces vigente. Por otro lado, se elimina la antigua posibilidad de obtención por silencio de las licencias de obras o edificación y de las licencias de primera ocupación o utilización, extremo que según la Dirección General podía acreditarse incluso mediante la presentación de la resolución denegatoria extemporánea. Finalmente, cabe entender que el cumplimiento de todos los requisitos establecidos para la inscripción de las obras antiguas o «fuera de ordenación» libera al interesado de la acreditación tanto de la licencia de obras como de la de primera ocupación.

RESUMEN

OBRA NUEVA
LICENCIA DE PRIMERA
OCUPACIÓN
FUERA DE ORDENACIÓN

En este comentario se examinan las implicaciones de la reforma de la Ley del Suelo recientemente operada sobre la doctrina tradicional de la Dirección General de los Registros y del Notariado, relativa a los requisitos para la inscripción de las declaraciones de obra nueva, especialmente en cuanto a la exigibilidad de la licencia de primera ocupación y a la inscripción de edificios fuera de ordenación.

ABSTRACT

NEW CONSTRUCTION
FIRST-OCCUPANCY PERMIT
NON-COMPLIANCE WITH ZONING
LAWS PASSED AFTER
CONSTRUCTION

The recent Land Act reform has had implications for the legal stance traditionally taken by the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs regarding requirements for the registration of declarations of new construction, especially with respect to the needfulness of a first-occupancy permit and the registration of buildings that fail to comply with zoning laws that were passed after their construction.

ACTUALIDAD JURÍDICA

I. Información legislativa

NORMAS ESTATALES

CORTES GENERALES

— Resolución de 23-8-2011. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 9/2011, de 19-8-2011, de medidas para la mejora de la calidad y cohesión del Sistema Nacional de Salud, de contribución a la consolidación fiscal y de elevación del importe máximo de los avales del Estado para 2011.

— Resolución de 15-9-2011. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 10/2011, de 26-8-2011, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo.

— Resolución de 15-9-2011. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 12/2011, de 26-8-2011, por el que se modifica la Ley 1/2000, de 7-1-2000, de Enjuiciamiento Civil, para la aplicación del Convenio Internacional sobre el embargo preventivo de buques y se regulan competencias autonómicas en materia de policía de dominio público hidráulico.

— Resolución de 22-9-2011. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 14/2011, de 16-9-2011, de medidas complementarias en materia de políticas de empleo y de regulación del régimen de actividad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

— Resolución de 22-9-2011. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 13/2011, de 16-9-2011, por el que se restablece el IP, con carácter temporal.

— Resolución de 20-10-2011. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 16/2011, de 14-10-2011, por el que se crea el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito.

JEFATURA DEL ESTADO

- Reforma del artículo 135 de la Constitución Española, de 27-9-2011.
- Ley Orgánica 12/2011. 22-9-2011. Modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1-7-1985, del Poder Judicial.
- Ley 28/2011. 22-9-2011. Procede a la integración del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen General de la Seguridad Social.
- Corrección de errores. Ley 28/2011. 22-9-2011. Procede a la integración del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen General de la Seguridad Social.
- Ley 29/2011. 22-9-2011. Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo.
- Ley 30/2011. 4-10-2011. Creación del Consejo General de Economistas (unificación de las organizaciones colegiales de economistas y de titulares mercantiles).
- Ley 31/2011. 4-10-2011. Modifica la Ley 35/2003, de 4-11-2003, de Instituciones de Inversión Colectiva.
- Ley 32/2011. 4-10-2011. Modifica la Ley 24/1988, de 28-7-1988, del Mercado de Valores.
- Ley 33/2011. 4-10-2011. General de Salud Pública.
- Ley 34/2011. 4-10-2011. Reguladora del Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía.
- Ley 35/2011. 4-10-2011. Titularidad compartida de las explotaciones agrarias.
- Ley 36/2011. 10-10-2011. Reguladora de la jurisdicción social.
- Ley 37/2011. 10-10-2011. Medidas de agilización procesal.
- Ley 38/2011. 10-10-2011. Reforma de la Ley 22/2003, de 9-7-2003, Concursal.
- Real Decreto-ley 13/2011. 16-9-2011. Restablece el IP con carácter temporal.
- Real Decreto-ley 14/2011. 16-9-2011. Medidas complementarias en materia de políticas de empleo y de regulación del régimen de actividad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.
- Real Decreto-ley 16/2011. 14-10-2011. Crea el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito.
- Real Decreto 1329/2011. 26-9-2011. Disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones.
- Instrumento de Adhesión de España al Protocolo facultativo sobre la jurisdicción obligatoria para la solución de controversias de la Convención de Viena sobre relaciones consulares, hecho en Viena el 24-4-1963.
- Corrección de errores. Ley 26/2011. 1-8-2011. Adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

— Corrección de errores. Ley 27/2011. 1-8-2011. Actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

— Real Decreto 1276/2011. 16-9-2011. Adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.

— Real Decreto 1308/2011. 26-9-2011. Protección física de las instalaciones y los materiales nucleares, y de las fuentes radiactivas.

— Real Decreto 1309/2011. 26-9-2011. Convoca elecciones locales parciales 2011.

— Corrección de errores. Real Decreto 1309/2011. 26-9-2011. Convocan elecciones locales parciales 2011.

— Real Decreto 1498/2011. 21-10-2011. En ejecución de sentencia, se integran en la Administración del Estado los medios personales y materiales trasladados a la Comunidad Autónoma de Andalucía por el Real Decreto 1666/2008, de 17-10-2008.

— Orden 2571/2011. 22-9-2011. Regula el número de identificación de las publicaciones oficiales.

— Orden 2767/2011. 6-10-2011. Calendario del periodo de la hora de verano correspondiente a los años 2012 a 2016.

— Orden 2915/2011. 28-10-2011. Acuerdo del Consejo de Ministros de 28-10-2011, por el que se establecen obligaciones de servicio público al prestador del servicio postal universal en las elecciones a CG y en las elecciones locales parciales.

— Corrección de errores. Real Decreto Legislativo 1/2011. 1-7-2011. Aprueba el TR de la Ley de Auditoría de Cuentas.

MINISTERIO DE JUSTICIA

— Real Decreto 1218/2011. 5-9-2011. Establece la separación de juzgados de primera instancia e instrucción en juzgados de primera instancia y de instrucción en los partidos judiciales de Telde, San Bartolomé de Tirajana (Las Palmas) y Torrejón de Ardoz (Madrid).

— Real Decreto 1273/2011. 16-9-2011. Modifica el Real Decreto 467/2006, de 21-4-2006, por el que se regulan los depósitos y consignaciones judiciales en metálico, de efectos o valores.

— Real Decreto 1489/2011. 24-10-2011. Modifica la planta judicial del partido judicial de León, en ejecución de la sentencia de 30-5-2011, de la Sala 3.^a del TS, por la que se anulan parcialmente determinados artículos del Real

Decreto 819/2010, de 25-6-2010, por el que se crean y se constituyen 132 juzgados, se constituyen dos juzgados y se crean dieciséis plazas de Magistrado en TTSSJJ y AAPP correspondientes a la programación del año 2010 y cincuenta plazas de Juez de adscripción territorial.

— Orden 2423/2011. 12-8-2011. Resuelve el concurso de méritos convocado por Orden 1598/2011, de 31-5-2011, para proveer plazas de Notarios y Registradores adscritos a la DGRN.

— Orden 2429/2011. 8-9-2011. Modifica la composición del Tribunal calificador de las oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, convocadas por Resolución 13-5-2010.

— Orden 2667/2011. 15-9-2011. Declara el cierre de las oficinas de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles los días 24 y 31-12-2011, a todos los efectos.

— Resolución 28-7-2011. Autoriza la utilización por parte de la entidad «Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA)» de los modelos de contratos aprobados a «Finanzia Banco de Crédito, SAU» con letras de identificación «F-FZ», y «L-FZ».

— Resolución 29-7-2011. Aprueban las modificaciones introducidas en el modelo de contrato de financiación a comprador de bienes muebles, letras de identificación «F-BPLG/2», para ser utilizado por la entidad «BNP Paribas Lease Group, S. A., Sucursal en España».

— Resolución 29-8-2011. Resuelve el concurso ordinario número 282 para la provisión de Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles vacantes, convocado por Resolución de 27-5-2011, y se dispone su comunicación a las Comunidades Autónomas para que se proceda a los nombramientos.

— Resolución 29-9-2011. Aprueba las modificaciones introducidas en los modelos de contrato de financiación a comprador de bienes muebles, letras «AS-1», «AS-2», «AS-3», «AS-4», «F-AS-5» y «F-AS-6» utilizados por la entidad «Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito» (Asnef), para adaptarlos a la Ley 16/2011, de 24-6-2011, de contratos de crédito al consumo.

— Resolución 29-9-2011. Aprueba las modificaciones introducidas en el modelo de contrato de financiación a comprador de bienes muebles, modelo «F-CF», utilizado por la entidad «Santander Consumer Establecimiento Financiero de Crédito, S. A.», para adaptarlo a la Ley 16/2011, de 24-6-2011, de contratos de crédito al consumo.

— Resolución 29-9-2011. Aprueba las modificaciones introducidas en el modelo de contrato de financiación a comprador de bienes muebles, modelo «K», utilizado por la entidad «Santander Consumer Establecimiento Financiero de Crédito, S. A.», para adaptarlo a la Ley 16/2011, de 24-6-2011, de contratos de crédito al consumo.

— Resolución 3-10-2011. Aprueba la lista provisional de solicitantes admitidos y excluidos a las oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, convocadas por Resolución de 14-7-2011.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

— Real Decreto 1360/2011. 7-10-2011. Modifica el Real Decreto 1816/1991, de 20-12-1991, sobre transacciones económicas con el exterior.

— Real Decreto 1386/2011. 14-10-2011. Modifica el Reglamento del seguro de riesgos extraordinarios, aprobado por el Real Decreto 300/2004, de 20-2-2004.

— Real Decreto 1490/2011. 24-10-2011. Modifica el Real Decreto 764/2010, de 11-6-2010, por el que se desarrolla la Ley 26/2006, de 17-7-2006, de mediación de seguros y reaseguros privados en materia de información estadístico-contable y del negocio, y de competencia profesional.

— Orden 2513/2011. 15-9-2011. Modifica la Orden 1803/2010, de 5-7-2010, por la que se establecen obligaciones en cuanto a la remisión por medios electrónicos de la documentación estadístico-contable de las entidades aseguradoras y de las entidades gestoras de fondos de pensiones, y por la que se modifican los modelos de la información estadístico contable anual y semestral de los corredores de seguros y reaseguros establecidos por Real Decreto 764/2010, de 11-6-2010, por el que se desarrolla la Ley 26/2006, de 17-7-2006, de mediación de seguros y reaseguros privados en materia de información estadístico-contable y del negocio, y de competencia profesional.

— Orden 2551/2011. 26-9-2011. Crea un órgano colegiado para el asesoramiento en el proceso de privatización de las acciones de la Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado.

— Orden 2670/2011. 7-10-2011. Modifica la Orden 27-12-1991, de desarrollo del Real Decreto 1816/1991, de 20-12-1991, sobre transacciones económicas con el exterior.

— Orden 2696/2011. 26-9-2011. Publica el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, por el que se conceden incentivos regionales previstos en la Ley 50/1985, de 27-12-1985, para la realización de proyectos de inversión y se resuelven solicitudes de modificación de condiciones de expedientes en vigor.

— Orden 2899/2011. 28-10-2011. Transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

— Resolución 1-9-2011. Publica la revocación de un número de identificación fiscal (NIF).

— Resolución 7-10-2011. Publica la revocación de los números de identificación fiscal que figuran en el anexo.

— Resolución 10-10-2011. Procede al archivo de expedientes de concesión de incentivos y de modificación de condiciones (1.º).

— Resolución 10-10-2011. Procede al archivo de expedientes de concesión de incentivos y de modificación de condiciones (2.º).

BANCO DE ESPAÑA

— Resolución 1-9-2011. Publica determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución 19-9-2011. Publica determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución 3-10-2011. Trimestralmente se publican los tipos de interés de referencia que sirven para la determinación de los depósitos para los que se deben realizar aportaciones adicionales a los fondos de garantía de depósitos.

— Resolución 3-10-2011. Publica determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución 19-10-2011. Publican determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES

— Acuerdo 28-9-2011. Posiciones cortas sobre acciones españolas del sector financiero.

MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN

— Real Decreto 1493/2011. 24-10-2011. Regula los términos y las condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas que participen en programas de formación, en desarrollo de lo previsto en la Disposición Adicional 3.ª de la Ley 27/2011, de 1-8-2011, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social.

— Orden 2718/2011. 5-10-2011. Adopta disposiciones para la determinación de la forma y contenido de la información estadística en aplicación y desarrollo de lo establecido en el Real Decreto 801/2011, de 10-6-2011, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo

y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos (corrección de errores a continuación).

— Orden 2803/2011. 14-10-2011. Modifica la Orden TIN/41/2011, de 18-1-2011, para el establecimiento de un coeficiente reductor respecto a la cotización por contingencias comunes relativa a los funcionarios y demás personal de nuevo ingreso incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social a partir de 1-1-2011.

— Resolución 31-8-2011. Determina el régimen transitorio de la utilización de los contratos para la formación en los programas de Escuelas Taller, Casas de Oficio y Talleres de Empleo, en desarrollo de lo establecido en el Real Decreto-ley 10/2011, de 26-8-2011, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo.

— Resolución 19-9-2011. Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se crea la nueva Sede Electrónica del Organismo.

— Resolución 6-10-2011. Publica la relación de fiestas laborales para el año 2012.

MINISTERIO DE POLÍTICA TERRITORIAL Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

— Real Decreto 1240/2011. 8-9-2011. Modifica el Reglamento del Instituto Cervantes, aprobado por Real Decreto 1526/1999, de 1-10-1999.

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN

— Resolución 19-9-2011. Publica las reglas de procedimiento y prueba de la Corte Penal Internacional.

— Resolución 5-10-2011. Aplicación del artículo 32 del Decreto 801/1972, de 24-3-1972, relativo a la ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de Tratados Internacionales.

— Aplicación Provisional del Acuerdo entre el Reino de España y los EE.UU. de América sobre cooperación científica y tecnológica de interés para la seguridad nacional, hecho en Madrid el 30-6-2011.

— Aplicación Provisional del Acuerdo de Sede entre el Reino de España y el Instituto Forestal Europeo, relativo al establecimiento de una oficina del Instituto en España, hecho en Madrid el 28-7-2011.

— Aplicación Provisional de la Enmienda al «Acuerdo Marco de la Facilidad Europea de Estabilización Financiera entre el Reino de Bélgica, la República

Federal de Alemania, la República de Estonia, la República de Irlanda, la República Helénica, el Reino de España, la República Francesa, la República Italiana, la República de Chipre, el Gran Ducado de Luxemburgo, la República de Malta, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria, la República Portuguesa, la República de Eslovenia, la República Eslovaca, la República de Finlandia y la Facilidad Europea de Estabilización Financiera», firmada en Madrid el 5-9-2011.

— Convenio entre el Reino de España y Barbados para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta, hecho en Bridgetown el 1-12-2010.

— Convenio entre el Reino de España y la República Federativa de Brasil sobre cooperación en materia de lucha contra la delincuencia, hecho en Madrid el 25-6-2007.

— Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, hecho en Lisboa el 11-9-2009. Firma por parte de la República Oriental del Uruguay.

— Denuncia por España del Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas relativas al embargo preventivo de buques de navegación marítima, hecho en Bruselas el 10-5-1952.

— Entrada en vigor de la Enmienda al «Acuerdo Marco de la Facilidad Europea de Estabilización Financiera entre el Reino de Bélgica, la República Federal de Alemania, la República de Estonia, la República de Irlanda, la República Helénica, el Reino de España, la República Francesa, la República Italiana, la República de Chipre, el Gran Ducado de Luxemburgo, la República de Malta, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria, la República Portuguesa, la República de Eslovenia, la República Eslovaca, la República de Finlandia y la Facilidad Europea de Estabilización Financiera».

MINISTERIO DE FOMENTO

— Real Decreto Legislativo 2/2011. 5-9-2011. Aprueba el TR de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

— Real Decreto 1238/2011. 8-9-2011. Regula el servicio de dirección en la plataforma aeroportuaria.

— Real Decreto 1387/2011. 14-10-2011. Modifica el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por el Real Decreto 1211/1990, de 28-9-1990.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN

— Orden 2635/2011. 23-9-2011. Regula la expedición, por el ME, dentro de su ámbito de gestión, de los certificados académicos de las enseñanzas de idiomas de régimen especial de alemán, árabe, francés e inglés establecidos por la Ley Orgánica 2/2006, de 3-5-2006, de Educación.

— Orden 2645/2011. 23-9-2011. Establece la formación equivalente a la formación pedagógica y didáctica exigida para aquellas personas que estando en posesión de una titulación declarada equivalente a efectos de docencia no pueden realizar los estudios de máster.

— Orden 2886/2011. 20-10-2011. Regula la convocatoria, reconocimiento, certificación y registro de las actividades de formación permanente del profesorado.

— Corrección de errores. Real Decreto 1146/2011. 29-7-2011. Modifica el Real Decreto 1631/2006, de 29-12-2006, por el que se establecen las enseñanzas mínimas correspondientes a la ESO, así como los Reales Decretos 1834/2008, de 8-11-2008, y 860/2010, de 2-7-2010, afectados por estas modificaciones.

MINISTERIO DEL INTERIOR

— Real Decreto 1306/2011. 26-9-2011. Regula la tramitación de las subvenciones estatales anuales para sufragar los gastos de seguridad en que incurran los partidos políticos.

— Orden 2609/2011. 28-9-2011. Modifica el modelo de papeleta electoral para el voto al Senado y otros modelos de material electoral recogidos en los anexos del Real Decreto 605/1999, de 16-4-2011, de regulación complementaria de los procesos electorales.

MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE, Y MEDIO RURAL Y MARINO

— Real Decreto 1219/2011. 5-9-2011. Aprueba el Plan de gestión del distrito de cuenca fluvial de Cataluña.

— Real Decreto 1274/2011. 16-9-2011. Aprueba el Plan estratégico del patrimonio natural y de la biodiversidad 2011-2017, en aplicación de la Ley 42/2007, de 13-12-2007, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.

— Real Decreto 1335/2011. 3-10-2011. Regula el procedimiento para la tramitación de las solicitudes de inscripción de las denominaciones de origen protegidas y de las indicaciones geográficas protegidas en el registro comunitario y la oposición a ellas.

— Real Decreto 1336/2011. 3-10-2011. Regula el contrato territorial como instrumento para promover el desarrollo sostenible del medio rural.

— Orden 2417/2011. 30-8-2011. Declara zonas especiales de conservación los lugares de importancia comunitaria marinos de la región biogeográfica Macaronésica de la Red Natura 2000 y se aprueban sus correspondientes medidas de conservación.

MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO

— Resolución 29-9-2011. Aprueba el perfil de consumo asociado a los peajes de acceso con discriminación horaria supervalle y el método de cálculo a efectos de liquidación de energía, aplicables para aquellos consumidores tipo 5 que no dispongan de registro horario de consumo, para el año 2011.

— Resolución 29-9-2011. Establece el coste de producción de energía eléctrica y las tarifas de último recurso a aplicar en el cuarto trimestre de 2011.

— Corrección errores. Real Decreto 346/2011. 11-3-2011. Aprueba el Reglamento regulador de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones para el acceso a los servicios de telecomunicación en el interior de las edificaciones.

JUNTA ELECTORAL CENTRAL

— Resolución 15-9-2011. Comunicación y publicación de los acuerdos y votos particulares de la Junta Electoral Central.

— Instrucción 7/2011. 15-9-2011. Procedimiento de acreditación de firmas de apoyo de candidaturas al Congreso de los Diputados, al Senado y al Parlamento Europeo previsto en los artículos 169 y 220 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral.

— Instrucción 8/2011. 29-9-2011. Juntas Electorales competentes y otros extremos en relación con las elecciones locales parciales convocadas por Real Decreto 1309/2011, de 26-9-2011, a celebrar el 20-11-2011.

— Instrucción 9/2011. 29-9-2011. Distribución de espacios gratuitos de propaganda electoral en los medios de comunicación de titularidad pública y de delegación de competencias en las Juntas Electorales Provinciales en relación con las elecciones al Congreso de los Diputados y al Senado y con las elecciones locales parciales, que se celebrarán el 20-11-2011.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

— Acuerdo de 20-10-2011. Habilitan, con carácter extraordinario, determinadas fechas y horarios para la presentación en el Registro General del Tribunal del recurso de amparo electoral.

— Recurso de Inconstitucionalidad 4.308-2011. Apartados 4, 5, 7, 13, 14, 15, 30 y 48 del artículo único de la Ley 9/2010, de 18-10-2010, de modificación de la Ley 15/2001, de 14-12-2001, de Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura.

— Recurso de Inconstitucionalidad 4.460-2011. Artículos 2.3, 5.4, 5.7 y 6.5 de la Ley del Parlamento de Cataluña 35/2010, de 1-10-2010, del occitano aranés en Arán.

— Cuestión de Inconstitucionalidad 1.826-2011. Disposición Adicional 3.^a de la Ley del Parlamento de Galicia 2/2006, de 14-6-2006, de Derecho Civil de Galicia, en la redacción dada por la Ley gallega 10/2007, de 28-6-2007, por posible vulneración del artículo 149.1.8.º de la Constitución.

— Cuestión de Inconstitucionalidad 3.460-2011. Apartado 4 del artículo 27 de la Ley 5/2009, de 28-12-2009, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Cantabria para el año 2010, en la redacción dada por el artículo 2.5 de la Ley de Cantabria 5/2010, de 6-7-2010, por posible vulneración de los artículos 9.3, 37.1, 149.1.13, 149.3 y 156.1 de la Constitución.

— Cuestión de Inconstitucionalidad 4.362-2011. Artículo 34.2, párrafo segundo, de la Ley del Parlamento Vasco 11/1994, de 17-6-1994, de Ordenación Farmacéutica de la Comunidad Autónoma del País Vasco, por posible vulneración de los artículos 14, 36 y 38 de la Constitución.

— Cuestión de Inconstitucionalidad 4.433-2011. Apartado cuatro del artículo 27 de la Ley 5/2009, de Presupuestos Generales de Cantabria para el año 2010, en la redacción dada por el artículo 2.5 de la Ley de Cantabria 5/2010, y el artículo 42 bis de la Ley 5/2009, de Presupuestos Generales de Cantabria para el año 2010, en la redacción dada por el artículo 2.13 de la Ley de Cantabria 5/2010, por posible vulneración de los artículos 9.3, 37.1, 149.1.13, 149.3 y 156.1 de la CE.

— Cuestión de Inconstitucionalidad 4.596-2011, en relación con el artículo 2 de la Ley de Cantabria 2/2011, de 4-4-2011, por la que se modifica la Ley 2/2001, de 25-6-2001, de Ordenación Territorial y del Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria, a la que se añade una nueva Disposición Adicional 6.^a, por posible vulneración de los artículos 149.1.6 y 149.1.18 en relación con los artículos 9.3, 24.1, 106.1, 117, 118 todos ellos de la Constitución.

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ANDALUCÍA

- Ley 5/2011. 6-10-2011. Olivar de Andalucía.
- Decreto-ley 2/2011. 25-10-2011. Eleva el mínimo exento para personas con discapacidad y se regula el tipo de gravamen del IP en la Comunidad Autónoma de Andalucía.
- Decreto 278/2011. 20-9-2011. Modifica el Reglamento de Escuelas Taurinas de Andalucía aprobado por el Decreto 112/2001, de 8-5-2001, el Decreto 143/2001, de 19-6-2001, por el que se regula el régimen de autorización y funcionamiento de las plazas de toros portátiles, el Reglamento de Festejos Taurinos Populares aprobado por el Decreto 62/2003, de 11-3-2003, y el Reglamento Taurino de Andalucía aprobado por el Decreto 68/2006, de 21-3-2006.
- Decreto 304/2011. 11-10-2011. Regula la estructura organizativa de prevención de riesgos laborales para el personal al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía.
- Decreto 325/2011. 25-10-2011. Facilita la participación de los trabajadores y trabajadoras por cuenta ajena y del personal al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía en las Elecciones Generales, que habrán de celebrarse el día 20-11-2011.
- Orden de 13-9-2011. Publica la modificación del Anexo I y los valores de las variables a que se refiere el artículo 11.2 de la Ley 6/2010, de 11-6-2010, reguladora de la participación de las entidades locales en los tributos de la Comunidad Autónoma de Andalucía.
- Resolución 10-10-2011. Nombra Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles para ocupar plaza en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.
- Acuerdo de 27-9-2011. Aprueba la Estrategia Andaluza de Gestión Integrada de la Biodiversidad.
- Corrección de errores. Resolución 7-9-2011. Convoca las pruebas para la obtención del título de bachiller para personas mayores de veinte años.

ARAGÓN

- Decreto 19-9-2011. Establece la estructura orgánica de la Presidencia del Gobierno de Aragón.

ASTURIAS

— Decreto 258/2011. 26-10-2011. Regula la composición, competencias y funcionamiento de la Comisión de Urbanismo y Ordenación del Territorio del Principado de Asturias.

BALEARES

— Ley 6/2011. 13-10-2011. Modifica la Ley 12/2006, de 20-9-2011, para la mujer.

— Ley 7/2011. 20-10-2011. Modificación de la Ley 5/2010, de 16-6-2010, del Consejo Consultivo de las Illes Balears.

CANARIAS

— Orden 6-10-2011. Nombra Registradora de la Propiedad a doña María de los Dolores Paz Sánchez.

CASTILLA-LA MANCHA

— Decreto 266/2011. 8-9-2011. Nombra Notarios para plazas radicadas en el territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

— Decreto 279/2011. 22-9-2011. Modifica el Decreto 121/2011, de 7-7-2011, por el que se establece la estructura orgánica y se fijan las competencias de los órganos integrados en la Presidencia de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CASTILLA Y LEÓN

— Ley 5/2011. 19-9-2011. Introduce modificaciones relativas a la organización y funcionamiento de los Consejos Consultivo y de Cuentas y al Gobierno y Administración de la Comunidad.

— Decreto 4/2011. 13-10-2011. Modifica el Decreto 2/2011, de 27-6-2011, del Presidente de la Junta de Castilla y León, de Reestructuración de Consejerías.

— Decreto 61/2011. 13-10-2011. Aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 1/2006, de 6-4-2006, de Mediación Familiar de Castilla y León.

— Decreto 62/2011. 20-10-2011. Modifica las Estructuras Orgánicas de las Consejerías de la Presidencia, de Fomento y Medio Ambiente y de Economía y Empleo.

— Orden 1129/2011. 27-7-2011. 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 1130/2011. 27-7-2011. 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 1131/2011. 27-7-2011. 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 1132/2011. 5-8-2011. 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 1246/2011. 7-9-2011. 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.

— Resolución 14-9-2011. Ordena la publicación del Acuerdo de las Cortes de Castilla y León de convalidación del Decreto-ley 1/2011, de 25-8-2011, por el que se modifica el TR de la Ley de Cajas de Ahorro de Castilla y León, aprobado por Decreto Legislativo 1/2005, de 21-7-2005.

CATALUÑA

— Ley 6/2011. 27-7-2011. Presupuestos de la Generalitat de Cataluña para 2011.

— Ley 7/2011. 27-7-2011. Medidas Fiscales y Financieras.

— Corrección de erratas. Ley 7/2011. 27-7-2011. Medidas fiscales y financieras.

— Resolución 29-8-2011. Resuelve el concurso para la provisión de Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, convocado por la Resolución 27-5-2011.

EXTREMADURA

— Decreto 262/2011. 21-10-2011. Aprueba las bases reguladoras de subvenciones destinadas a apoyar a entidades asociativas de la economía social y el autoempleo de la Comunidad Autónoma de Extremadura, y se aprueba la convocatoria de dichas subvenciones para el ejercicio 2011.

— Resolución 19-8-2011. Delega la firma en materia de ordenación de pagos en los titulares de determinadas Jefaturas de Servicio de la Secretaría General.

— Corrección de errores. Resolución 19-8-2011. Delegación de competencias y de firma en los titulares de la Secretaría General y de las Direcciones Generales de la Consejería.

GALICIA

— Ley 5/2011. 30-9-2011. Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia.

— Corrección de errores. Ley 5/2011. 30-9-2011. Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia.

— Ley 6/2011. 13-10-2011. Movilidad de tierras.

— Decreto Legislativo 1/2011. 28-7-2011. Aprueba el TR de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de tributos cedidos por el Estado.

— Corrección de errores. Decreto Legislativo 1/2011. 28-7-2011. Aprueba el TR de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de tributos cedidos por el Estado.

— Decreto 176/2011. 1-9-2011. Modifica el Decreto 196/2001, de 26-7-2001, por el que se regulan las publicaciones de la Xunta de Galicia.

— Decreto 191/2011. 22-9-2011. Organización y funcionamiento de los registros de la Administración general y de las entidades públicas instrumentales de la Comunidad Autónoma de Galicia.

— Decreto 194/2011. 20-10-2011. Modifica el Decreto 8/2011, de 28-1-2011, por el que se fija la estructura orgánica de las consellerías de la Xunta de Galicia.

— Orden 5-9-2011. Actualiza el procedimiento para el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria por parte de las personas sin recursos económicos suficientes y de las que se encuentran en situación de desempleo.

LA RIOJA

— Decreto 137/2011, de 30-9-2011. Aprueba el Plan Territorial de Protección Civil de la Comunidad Autónoma de La Rioja (PLATERCAR).

MADRID

— Ley 4/2011. 28-7-2011. Extinción de MINTRA (Madrid, Infraestructuras del Transporte).

— Decreto 158/2011. 15-9-2011. Establece las fiestas laborales para el año 2012 en la Comunidad de Madrid.

MURCIA

— Ley 4/2011. 21-10-2011. Modifica la Ley 8/2006, de 16-11-2006, de Sociedades Cooperativas de la Región de Murcia.

NAVARRA

— Ley Foral 14/2011. 27-9-2011. Modifica Ley Foral 22/2010, de 28-12-2010, de Presupuestos Generales de Navarra para el año 2011, y de la Ley Foral 24/1996, de 30-12-1996, del IS.

— Decreto Foral Legislativo 3/2011. 31-8-2011. Armonización tributaria, por el que se modifica la Ley Foral 19/1992, de 30-12-1992, del IVA.

— Orden Foral 146/2011. 8-9-2011. Modifica la Orden Foral 93/2010, de 18-6-2010, por la que se aprueba el modelo 349 de Declaración recapitulativa de operaciones intracomunitarias.

— Orden Foral 150/2011. 16-9-2011. Modifica la Orden Foral 218/2009, de 21-12-2009, por la que se establece el régimen de autoliquidación como procedimiento de liquidación y pago para determinados negocios jurídicos en el ámbito del IS y D.

— Acuerdo 1-8-2011. Declara oficial la denominación del municipio de Estella-Lizarra.

PAÍS VASCO

— Ley 3/2011. 13-10-2011. Lanbide-Servicio Vasco de Empleo.

— Decreto 203/2011. 27-9-2011. Registro General de Explotaciones Agrarias de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

— Orden 30-8-2011. Nombramiento de Notarios en resolución de concurso ordinario de vacantes existentes en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

— Resolución 19-9-2011. Modifica la de 22-12- 2010, de medidas especiales de regulación de tráfico durante el año 2011 en la Comunidad Autónoma del País Vasco por la inauguración e incorporación al Catálogo de la Red de Carreteras de Bizkaia de la Variante Sur Metropolitana (AP-8).

VALENCIA

— Decreto Ley 1/2011. 30-9-2011. Medidas urgentes de régimen económico-financiero del sector público empresarial y fundacional.

— Decreto 135/2011. 30-9-2011. Consell, por el que se aprueba el Reglamento de los Órganos Territoriales, de Evaluación Ambiental y Urbanísticos de la Generalitat.

— Decreto 157/2011. 28-10-2011. Consell, por el que se nombran Registradores de la Propiedad, mercantiles y de bienes muebles para proveer registros vacantes en la Comunitat Valenciana.

II. Información de actividades

ANDALUCÍA

El día 7 de octubre de 2011, se celebraron en Málaga las JORNADAS 150 ANIVERSARIO DE LA LEY HIPOTECARIA, patrocinadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga, el Proyecto de Excelencia P08-SEJ-04196 (Proceso de la edificación), el Proyecto de Investigación MEC DER 2009/09312 (Garantías y mercado), y el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (Decanato de Andalucía Oriental).

Dirección científica: Dra. Ana CAÑIZARES LASO, Catedrática de Derecho Civil. Universidad de Málaga.

Dirección del Congreso: Doctora Rocío DIÉGUEZ OLIVA y Doctora Paloma SABORIDO SÁNCHEZ, Profesoras Contratadas Doctoras. Universidad de Málaga.

Secretaría: Doctora María LUQUE JIMÉNEZ y Doctora Laura ZUMAQUERO GIL. UMA.

Inauguración de las Jornadas:

Ilmo. Señor Vicerrector de Investigación, don José Ángel NARVÁEZ, e Ilma. Señora Decana, doña Yolanda GARCÍA CALVENTE, Universidad de Málaga.

Ponencias:

- «La protección registral de la legalidad urbanística», por doña Carmen DE GRADO SANZ, Registradora de la Propiedad.
- «La inscripción de bienes de las Administraciones Públicas», por doña M.^a Josefa Carolina PÉREZ MARTÍN, Registradora de la Propiedad.
- «El Registro de Condiciones Generales de la Contratación», por doña Belén MADRAZO MELÉNDEZ, Registradora de la Propiedad.
- «La Ley Hipotecaria, ciento cincuenta años después», por don Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Registrador de la Propiedad.
- «El sistema registral: del ideal a la realidad», por don Antonio PAU PEDRÓN. Registrador de la Propiedad.

Mesa Redonda: *Presente y futuro de la Ley Hipotecaria*

Moderadora: Doctora Ana CAÑIZARES LASO, Catedrática de Derecho Civil (UMA).

Intervienen: Doctor José M.^a MIQUEL GONZÁLEZ, Catedrático de Derecho Civil (UAM); Doctora Teodora TORRES GARCÍA, Catedrática de Derecho Civil (UV); Doctor José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA, Catedrático de Derecho Civil (UMA), y Doctor José Manuel RUIZ-RICO RUIZ, Catedrático de Derecho Civil (UMA).

ARAGÓN

Los días 5 al 7 de julio de 2011, organizado por la Universidad de Zaragoza, dentro de los Cursos de Verano en Jaca, tuvo lugar el CURSO: *ESPAÑA FIN DE SIGLO: EL UNIVERSO CULTURAL, SOCIAL Y POLÍTICO DE JOAQUÍN COSTA*, dirigido por el Doctor don Carlos FORCADELL ÁLVAREZ, Catedrático de la Universidad de Zaragoza, y el Doctor don Ignacio PEIRÓ MARTÍN, Profesor Titular de la Universidad de Zaragoza, y con el siguiente contenido:

Martes, 5 de julio:

- Presentación del curso. «El universo de Joaquín Costa».
- *De 1868 a 1911, pasando por el 98: Para una topografía cotidiana.*
- *Costa en sus Memorias, o la inexorable voluntad de ser alguien.*

Miércoles, 6 de julio:

- *Costa en su contexto: Historia y política de la España isabelina.*
- *La vocación universitaria de Joaquín Costa.*
- *Iluminar la Antigüedad: Costa y su «audacia histórica».*
- *Joaquín Costa, economista.*
- *Joaquín Costa, el jurista.*

Jueves, 7 de julio:

- *El sembrador de ideas. Realismo y utopía en el reformismo social de Joaquín Costa.*
- *Estética, literatura y política: El cirujano de hierro.*
- *La cultura política de Joaquín Costa.*
- *Empresas, políticos e intereses económicos en la política de fin de siglo.*

Ponentes: Carlos FORCADELL, Ignacio PEIRÓ, José Carlos MAINER, Juan Carlos ARA, Guillermo FATÁS, José M.^a SERRANO, Jesús DELGADO y José Luis CALVO, todos ellos de la Universidad de Zaragoza; Isabel BURDIEL, Universidad de Valencia; Cristóbal GÓMEZ, UNED Madrid y Mercedes CABRERA, Universidad Complutense de Madrid.

MADRID

El día 29 de septiembre de 2011, se celebró la **SESIÓN EXTRAORDINARIA SOBRE HIPOTECAS GLOBALES EN MANO COMÚN PARA REFINANCIACIÓN DE EMPRESAS EN SITUACIÓN PRECONCURSAL. LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, DE 8 DE JUNIO DE 2011**, en la Sede de FIDE.

Esta sesión estuvo destinada:

Al estudio de las hipotecas flotantes como instrumento de refinanciación de empresas.

Posibilidad de utilización de estas hipotecas para cubrir multiplicidad de deudas, de distintos acreedores, articulando la comunidad entre los acreedores bajo distintos patrones (en mano común, en proindiviso, etc.).

Problemática de la ejecución hipotecaria: posibilidad de ejecución parcial; acreditación y liquidación de la deuda.

Cesiones parciales y subrogación de deuda garantizada con esta modalidad hipotecaria.

Posibilidad de blindaje frente a acciones de reintegración conforme al Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo.

¿A quién fue dirigida?:

A aquellos profesionales que por el trabajo que desarrollan tienen interés en la materia a tratar, pueden acreditar experiencia y conocimiento práctico de la misma y están interesados en participar activamente en el debate que sobre cada materia plantea el correspondiente título de la sesión.

Ponentes:

Ángel VALERO, Registrador de la Propiedad de Madrid.

Fernando AZOFRA, Abogado, Socio del Departamento Inmobiliario URÍA MENÉNDEZ.

Moderador:

Francisco Javier GÓMEZ GÁLIGO, Registrador adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

* * *

El día 5 de octubre de 2011, tuvo lugar en la sede de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, patrocinada por el Colegio de Registradores, un nuevo SEMINARIO: *TRANSPARENCIA DE MERCADO Y SIMETRÍA DE INFORMACIÓN: IMPORTANCIA PARA LA EFICAZ ASIGNACIÓN DE RIESGOS*.

Coordinador: Javier GÓMEZ GÁLIGO, Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Registrador de la Propiedad.

Ponente: Howard DAVIES. Ha sido director de la *London School of Economics and Political Science* de 2003 a mayo de 2011.

Contraponente: Manuel CONTHE GUTIÉRREZ, Presidente del Consejo Asesor de Expansión y Actualidad Económica y colaborador *Of-Counsel* en el despacho internacional de abogados *Bird & Bird*. Fue Presidente de la CNMV.

* * *

Del 25 de octubre al 9 de noviembre de 2011, se celebró el XI CURSO ANUAL DE DERECHO REGISTRAL IBEROAMERICANO (CADRI 2011), organizado por el Colegio de Registradores de España, en colaboración con la Universidad Autónoma de Madrid, la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo y la Organización de Estados Iberoamericanos, con el siguiente programa:

24 de octubre:

Acto inaugural, en el Salón de Actos de los Registros de la Propiedad de Madrid, con intervención de la Directora General y Subdirector General de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de la Universidad Autónoma de Madrid, del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles y de la AECID.

Ponencia inaugural, a cargo del Profesor don Manuel PIZARRO MORENO (Presidente del Consejo Social de la Universidad Autónoma de Madrid, Académico de Número de la RAJL y RACEF, ex diputado nacional), sobre el tema «Tiempos de Crisis».

«Los sistemas registrales en el mercado inmobiliario e hipotecario», por don Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO (Registrador de la Propiedad).

25 de octubre:

- «El sistema de folio real y los principios hipotecarios, especial análisis del principio de legitimación», por doña Virtudes AZPITARTE GARCÍA (Registradora de la Propiedad).
- «Hacia una armonización de Derecho Registral en Europa», por don Fernando DE LA PUENTE ALFARO (Registrador de la Propiedad).
- «El principio de tracto sucesivo», por doña Pilar GARCÍA GOYENECHÉ (Registradora de la Propiedad).
- «La inscripción constitutiva», por doña Carmen JEREZ DELGADO (Profesora Titular de Derecho Civil).

26 de octubre:

- «El principio de prioridad», por doña Carmen DE GRADO SANZ (Registradora de la Propiedad).
- «El principio de legalidad, la calificación registral», por don Enrique RAJOY BREY (Registrador de la Propiedad).
- «El principio de fe pública registral y el de oponibilidad», por don Enrique GARCÍA SÁNCHEZ (Registrador de la Propiedad).
- «Inscripción de bienes gananciales en el Registro de la Propiedad», por doña Pilar BENAVENTE MOREDA (Profesora Titular de Derecho Civil).

27 de octubre (en los Registros de la Propiedad de Madrid)

Visita de los Registros de la Propiedad de Madrid:

- «El Registro Mercantil: sus principios», por don Jesús GONZÁLEZ SALINAS (Registrador Mercantil).

- «El Registro de Bienes Muebles como factor de desarrollo económico», por don Fernando GARCÍA SOLÉ (Presidente de la Comisión Jurídica de ASNEF).
- «El Registro Mercantil: su procedimiento y sus distintas funciones», por don Miguel SEOANE DE LA PARRA (Registrador Mercantil).

28 de octubre:

- «Sistemas de transmisión del dominio y libre mercado», por don Luis María CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA (Registrador de la Propiedad).
- «Las garantías básicas del procedimiento administrativo y su aplicación al procedimiento registral», por don Ángel MENÉNDEZ REXACH (Catedrático de Derecho Administrativo).
- «Análisis de las recientes sentencias del Tribunal Supremo acerca de los efectos jurídicos del sistema registral español», por don Juan José RIVAS MARTÍNEZ (Registrador de la Propiedad).

31 de octubre:

- «La concentración parcelaria y la parcelación de fincas rústicas y el medio ambiente en el Registro de la Propiedad», por don Reynaldo VÁZQUEZ DE LA PUERTA (Registrador de la Propiedad).
- «Los efectos registrales de la resolución por incumplimiento», por doña Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA (Profesora Titular de Derecho Civil).
- «Legitimación posesoria y legitimación registral», por doña Beatriz GREGORACI FERNÁNDEZ (Investigadora Facultad Ramón y Cajal).
- «Influencia del sistema registral español en los sistemas iberoamericanos», por don Diego PALACIOS CRIADO (Registrador de la Propiedad).

1 de noviembre (en el Colegio de Registradores de la Propiedad de España):

- «Propiedad horizontal, complejos urbanísticos y aprovechamiento por turnos», por don Ernesto CALMARZA CUENCAS (Registrador de la Propiedad).
- «Información ambiental y Registro de la Propiedad», por don Francisco PALACIOS CRIADO (Registrador de la Propiedad).
- «El objeto de la inscripción y el alcance de la publicidad registral», por don Jesús María MARTÍNEZ ROJO (Registrador de la Propiedad).

2 de noviembre:

- «Inmatriculación de fincas y reanudación del tracto sucesivo», por don Joaquín SÁNCHEZ CEBRIÁN (Profesor Asociado de Derecho Civil).
- «Bienes de las Administraciones Públicas y Registro», por don Basilio AGUIRRE FERNÁNDEZ (Registrador de la Propiedad).

- «Urbanismo y Registro de la Propiedad», por don Luis Miguel LÓPEZ FERNÁNDEZ (Profesor Titular de Derecho Civil).
- «La publicidad del estado civil y del régimen económico-matrimonial», por don Juan María DÍAZ FRAILE (Registrador de la Propiedad).

3 de noviembre:

- «La garantía registral del embargo», por doña María Isabel MONDÉJAR PEÑA (Profesora Contratada Doctora).
- «La calificación de las cláusulas de las hipotecas», por don Juan José PRETEL SERRANO (Registrador de la Propiedad).
- «La gestión de la oficina registral», por doña Raquel LAGUILLO MENÉNDEZ-TOLOSA (Registradora de la Propiedad).

Viernes 4 de noviembre:

- «El procedimiento de blanqueo de capitales. Medidas preventivas y represivas», por don Francisco CÓRCOLES MARTÍNEZ (Analista financiero del SEPBLAC).
- «El blanqueo de capitales y el Registro de la Propiedad», por don Manuel HERNÁNDEZ-GIL MANCHA (Registrador de la Propiedad).

7 de noviembre:

- «La información registral y el mercado financiero», por don Rafael SANZ COMPANY (Director de los Servicios Jurídicos del BBVA).
- «Derechos de crédito y Registro de la Propiedad», por el profesor don Máximo Juan PÉREZ GARCÍA (Profesor Titular de Derecho Civil).
- «Las nuevas figuras hipotecarias», por don Ángel VALERO FERNÁNDEZ-REYES (Registrador de la Propiedad).

8 de noviembre:

- «La inscripción de los documentos extranjeros», por don Antonio RAMOS BLANES (Registrador de la Propiedad).
- «El levantamiento del velo de la persona jurídica y el Registro», por doña Teresa PALACIOS CRIADO (Magistrada de la Sala Penal de la Audiencia Nacional).
- «Registro de la Propiedad y Concurso», por don Fernando CURIEL LORENTE (Registrador de la Propiedad).

9 de noviembre (en el Colegio de Registradores de la Propiedad de España):

- «El folio real, la coordinación con el Catastro y el programa Geobase», por don Jorge REQUEJO LIBERAL (Registrador de la Propiedad).

- «La publicidad registral telemática: retos y el condicionante de la protección de datos», por don José María DE PABLOS O'MULLONY (Registrador de la Propiedad).
- «La presentación telemática y el Registro Electrónico», por don Joaquín RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ (Registrador Mercantil y Director del Servicio de Sistemas de Información —SSI— del Colegio de Registradores de España).
- «Las nuevas tecnologías: Proyectos Internacionales del Colegio de Registradores de España», por don Manuel LORENZO CARNERO (Gerente de la Vocalía de Relaciones Internacionales del Colegio de Registradores de España).

10 de noviembre:

Examen.

Ponencia a cargo de don Eduardo PACHECO RIBEIRO DE SOUSA (Registrador de la Propiedad de Teresópolis, Brasil).

- «150 años de la Ley Hipotecaria española, sistemas registrales y proyectos del Colegio de Registradores de la Propiedad de España», por doña Almudena DEL RÍO GALÁN (Registradora de la Propiedad y Directora de la Vocalía de Relaciones Internacionales del Colegio de Registradores de la Propiedad).

11 de noviembre:

Acto de clausura en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, con la intervención de don Antolín SÁNCHEZ PRESEDO, Diputado del Parlamento Europeo, personalidades de la Universidad Autónoma de Madrid, del Ministerio de Justicia y del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles.

VALENCIA

El día 22 de septiembre de 2011 se celebró UNA JORNADA SOBRE LA APLICACIÓN DEL NUEVO REAL DECRETO-LEY 8/2011 A LAS CONSTRUCCIONES Y VIVIENDAS DE LA COMUNITAT VALENCIANA, organizada por el Decanato Autonómico de los Registradores junto con el Colegio Territorial de Arquitectos de Valencia.

La Jornada ha contado con una excelente acogida, dada la novedad del Real Decreto y su repercusión en el trabajo diario de registradores y arquitectos. Con el esfuerzo conjunto de estos colectivos, en aplicación de la nueva norma,

los ciudadanos contarán con unas mayores garantías en todo lo referente a la obra nueva.

Inauguración de la jornada:

Vicente DÓMINE, Director General de Obras Públicas, Proyectos Urbanos y Vivienda.

Ponencias:

— «La aplicación del nuevo texto legal en el ámbito registral», por Maite RUBIO, registradora de Elche, número 5.

Durante el coloquio, M.^a Emilia ADÁN, Decana autonómica de los Registradores de la Comunidad Valenciana, ha manifestado que «tanto desde el punto de vista técnico como jurídico, arquitectos y registradores ejercen una importante función de control para dar seguridad a los ciudadanos que acceden a sus viviendas. Trabajamos para que cuando el ciudadano adquiera su vivienda, tenga la certeza de saber que está lista para ser ocupada».

Por su parte, Luis SENDRA, Presidente del Colegio Territorial de Arquitectos de Valencia, ha señalado que «el hecho de que nuestros colectivos se unan para una mejor comprensión y aplicación de la legalidad, nos refuerza y permite que, en conjunto, podamos aportar a la Administración nuestra opinión sobre la incidencia real de sus decisiones, lo que sin duda nos permitirá mejorar realmente el servicio a la sociedad».

CAMBRIDGE

Los días 7 a 10 de noviembre de 2011, el Real Colegio Complutense conjuntamente con el Institute for Global Law and Policy (Harvard Law School) y el Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid, en colaboración con el Banco de Santander, J & A Garrigues SLP, Ilustre Colegio Notarial e Ilustre Colegio de Registradores, celebró el IX CONGRESS HARVARD - COMPLUTENSE *TRASANLANTIC VIEW ON CORPORATE AND FINANCIAL LAW ISSUES* con el objetivo fundamental del análisis y debate acerca de algunas de las cuestiones más relevantes en la regulación actual del sistema financiero y societario en la actual situación de crisis, comparando la experiencia europea (con especial referencia a la situación española) con la norteamericana. La estructura y programa del Seminario trataron de impulsar un intercambio fructífero entre todos los ponentes, así como facilitar a los asistentes información y materiales especialmente válidos con respecto a los temas debatidos.

Apertura:

Profesor David KENNEDY, Director of the Institute for Global Law and Policy. Harvard Law School.

Ponencias:

- «La reforma del sistema financiero (Reforming the financial system)», por la Profesora Carmen ALONSO LEDESMA, Chaired Professor of Business Law. Universidad Complutense de Madrid.
- «The financial crisis in real estate in the US and the efficient capital market hypothesis», por el Profesor Reinier H. KRAAKMAN, Ezra Ripley Thayer Law Professor. Harvard Law School.
- «Primacía de los accionistas e ineficiencia de la Junta (Shareholder primacy and inefficiency of the general meeting)», por el Profesor Juan SÁNCHEZ-CALERO and Profesor Alberto TAPIA HERMIDA. Chaired Professors of Business Law, Universidad Complutense de Madrid.
- «Deal Process Design in the U.S. and U.K.», por el Profesor Guhan SUBRAMANIAN. Joseph FLOM Professor of Law & Business, Harvard Law School, and H. Douglas WEAVER Professor of Business Law. Harvard Business School.
- «En defensa de los consejeros de la minoría (The case for minority directors)», por Luis FERNÁNDEZ DEL POZO, Registrador de la Propiedad y Mercantil de Barcelona. Chaired Professor of Business Law. Universidad de Cataluña.
- «Sacrificing Corporate Profits in the Public Interest», por el Profesor EINER. R. ELHAUGE, Carroll and Milton Petrie Professor of Law. Harvard Law School.
- «Financiación de empresas en crisis (Financing corporations in crisis)», por la Profesora Juana PULGAR EZQUERRA. Chaired Professor of Business Law. Universidad Complutense de Madrid. Santiago SENENT MARTÍNEZ. Magistrado-Juez de lo Mercantil.
- «Consideraciones dispersas acerca de los órganos sociales a la luz de las recientes reformas societarias (Scattered considerations about corporate bodies in the light of recent corporate law reforms)», por José Manuel GARCÍA COLLANTES. Notario de Madrid.
- «Del Monte: The Interaction of Conflicts of Interest Among Bankers and Boards», por John C. COATES, John F. Cogan, Jr. Professor of Law and Economics. Harvard Law School.

Mesas redondas:

- «Los cambios en el modelo hipotecario en un sistema financiero en crisis (Main changes in the mortgage system because of the crisis of the

- financial system)», por María de los Ángeles ALCALÁ DÍAZ. Directora General de los Registros y el Notariado.
- «La necesidad de regulación de los CDS (The need to regulate Credit Default Swaps)», por la Profesora Carmen GALÁN LÓPEZ. Universidad Complutense de Madrid.
 - «Algunas cuestiones sobre la “bancarización” de las Cajas de Ahorros (Some Questions about the “bankarization” of savings banks)», por el Profesor José Luis COLINO MEDIAVILLA. Universidad Complutense de Madrid.
 - «Libro de reglas únicas sobre estándares técnicos (Single rule book on technical standards)», por la Profesora M.^a de la Sierra FLORES DOÑA. Universidad Complutense de Madrid.
 - «Las agencias de calificación de crédito, calificaciones no solicitadas e información a disposición del público. Deberes frente a los emisores e inversores (The credit rating agencies, unsolicited ratings and publicly available information. Duties towards issuers and investors)», por el Profesor Alfredo MUÑOZ GARCÍA. Universidad Complutense de Madrid.
 - «Derecho de la competencia y las Agencias de Calificación Crediticia (Competition law and Credit Rating Agencies)», por Juan Ignacio SIGNES DE MESA. Letrado del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
 - «La prenda en garantía de varias obligaciones (The pledge as security for several obligations)», por Jon GOIRIGOLZARRI & A. GARRIGUES.
 - «La junta general en las sociedades cotizadas: algunas referencias empíricas sobre su evolución desde 2006 (The general meeting of Usted companies: some empirical references about their evolution from 2006)», por la Profesora Isabel FERNÁNDEZ TORRES and Profesora Mónica FUENTES NAHARRO. Universidad Complutense de Madrid.
 - «Pactos parasociales con terceros (Shareholder's agreements with third parties)», por el Profesor David PÉREZ MILLAN. Universidad Complutense de Madrid.
 - «Presidente ejecutivo y gobierno corporativo de sociedades cotizadas en España: una aproximación al estado de la cuestión al hilo del reciente Libro Verde de la UE sobre gobierno corporativo (Executive chair and corporate governance of public companies in Spain: an approach to the state of the art following the recent UE Green Paper on corporate governance)», por el Profesor Luis CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO. Universidad Rey Juan Carlos.
 - «Paralización de los órganos sociales: supuestos de hecho y consecuencias (Paralysis of the corporate bodies: factual and consequences)», por la Profesora Olga FRADEJAS RUEDA. Universidad Complutense de Madrid.
 - «Votación consultiva del informe de retribución de los consejeros por la junta general de accionistas (Advisory vote of the report of directors'

- remuneration by the general meeting)», por Elisa Pilar LUCAS MARTÍN. Becaria FPU. Universidad Complutense de Madrid.
- «Una propuesta alternativa a la automática subordinación de los créditos de los titulares de participaciones significativas en el concurso (Alternative to the automatic subordination of credits of significant shareholders in bankruptcy proceedings)», por Blanca VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA. Universidad Complutense de Madrid.
 - «El concurso de las grandes entidades financieras: ¿mito o realidad? (Bankruptcy of big financial companies: myth or reality?)», por el Profesor Javier MARTÍNEZ ROSADO. Universidad Complutense de Madrid.
 - «Escisión parcial de sociedades y acciones rescisorias (Corporate spin-off and fraudulent conveyance)», por el Profesor Fernando MARÍN DE LA BÁRCENA. Universidad Complutense de Madrid.
 - «Discharge y sobreendeudamiento de particulares en el ámbito del Derecho norteamericano y español (Discharge and consumer over-indebtedness in American and Spanish law)», por Santiago SENENT MARTÍNEZ. Magistrado-Juez de lo Mercantil.
 - Responsabilidad de administradores de sociedades en crisis en EEUU (Director's liability in a crisis context in American Law)», por Eva RECAMAN GRAÑA. Becaria FPU. Universidad Complutense de Madrid.
 - «El gobierno de las Cajas de Ahorro: el papel de la Comisión de Control (The governance of savings banks: the role of the supervisory board)», por Cristina GUERRERO TREVIJANO. Becaria FPU. Universidad Complutense de Madrid.
 - «La armonización de la gestión de los fondos de inversión alternativa: la Directiva 2011/61/EU (The harmonization of alternative investment funds management: Directive 2011/61/EU)», por Luz María GARCÍA MARTÍNEZ. Universidad Complutense de Madrid.
 - «Ventas con obsequio o prima (Gifts or premiums on sales)», por el Profesor Nemesio VARA DE PAZ. Universidad Complutense de Madrid.

Clausura:

Profesora Carmen ALONSO y Ángel SÁENZ-BADILLOS (RCC Director).

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, *Medioambiente y uso del suelo protegido. Régimen jurídico-civil, penal y administrativo*, ed, Iustel, Madrid, 2010.

por

CARMEN MUÑOZ GARCÍA

Profesora Doctora Derecho Civil Universidad Complutense de Madrid

La labor de análisis de una obra de investigación, su comentario y valoración crítica, constituye, sin duda, en este caso concreto, un privilegio. Por todos es sabido que en nuestra doctrina parece acogerse la idea de que el medioambiente y el uso del suelo protegido, corresponden casi de manera exclusiva y excluyente al ámbito del Derecho Administrativo. Sin embargo, esta monografía pone de manifiesto, desde el mismo título que la precede, la puesta en escena y la necesaria interrelación de distintas disciplinas del derecho, que sin duda, se hacía tan necesaria.

Era esencial conocer los usos y los abusos del suelo, las medidas preventivas y sancionadoras que desde distintos ámbitos del ordenamiento jurídico se plantean, y es evidente, que en orden al medio ambiente y al uso del suelo, el tratamiento civil —con especial alusión a inmobiliario registral—, o el penal, o el administrativo, por sí solos no hacían sino configurar un tratamiento incompleto, necesitado de una respuesta conjunta.

Pues bien, una de las generosidades de esta obra es precisamente el laborioso estudio de una compleja y dispersa normativa que existe sobre el suelo y sobre otros bienes esenciales como aguas, montes o patrimonio histórico artístico, sin olvidar el derecho del propietario del suelo a edificar, construir e instalar. La autora no hace sino poner de manifiesto, tras un minucioso estudio normativo, las carencias de armonización en la muy necesitada protección medioambiental. La profusión de normas tanto penales, como administrativas y civiles, también de ámbito estatal, autonómico o local, no es suficiente para prevenir y sancionar las múltiples irregularidades y despropósitos que se realizan sobre estos bienes. Pone de relieve como una misma irregularidad, produce consecuencias jurídicas diferentes según la Comunidad Autónoma que la soporta.

La autora, especialista en protección del medio ambiente, expone, analiza, profundiza toda la problemática cierta que surge en la práctica, y hace hincapié en la acuciante necesidad de normas disuasorias más determinantes, con un llamamiento al rigor normativo. Ciertamente, y así lo refiere, la norma no puede dejar lugar a la duda cuando se trata de persuadir a los sujetos de un uso ilícito del suelo —u otros bienes—, y cuando las sanciones están carentes de uniformidad y rigurosidad.

El índice refleja ya la complejidad normativa y el desajuste que en el uso y utilización del suelo protegido se da en la práctica, y que en no pocas ocasiones

desoyen las múltiples medidas de protección medioambiental contenida con desigual intensidad en las distintas legislaciones. A toda esta profusión y confusión, busca dar orden. Destacan entre otros contenidos, a riesgo de dejarme algunos temas en el tintero, los siguientes: en el primer capítulo, se realiza un claro y objetivo análisis conceptual sobre el suelo protegido, clasificación, calificación del suelo, técnicas preventivas, competencias articuladas entre el Estado y las CC.AA., básicamente; en el segundo, se pone de relieve por la autora una clara exposición de la normativa medioambiental por un lado, y por otro, la de ordenación territorial, urbanística, también de la edificación, y la necesaria jerarquización y coordinación de las distintas medidas de protección del suelo, para lograr de su plena efectividad, y evitar situaciones extremas que deriven de la nulidad de planes urbanísticos. En el capítulo tercero, significa los muy variados sistemas de autorización para construir e instalar en suelo protegido, según las distintas legislaciones autonómicas. No olvida la especial alusión a la obtención de licencia urbanística y autorización autonómica que deviene por silencio administrativo. Los capítulos cuarto, quinto y sexto, exponen de manera expresa las consecuencias jurídicas contenidas en las normas administrativas, civiles y penales ante las construcciones ilegales, así se ocupa de la restauración de la legalidad, mediante orden de demolición si fuese preciso, y demás sanciones que derivan.

Merece destacarse la referencia a reciente y ya reiterada doctrina del TS, Sala de lo contencioso, que ordena ineludiblemente la ejecución de órdenes de derribo de lo edificado ilegalmente en suelo protegido, sin admitir tradicionales remedios que hasta ahora han amparado al titular del inmueble cuando es tercero hipotecario.

Finaliza la obra con un índice completo de jurisprudencia, que incluye desde sentencias del Tribunal Constitucional, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, hasta del Tribunal Supremo, tanto de las Salas de lo Contencioso-Administrativo, como de las de lo Civil y Penal. A lo que hay que sumar una larga y justificadísima relación de Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Sin duda, todas estas razones, y otras muchas que apreciará el lector de la obra, y que a buen seguro constituyen una importante reflexión para quienes de manera directa o indirecta intervienen en la redacción, interpretación y aplicación de las normas sobre urbanización, construcción y edificación, convierten a esta monografía en un referente necesario, que trasciende lo meramente civil para aportar una visión completa del estudio, análisis y mejora de protección medioambiental del suelo protegido, que por definición, no es, salvo supuestos tasados, edificable.

VV.AA.: *Residencias y alojamientos alternativos para personas mayores en situación de dependencia (Aspectos legales de la gestión, coordinación y acreditación en el SAAD de los servicios residenciales. Relevancia de los centros estatales de referencia y de la responsabilidad corporativa en la política social)*. Presentación a cargo de Carlos LASARTE ÁLVAREZ. Directores: Carlos LASARTE ÁLVAREZ y M.^a Fernanda MORETÓN SANZ. Coordinadores: Patricia LÓPEZ PELÁEZ y M.^a Paz POUS DE LA FLOR, Madrid, Colex, 2010, 415 págs.

por

INMACULADA VIVAS TESÓN
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

Apenas el lector tiene en sus manos esta obra colectiva, aprecia, de inmediato, que es el fruto de una profunda y rigurosa investigación por parte de un grupo científico multidisciplinar, pluridepartamental e interuniversitario acerca de los distintos aspectos de la forma de vida y alojamiento de las personas mayores en situación de dependencia.

Con un cuidado orden estructural, la obra consta de cinco partes y catorce capítulos.

En la primera parte se abordan los aspectos económicos y sociales de la atención a la dependencia.

La profesora LEÓNSEGUI GUILLOT muestra los principales retos de la política social en lo referente a las necesidades de alojamiento residencial de las personas mayores. Especialmente, se refiere a la financiación autonómica de la atención residencial pública y privada, así como a los alojamientos alternativos tales como viviendas compartidas entre jóvenes y personas mayores, acogida heterofamiliar o apartamentos-viviendas individuales.

Por su parte, la profesora CRESPO GARRIDO formula, como principios inspiradores de la financiación de los servicios sociales, la universalidad y la equidad, y, bajo esta óptica, cuestiona si existe una correlación entre la renta *per cápita* autonómica y el coste de los servicios sociales, concluyendo la autora que el precio de las prestaciones se determina por criterios de mercado en los cuales no influye en absoluto la renta personal del beneficiario.

El tercer capítulo corre a cargo del profesor GÓMEZ GARZÁS, quien aborda el estudio del concepto de responsabilidad social corporativa (RSC) como elemento diferenciador en la prestación de los servicios residenciales, olvidado, durante décadas, en la gestión de las entidades prestadoras.

En la segunda parte de la obra se analizan cuestiones de responsabilidad civil y patrimonial.

En ella, la profesora MORETÓN SANZ se cuestiona, desde el punto de vista jurídico, el posible conflicto de competencias entre el Estado, Comunidades Autónomas y Municipios, en cuanto a la gestión y coordinación de los servicios sociales. Por otra parte, la autora destaca que nos encontramos ante servicios sanitarios en sentido técnico, prestados por centros no sanitarios, por lo que «la particularidad del servicio residencial suministrado en régimen público en favor de las personas reconocidas como titulares del derecho subjetivo de ciudadanía, 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», con las consecuencias técnicas correspondientes en cuanto al derecho aplicable.

Por su parte, la profesora LÓPEZ PELÁEZ, como experta en responsabilidad, aborda la relación existente entre las residencias asistenciales de personas mayores y los usuarios de las mismas desde la óptica jurídica. A su juicio, «resultaría conveniente regular la relación jurídica, atribuyéndole un *nomen iuris* que la identifique claramente, y estableciendo legalmente un régimen de derechos y deberes». Propone, en este sentido, el nombre de *contrato de ingreso en una residencia asistencial* o *contrato de prestación de servicios en residencia asistencial*.

El sexto capítulo de la obra lleva por título: *Notas críticas a las divergencias entre las normas civiles y administrativas en torno a la figura del guardador de hecho de las personas mayores*. En él, la profesora TEJEDOR MUÑOZ aborda las cuestiones más controvertidas sobre el guardador de hecho, así como acerca de los procedimientos autonómicos destinados a regular el reconocimiento de la situación de dependencia y el derecho a las prestaciones del sistema.

El estudio de la responsabilidad en los centros sanitarios y residenciales corresponde a la profesora YAÑEZ VIVERO, quien analiza la responsabilidad civil del tutor por actos lesivos del incapacitado judicialmente, así como la de otros guardadores por actos lesivos de la persona incapaz no incapacitada judicialmente.

Otra cuestión no resuelta en la literatura jurídica es la relativa a la responsabilidad por medicamentos tratada por la profesora DONADO VARA, quien concluye que, en tales casos, debería aplicarse el Derecho de consumo.

Esta segunda parte concluye con el capítulo noveno de la obra, en el que, desde la perspectiva psicológica, la profesora DÍAZ MARDOMINGO trata el deterioro cognitivo derivado de la edad y de las situaciones de dependencia en los centros residenciales, refiriéndose a la incidencia de la enfermedad de Alzheimer como principal causa de demencia.

Los centros de referencia estatal son analizados en la tercera parte de la obra.

En el capítulo décimo, la profesora MARCOS MARTÍN analiza y compara el Centro de atención a las personas con enfermedad de Alzheimer y otras demencias de Salamanca, el Centro de Referencia Estatal de San Andrés del Rabanedo y el centro de la Afa de Salamanca o el Centro de Referencia Estatal de Atención a la Personas con Enfermedades Raras y sus Familias de Burgos.

A continuación, la Doctora MENDOZA LAIZ, Directora Gerente del Centro de Referencia de San Andrés del Rabanedo, destaca que los Centros de Referencia Estatal surgen como consecuencia de la aprobación de la Ley de Autonomía Personal.

La cuarta parte está dedicada a los alojamientos alternativos y vacacionales.

En concreto, la profesora NÚÑEZ MUÑOZ se centra en el estudio del acogimiento familiar —regulado de distinta manera en las diversas Comunidades Autónomas— y del contrato de alimentos, por considerar que son los que mejor pueden solucionar el problema de los mayores dependientes y plantea también la pluralidad de soluciones técnicas a una situación que se aproxima al usufructo.

Por su parte, la profesora POUS DE LA FLOR aborda el fenómeno de los alojamientos vacacionales para personas mayores, concluyendo que «el turismo debe convertirse no solo en una fuente de ingresos en la actividad económica de un país sino también en un factor importante de cambio y desarrollo social que reclama más políticas públicas específicas destinadas a las personas mayores».

El volumen concluye con una quinta parte en la que se aborda la perspectiva internacional de la tutela de la persona anciana.

En el último capítulo de la obra, la profesora ZAMBRANO advierte que «en materia de política de vivienda, en el ámbito regional asistimos a una interesante

relación entre políticas públicas e instrumentos civiles que se mueve hacia la satisfacción de este derecho inalienable de la persona».

En definitiva, la obra de referencia ofrece una visión seria, rigurosa y rebotante de sensibilidad acerca del alojamiento de las personas mayores en situación de dependencia desde una óptica integral, en un momento en el que la promoción de la autonomía personal y la atención a las personas en situación de dependencia se han constituido como el cuarto pilar del Estado del Bienestar en España.

REVISTA DE REVISTAS

ACTUALIDAD CIVIL

Número 20 (2.^a quincena 2011)

«Los contratos de distribución de vehículos», por Ángel GARCÍA VIDAL, pág. 2262.

«Las mascotas en las rupturas de parejas de hecho», por María Dolores DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, pág. 2287.

ACTUALIDAD ADMINISTRATIVA

Número 19 (1.^a quincena 2011)

«La necesaria regulación del procedimiento de infracción del derecho de la Unión Europea», por Isaac IBÁÑEZ GARCÍA, pág. 2363.

«Cómputo de plazos y benevolencia de los Tribunales», por María Victoria DE DIOS VIÉITEZ, pág. 2386.

CRÓNICA TRIBUTARIA

(Número 140/2011)

«Análisis de las medidas fiscales para el fomento del alquiler en Derecho Comparado», por Francisco David ADAME MARTÍNEZ y Miguel Ángel ADAME MARTÍNEZ, pág. 7.

«Análisis de la idoneidad del “valor de tasación” como medio de comprobación del “valor real” en el ITP y AJD. Una referencia al criterio del TSJ de Galicia», por Pilar ÁLVAREZ BARBEITO, pág. 43.

«Las dificultades de encaje del canon de saneamiento valenciano en los institutos jurídico-tributarios», por Cristóbal J. BORRERO MORO, pág. 57.

«Algunas consideraciones sobre los Acuerdos Previos de Valoración de Precios de Transferencia, APAS, en el Ordenamiento Tributario español», por Domingo CARBAJO VASCO, pág. 97.

«*Tax shelters* y fraude: detección y control de la planificación fiscal abusiva. Análisis de la experiencia estadounidense», por José Manuel GARCÍA RODRÍGUEZ, pág. 115.

«De Rotterdam a Ayamonte. La peripecia de un cargamento de falsa moneda en 1607», por Juan E. GELABERT GONZÁLEZ, pág. 167.

«Posibles soluciones a la colisión entre la imposición estatal y la imposición local», por Carlos María LÓPEZ ESPADAFOR, pág. 183.

«Comitología, armonización contable y reserva de ley en el Impuesto sobre Sociedades», por Enrique ORTIZ CALLE, pág. 215.

DIARIO LA LEY

Número 7726 (31 de octubre de 2011)

«La ley aplicable a los pactos sucesorios en la Propuesta de Reglamento sobre sucesiones», por Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ e Isabel RODRÍGUEZ-URÍA.

Número 7727 (2 de noviembre de 2011)

«Intangibilidad de la masa frente a las prendas de créditos futuros en la nueva Ley Concursal», por Ángel CARRASCO PERERA y Elisa TORRALBA MENDIOLA.

Número 7729 (4 de noviembre de 2011)

«Las problemáticas modificaciones adicionales a la transformación de sociedades mercantiles. Comentario al artículo 17.2 de la Ley de modificaciones estructurales», por Albert SÁNCHEZ GRAELLS.

Número 7731 (8 de noviembre de 2011)

«Acuerdos de refinanciación y escudos protectores en la reforma de la Ley Concursal española 22/2003», por Juana PULGAR EZQUERRA.

Número 7734 (11 de noviembre de 2011)

«¿Es posible el derecho a la reeducación y reinserción en el ordenamiento penal actual? La realidad de la función resocializadora. Naturaleza jurídica. Conexión con los supuestos más frecuentes de aplicación jurisprudencial y modelos de tratamiento en prisión», por Julio LEAL MEDINA.

Número 7735 (14 de noviembre de 2011)

«Un ejemplo de mala praxis legislativa: los fallos por “olvidos” en las reformas penales», por María A. TRAPERO BARREALES.

REVISTA ARANZADI DE DERECHO AMBIENTAL (Número 20/2011)

«El principio de no regresión en la desclasificación de los espacios naturales protegidos en el Derecho español», por Fernando LÓPEZ RAMÓN, pág. 13.

«Reflexiones iusambientalistas sobre los criterios para proponer espacios naturales protegidos: hacia una nueva categoría de conservación, el *paisaje metafísico (o espiritual)*», por Pedro Joaquín GUTIÉRREZ YURRITA y Miguel Ángel LÓPEZ FLORES, pág. 29.

«El marco jurídico del almacenamiento geológico profundo de dióxido de carbono en el contexto de la lucha contra el cambio climático. Perspectivas y reflexiones tras la transposición al Derecho interno», por Manuel GÁMEZ MEJÍAS, pág. 49.

«La necesaria protección de la dehesa: régimen jurídico actual y propuestas de desarrollo», por Francisco MOLINA NAVARRO y Miguel ROMERO VELASCO, pág. 81.

«Límites al arrastre o *banking* de unidades de Kioto y derechos de emisión», por Olga SERRANO PAREDES, pág. 99.

REVISTA ARANZADI DE DERECHO PATRIMONIAL (Número 27/2011)

«Responsabilidad civil derivada de los daños causados por lo arrojado, caído o filtrado», por Jorge SIRVENT GARCÍA, pág. 23.

«Identificación de finca y parcela en Registro y Catastro. Referentes históricos y la subsanación de discrepancias tras la Ley 2/2011, de economía sostenible», por María Isabel OSUNA NAVAJAS y Miguel ROMERO VELASCO, pág. 45.

«La oferta pública de contrato: entre la solución vienesa y el criterio tradicional español», por Luis María MIRANDA SERRANO, pág. 69.

«Las operaciones de retroventa de joyas: la reviviscencia de una clásica institución jurídica», por Inmaculada VIVAS TESÓN, pág. 91.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO (Septiembre-Octubre de 2011)

«Efectos del deslinde de costas en el ámbito privado; especial consideración de la inclusión de fincas en el dominio público y su problemática jurídica», por Juan Antonio MORENO MARTÍNEZ, pág. 3.

«Fiducia *cum creditore*, mandato para adquirir y *leasing*», por Gorka GALICIA AIZPURUA, pág. 33.

«La ancianidad en el Derecho Civil», por María MEDINA ALCOZ, pág. 73.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO Y CONSTITUCIÓN Número 25 (Enero-Diciembre de 2011)

«Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad», por Esther FARNÓS AMORÓS, pág. 9.

«Límites constitucionales y sistemáticos de los “baremos” para la valoración de daños a los bienes de la personalidad en los regímenes de responsabilidad civil (a partir de la doctrina del TC y del TS sobre el baremo de la LRCSCVM)», por Fernando PEÑA LÓPEZ, pág. 55.

«La protección de la dignidad de las víctimas de un delito (la reforma de la Ley Orgánica 1/1982 por la Ley Orgánica 5/2010)», por Pedro GRIMALT SERVERA, pág. 97.

«Libertad de creación literaria y derecho a la intimidad», por José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE, pág. 137.

«Conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil aragonés: de la Compilación al Código del Derecho Foral de Aragón de 2011», por María MARTÍNEZ MARTÍNEZ, pág. 175.

«Interpretación del testamento y principio constitucional de igualdad. Consideraciones acerca de la sentencia del Tribunal Constitucional 9/2010, de 27 de abril», por Manuel ESPEJO LERDO DE TEJADA, pág. 229.

«Los derechos de las personas en el nuevo Registro Civil», por Cristina LÓPEZ SÁNCHEZ, pág. 261.

«La expansión del incidente de nulidad de actuaciones por motivos procesales. A propósito de la STC 43/2010, de 26 de julio», por José Manuel CHOZAS ALONSO, pág. 311.

«El derecho a la vivienda: del reconocimiento constitucional a la realización efectiva. Los cambios del siglo XXI», por M.^a Nieves PACHECO JIMÉNEZ y Lorena SALES, pág. 349.

**REVISTA DE DERECHO URBANÍSTICO
Y MEDIO AMBIENTE**
Número 268 (Septiembre-Octubre de 2011)

- «El fin del silencio positivo en las licencias», por Francisco GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, pág. 13.
- «La nueva regulación de la exigencia del visado colegial en el Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto, y su repercusión en los procedimientos de tramitación de licencias urbanísticas. Especial referencia al Ayuntamiento de Madrid», por Amaya CASADO ECHARREN, pág. 33.
- «El irreconocible derecho a la vivienda en la Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo», por Juan-Cruz ALLÍ ARANGUREN, pág. 69.
- «Aspectos generales de la contratación pública en el sector urbanístico», por María Fuensanta GÓMEZ MANRESA y Jesús DEL OLMO ALONSO, pág. 123.
- «La normativa catalana sobre centros de culto (II): licencias urbanísticas y otras materias urbanísticas», por José Antonio RODRÍGUEZ GARCÍA, pág. 157.

REVISTA DE DERECHO CIVIL ARAGONÉS
Vol. XVI (2010)

- «El recurso de casación y las sentencias de apelación dictadas en el proceso incidental del artículo 809.2 LEC», por Ángel BONET NAVARRO, pág. 11.
- «La legítima en Aragón», por José Antonio SERRANO GARCÍA, pág. 67.
- «Cuestiones de invalidez testamentaria en la sucesión aragonesa», por Alfredo SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, pág. 135.
- «Los derechos reales de aprovechamiento parcial en la Ley de Derecho Civil Patrimonial», por José Luis ARGUDO PÉRIZ, pág. 177.

REVISTA JURÍDICA DE CATALUÑA
Número 3 (2011)

- «Un arbitraje más eficiente después de la Ley 11/2011: comentarios prácticos iniciales», por Jesús M. DE ALFONSO OLIVÉ, pág. 601.
- «La revocació del Llegat per alienació. Comentari a l'article 427.37 del Codi Civil de Catalunya», por Santiago ORRIOLS GARCÍA, pág. 633.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL Número 1 (2011)

- «La posición del Reino de España en el procedimiento consultivo: una aproximación general», por C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, pág. 11.
- «Los principios de soberanía e integridad territorial y de autodeterminación de los pueblos en la opinión consultiva sobre Kosovo: una oportunidad perdida», por C. JIMÉNEZ PIERNAS, pág. 29.
- «*Tu quoque*, Corte? La banalización de los poderes del Consejo de Seguridad en la opinión consultiva sobre la conformidad con el Derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo», por R. Andrés SÁENZ DE SANTA MARÍA, pág. 55.
- «La relevancia (o no) de la administración internacional de Kosovo en la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 22 de julio de 2010: perplejidades de un lector», por J. CARDONA LLORENS, pág. 79.
- «Kosovo y Unión Europea: una secesión planificada», por A. MANGAS MARTÍN, pág. 101.
- «El discreto ejercicio de la función consultiva de la Corte Internacional de Justicia en el asunto Kosovo», por C. ESPÓSITO, pág. 125.

NOTICIAS DE LA UNIÓN EUROPEA Número 322 (Noviembre de 2011)

- «Las últimas novedades en algunos de los sistemas energéticos determinantes en la Europa integrada», por Luciano PAREJO ALFONSO, pág. 3.
- «Las actividades reguladas y su régimen jurídico tras la Directiva 2009/72», por M.^a Asunción TORRES LÓPEZ, pág. 33.
- «Régimen de la energía nuclear a la luz del Derecho Comunitario, competencia, seguridad, aceptación y perspectivas», por Ángel RUIZ DE APODACA ESPINOSA, pág. 47.
- «Régimen especial de producción eléctrica. Dejación competencial, desorden jurídico y económico. Modificaciones normativas», por Joaquín M.^a NEBREA PÉREZ, pág. 59.
- «La política energética sostenible de la Unión Europea», por Masao Javier LÓPEZ SAKO, pág. 81.
- «Las funciones de los reguladores de la energía», por Francisco B. LÓPEZ-JURADO, pág. 93.

- «El comercio transfronterizo de la electricidad», por Juan C. HERNÁNDEZ H., pág. 101.
- «El Plan Solar Mediterráneo y los retos para el despliegue de las energías renovables en el espacio energético euro-mediterráneo», por José M.^a MARÍN QUEMADA y Gonzalo ESCRIBANO FRANCÉS, pág. 111.
- «La regulación de la separación de actividades en el sector del gas natural (2.^a parte)», por M.^a Matilde SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, pág. 123.
- «Convergencia de regulación y competencia: el ejemplo de Gas Natural en Europa (recientes decisiones de la CE) y en España (victoria final de la tesis de la CNE respecto al “contrato deslizante” de Gas Natural)», por Eduardo SALINAS LA CASTA, pág. 131.
- «Impuesto especial sobre la electricidad. Una revisión de las principales cuestiones conflictivas», por Juan CALVO VÉRGEZ.
- «Una nueva etapa en la tributación de las donaciones transfronterizas: el caso *Mattner vs. Finanzamt Velbert*», por M.^a Silvia VELARDE ARAMAYO, pág. 157.

REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA Número 125 (Mayo-Agosto 2011)

- «Oportunidades y desafíos del Acuerdo de Asociación con la Unión Europea», por Velia GOVAERE VICARIOLI, pág. 13.
- «Notas sobre la Asamblea Nacional Constituyente de 1949», por Celín ARCE GÓMEZ, pág. 31.
- «Análisis del fraude inmobiliario a la luz de nuestra jurisprudencia», por Jorge JIMÉNEZ BOLAÑOS, pág. 79.
- «El acto administrativo. La arbitrariedad producida desde y a partir del acto administrativo», por Jorge Enrique ROMERO-PÉREZ, pág. 117.
- «El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho positivo y la jurisprudencia constitucional costarricense», por Alex SOLÍS, pág. 145.

REVISTA DE DIRITTO PROCESSUALE Número 5 (Septiembre-October de 2011)

- «Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto», por Giorgio COSTANTINO, pág. 1073.
- «Sulla legittimazione dei privati all'azione di annullamento degli atti normativi comunitari: evoluzioni e prospettive», por Elena MERLIN, pág. 1098.

«Profili processuali degli ordini di protezione familiare», por Giorgetta BASILICO, pág. 1116.

«Il ruolo dello stimatore nell'espropriazione immobiliare», por Daniela D'ADAMO y Massimo GABALLO, pág. 1138.

«Riflessioni in tema di revisione del giudicato pénale», por Natalia ROMBI, pág. 1157.

UNIFORM LAW REVIEW Vol. XVI (2011)

«Financial Leasing and its Unification by UNIDROIT - General Report», por Herbert KRONKE, pág. 23.

«Le leasing financier en Belgique», por Benoit KOHL, pág. 45.

«Financial Leasing in Common-Law Canada», por Darcy L. MACPHERSON, pág. 83.

«Leasing Law in Québec (Canada)», por Catherine WALSH, pág. 181.

«An Overview of the Development of the Financial Leasing Law in China», por Shiyuan HAN y Wensheng WANG, pág. 241.

«Financial Leasing in Croatia and its Unification by UNIDROIT», por Tatjana JOSIPOVIC, pág. 271.

«Le crédit-bail financier en France», por Bénédicte FRANÇOIS, pág. 291.

«La location financement (financial leasing) en Grèce», por Ioannis VOULGARIS, pág. 333.

«Financial Leasing in Italy», por Aldo FRIGNANI y Marco TORSSELLO, pág. 351.

«Leasing under Dutch Law», por Dennis FABER y Ben SCHUIJLING, pág. 373.

«Leasing in the Polish Civil Code», por Wojciech J. KATNER, pág. 401.

«Financial Leasing in Turkey in Light of Recent Developments», por M. MURAT INCEOGLU y Basak BASOGLU, pág. 415.

«Financial Leasing of Equipment in the Law of the United States», por Peter W. SCHROTH, pág. 437.

«Financial Leasing and its Unification by UNIDROIT: the Role of the Organization of American States (OAS)», por John M. WILSON, pág. 469.

«Acquisition Financing under the UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions», por Spiros V. BAZINAS, pág. 483.

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 stribución 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.